RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

AUTORITARISMO LÍQUIDO E DIREITO DE RESISTÊNCIA ANTE A INEXISTÊNCIA DA NORMA JURÍDICA

LIQUID AUTHORITARIANISM AND THE RIGHT TO RESIST IN THE CONTEXT OF LEGALLY NONEXISTENT NORMS

AUTORITARISMO LÍQUIDO Y DERECHO DE RESISTENCIA ANTE LA INEXISTENCIA DE LA NORMA JURÍDICA

Emmanuel Cais Burdmann[1], Talita Trigone Breijo[1]

e646429
https://doi.org/10.47820/recima21.v6i4.6429

PUBLICADO: 4/2025

RESUMO

O presente artigo visa analisar a dinâmica do direito de resistência ativa, decorrente da inexistência da norma jurídica, no contexto do autoritarismo líquido e processo de erosão constitucional vivenciado nesta quadra histórica. Para tanto, o estudo parte da superação dogmática da concepção kelseniana de validade/existência da norma jurídica, passando, a partir da teoria pontesiana dos três planos da norma, a distinguir o plano da existência dos demais (validade eficácia). Adotando essa premissa teórica, passaremos às teses mais recentes dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Ricardo Marcondes Martins, os quais, avançando na elaboração dessa teoria, descreveram o direito de resistência ativa do cidadão como consequência da inexistência da norma jurídica em razão da violação ao núcleo essencial de direitos humanos. Finalmente, analisaremos o conceito de autoritarismo líquido elaborado pelo Professor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, objetivando uma compreensão inicial da dinâmica do direito de resistência ativa ante a inexistência da norma jurídica no atual contexto histórico.

PALAVRAS-CHAVE: Autoritarismo Líquido. Medidas de Exceção. Existência da Norma Jurídica. Direito de Resistência. Filosofia do Direito. Kelsen. Pontes de Miranda.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the right of active resistance, due to the nonexistence of the legal rule, in the context of liquid authoritarianism and constitutional erosion process experienced in this historical period. For this purpose, the research starts from the dogmatic overcoming of the Kelsenian concept of the validity/existence of the legal rule, moving towards, from the Pontesian theory of the three levels of the legal rule, to distinguishing the existence level from the others (validity and efficacy). Adopting this theoretical premise, we move towards the more recent theses of Professors Celso Antônio Bandeira de Mello and Ricardo Marcondes Martins, which, advancing on this theory's elaboration, described the citizen's right of active resistance as a consequence of the nonexistence of the legal rule due to the violation of the essential core of human rights. Finally, we shall analyze the concept of liquid authoritarianism, elaborated by Professor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, aiming to provide an initial understanding of the dynamics of the right of active resistance in the face of the nonexistence of the legal rule in the present historical context.

KEYWORDS*: Liquid Authoritarianism. Exception Measures. Legal Rule's Existence. Right of Resistance. Philosophy of Law.*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la dinámica del derecho de resistencia activa, resultante de la inexistencia de la norma jurídica, en el contexto del autoritarismo líquido y el proceso de erosión constitucional experimentado en este período histórico. Para ello, el estudio parte de la superación dogmática de la concepción kelsen de validez/existencia de la norma jurídica, partiendo, de la teoría pontesiana de los tres planos de la norma, para distinguir el plano de existencia de los demás (validez y efectividad). Adoptando esta premisa teórica, pasaremos a las tesis más recientes de los profesores

[1] Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC SP.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

Celso Antônio Bandeira de Mello y Ricardo Marcondes Martins, quienes, avanzando en la elaboración de esta teoría, describieron el derecho del ciudadano a la resistencia activa como consecuencia de la inexistencia de la norma jurídica debido a la violación del núcleo esencial de los derechos humanos. Finalmente, analizaremos el concepto de autoritarismo líquido elaborado por el profesor Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, apuntando a una primera comprensión de la dinámica del derecho de resistencia activa frente a la inexistencia de la norma jurídica en el contexto histórico actual.

PALABRAS CLAVE: *Autoritarismo líquido. Medidas excepcionales. Existencia de la norma jurídica. Derecho de resistencia. Filosofía del Derecho. Kelsen. Pontes de Miranda.*

INTRODUÇÃO

A teoria dos três planos da norma jurídica, elaborada com maior profundidade pelo jurista Pontes de Miranda, trouxe importante inovação para a teoria do direito, passando a distinguir a norma jurídica os planos de sua existência, validade e eficácia. Tal teoria, segundo nos parece, é incontornável para a superação de alguns dos problemas teóricos que se apresentam para a compreensão do fenômeno jurídico, em especial a distinção dos planos de validade e existência. A adoção dessa premissa teórica importará em relevantes consequências dogmáticas, entre as quais destacamos a possibilidade de direito de resistência ante a constatação de inexistência da norma jurídica.

Antes de analisarmos detidamente a teoria em referência, é preciso compreender a doutrina que predomina na aplicação do direito brasileiro em relação à existência da norma jurídica, qual seja a teoria kelseniana, a qual não distingue a existência da norma jurídica de sua validade. Segundo asseverou Hans Kelsen em sua obra, a existência e a validade da norma possuem o mesmo significado, sendo que a norma válida, na concepção kelseniana, seria aquela editada em conformidade formal com a norma fundamental[1]. A norma que contraria a Constituição (norma fundamental), a seu turno, seria inválida e, por conseguinte, inexistente. Ocorre que, na teoria de Kelsen, para que a norma seja efetivamente inválida, sua invalidade tem antes de ser reconhecida pelo órgão competente – ou seja, até que sua invalidade seja declarada pelo órgão competente, a norma é válida[2].

A teoria kelseniana, nesse ponto, incorre em um paradoxo: a um só tempo, a norma é inválida, pois desconforme à Constituição, mas é válida, porquanto não tenha sido declarada sua invalidade pelo órgão competente. A concepção de que a norma seja e não seja válida, simultaneamente, revela evidente violação ao princípio lógico da não-contradição[3]. Tal problemática pode ser superada com a mencionada teoria dos três planos da norma jurídica, a qual permite uma compreensão lógica do fenômeno jurídico.

[1] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 273.
[2] Idem, p. 367-376.
[3] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 230.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

A teoria elaborada pelo jurista Pontes de Miranda trata do fato jurídico a partir da estrutura sintática da norma jurídica abstrata, a qual abrange o suporte fático da norma, consistente em fato ou conjunto de fatos hipotéticos previamente descritos, para os quais há como consequência a incidência de efeitos jurídicos, gerando situações jurídicas. Assim é que a ocorrência dos fatos descritos no suporte fático atrai a incidência da norma sobre eles, tornando-os fatos jurídicos[4].

No entanto, para que a norma incida sobre o fato e o torne jurídico, é imprescindível que exista o suporte fático em sua completude, ou como apontado pelo autor em referência, é preciso haver a suficiência do suporte fático[5]. Portanto, de acordo com a teoria ponteana, há elementos do fato jurídico que precedem sua configuração, sem os quais o fato não ingressa no mundo jurídico.

Portanto, verifica-se em um primeiro momento a presença dos elementos nucleares do suporte fático e, caso estejam presentes, o fato jurídico existe, ou seja, adentra o mundo jurídico. A seguir, verifica-se a presença de seus elementos complementares[6] para determinar sua validade e, finalmente, verifica-se a presença de seus elementos integrativos[7] para determinar sua eficácia. Em síntese bastante apertada, são esses os 3 planos: havendo a subsunção dos fatos ocorridos na realidade concreta ao suporte fático da norma, com seus devidos elementos, a incidência da norma torna aqueles fatos jurídicos, ingressando no plano da existência; nessa esteira, verificados os elementos complementares do suporte fático, haverá o ingresso no plano da validade; por fim, verificando-se a presença dos elementos integrativos, haverá a produção de efeitos, pelo que se ingressa no plano da eficácia.

Embora a teoria em referência tenha sido elaborada tratando dos fatos jurídicos, o autor reconhece expressamente sua aplicabilidade para as normas jurídicas, o que foi posteriormente realizado por Borges (1975).

Nessa esteira, também amplificaram a aplicação da teoria ponteana os Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Ricardo Marcondes Martins, demonstrando a aplicabilidade da teoria dos três planos em comento para os atos administrativos[8]. Com efeito, os referidos juristas demonstraram que, na ausência de seus elementos nucleares e pressupostos de existência, o ato administrativo não passa de ser um fato administrativo, com aparência de norma jurídica, mas sem ingressar no mundo jurídico como tal – trata-se de um ato administrativo inexistente.

Em que pesem os efeitos jurídicos que podem de qualquer modo serem produzidos pela norma jurídica inexistente, já que esta poderá se amoldar ao suporte fático de outras normas (na qualidade de fato jurídico), não deverá haver a incidência dos efeitos previstos como consequentes da própria

[4] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. vol. I, § 2.3, p. 52.
[5] Idem, § 9.1, p. 72.
[6] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. vol. IV, § 356.1, p. 35; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-53.
[7] Idem, p. 49-62.
[8] Parte-se da concepção de ato administrativo como prescrição de conduta, e, portanto, norma jurídica. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 386.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

norma jurídica quando de sua edição. Dentre as hipóteses que acarretam a inexistência da norma jurídica, o presente estudo visa destacar o pressuposto de existência da norma que determina que esta não poderá concretizar injustiça intolerável, consistente na violação, sem justificativa racional, do núcleo essencial de direitos humanos básicos[9].

A hipótese de inexistência da norma jurídica em razão da concretização de injustiça intolerável traz importantes consequências para a ordem jurídica, dentre as quais destacaremos a possibilidade de resistência ativa por parte dos cidadãos ante a execução pelo Estado da norma jurídica inexistente[10]. Trata-se da possibilidade de o cidadão reagir – inclusive pela força, quando o caso[11] –, para evitar o exercício da coação material suportada por uma norma não existente no mundo jurídico. Trazendo tais teses para a atual quadra histórica, pretende-se avaliar sua aplicabilidade no contexto do autoritarismo líquido, conceito desenvolvido pelo Professor Pedro Serrano para elucidar as novas formas de autoritarismo no século XXI, em que já não há uma suspensão explícita do ordenamento jurídico para instaurar um estado de exceção, mas medidas de exceção fragmentárias no interior da democracia, mascarando o autoritarismo com um verniz de legalidade que torna especialmente complexa a identificação de medidas autoritárias tais como a edição de normas jurídicas inexistentes por violação ao núcleo essencial de direitos humanos básicos.

Desenvolve-se este trabalho pela utilização do método analítico, por meio de dissecção sistemático-conceitual do direito vigente, com enfoque dogmático. Busca-se, ao final, estabelecer uma análise incipiente quanto à dinâmica de eventos de autoritarismo líquido ocorridos no Brasil que possam ensejar o direito de resistência ativa, trazendo para a realidade concreta uma teoria de enorme relevo em uma sociedade eminentemente autoritária, a fim de melhor compreender sua aplicabilidade, limites e contornos materiais, bem como fomentar o debate em torno destes.

O presente estudo tem como objetivos específicos: (1) demonstrar a superação dogmática da concepção kelseniana de validade/existência normativa pela teoria dos três planos da norma jurídica; (2) analisar as teses contemporâneas que fundamentam o direito de resistência ativa na inexistência da norma jurídica por violação ao núcleo essencial de direitos humanos; e (3) examinar a aplicabilidade do direito de resistência no contexto do autoritarismo líquido, identificando novos parâmetros para seu exercício ante as medidas de exceção fragmentárias que caracterizam o cenário político-jurídico atual. Pretende-se, assim, contribuir para a atualização das respostas jurídicas aos novos desafios impostos pela erosão constitucional contemporânea.

1. A TEORIA DOS TRÊS PLANOS DA NORMA JURÍDICA

A teoria dos três planos da norma jurídica foi inicialmente apresentada pelo jurista alemão Zachariae von Lingenthal, posteriormente elaborada em maior complexidade por Francisco Cavalcante Pontes de Miranda e finalmente aprofundada sua elaboração por Celso Antônio Bandeira de Mello e

[9] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., VII-153, p. 480-481
[10] Idem, p. 495
[11] Idem.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

Ricardo Marcondes Martins em doutrinas voltadas à sua aplicação aos atos administrativos. Trata-se da diferenciação do fato ou norma jurídica entre seus planos de existência, validade e eficácia, representando um relevantíssimo avanço científico que solucionou diversas problemáticas para a compreensão do fenômeno jurídico desde as teorias que a antecederam. Para que compreendamos esses avanços, iniciaremos pela análise da teoria kelseniana, a qual não faz tal distinção entre os planos em referência.

1.1. Validade/Existência da norma jurídica segundo a teoria kelseniana

Inicialmente, a fim de melhor compreender a teoria dos três planos da norma jurídica – que diferencia a norma jurídica em seus plano de existência, validade e eficácia – e quais são as soluções teóricas por ela introduzidas para a compreensão adequada do fenômeno jurídico, é preciso antes compreender a doutrina predominante no contexto brasileiro, qual seja a teoria elaborada por Hans Kelsen, para o qual, em se tratando da norma jurídica, não há distinção conceitual entre sua validade e sua existência. Quer dizer, para Kelsen, a existência e a validade da norma possuem o mesmo significado.

Nessa esteira, o autor assevera que a norma válida seria aquela editada em conformidade formal com a norma fundamental[12]. A norma que contraria a Constituição (norma fundamental), a seu turno, seria inválida e, por conseguinte, inexistente. Já nesse ponto se apresenta o primeiro problema teórico decorrente dessa doutrina: como explicar a norma que, embora inválida, permanece no ordenamento jurídico, produzindo efeitos diversos, até que se constate sua invalidade? A resposta de Kelsen para essa questão foi a presunção de validade das normas editadas, de modo que a norma só será inválida quando sua invalidade for expressamente reconhecida pelo órgão competente em determinado ordenamento jurídico. Assim sendo, em que pese a desconformidade de uma norma em relação à Constituição, essa permanecerá válida até que sua invalidade seja declarada nos termos supracitados.

A solução kelseniana, contudo, contém em si outro problema, de ordem lógica. Conforme apontado por Ricardo Marcondes Martins[13], tal concepção viola o princípio lógico da não-contradição, uma vez que a norma simultaneamente é inválida (pois contraria normas superiores) e é válida (pois não teve sua invalidade reconhecida pelo órgão competente) – a norma é e não é válida, em manifesta contradição lógica.

Tal contradição pode ser superada pela diferenciação dos planos da existência e da validade da norma, como se verá adiante.

[12] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 273.
[13] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 230.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

1.2. Distinção entre os planos da existência, validade e eficácia da norma jurídica

A diferenciação dos três planos em que se dá o fenômeno jurídico – da existência, validade e eficácia –, teve sua primeira elaboração por parte do jurista alemão Zachariae von Lingenthal, em seu curso de Direito Civil, com vistas a solucionar um entrave teórico no direito francês no contexto do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Os casamentos entre pessoas do mesmo sexo, ou realizados sem a presença de uma autoridade oficial não eram previstos pelo Código Civil, e a jurisprudência só anulava os casamentos expressamente previstos em lei, gerando, obviamente, situações jurídicas kafkianas.

A fim de solucionar a questão, o jurista alemão propôs categorizar os atos jurídicos, sob o aspecto da imperfeição, entre inexistentes, nulos e anuláveis[14]. Desse modo, foi possível diferenciar os casamentos entre nulos e inexistentes, abrindo caminho para uma solução de ordem prática para a jurisprudência francesa. A incipiente proposta, contudo, ainda careceria de maior aprofundamento teórico.

Tal aprofundamento viria pela brilhante mente de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, nos primeiros volumes de seu Tratado de Direito Privado, cuja teoria, de notável rigor científico, partiu da estrutura sintática da norma jurídica abstrata para tratar dos três planos do fato jurídico. Nesse sentido, conforme a estruturação da norma em abstrato, há como antecedente a descrição de um fato ou de um conjunto de fatos hipotéticos, consistentes no suporte fático da norma, para os quais haverá como consequência uma situação jurídica, consistente nos efeitos jurídicos decorrentes da incidência da norma. Ou seja, havendo a chamada subsunção dos fatos do mundo fenomênico ao suporte fático da norma, esta incidirá sobre tais fatos, tornando-os fatos jurídicos[15].

Contudo, para que haja essa incidência da norma, tornando o fato do mundo fenomênico um fato jurídico, o autor pontua a necessidade de que existam determinadas qualidades do suporte fático, sendo imprescindível, portanto, a suficiência do suporte fático[16], a qual se daria pela presença de seus elementos nucleares. De outro modo, o fato do mundo fenomênico não ingressa no mundo jurídico, de modo a se tratar da inexistência de fato jurídico.

Uma vez constatada a presença dos elementos nucleares do suporte fático, de modo a verificar sua existência enquanto fato jurídico, passa-se ao plano da validade, por qual, para que o fato jurídico seja válido, devem estar presentes os elementos complementares do suporte fático[17]. Finalmente, se constatada a sua validade, o próximo plano é o da eficácia, que para ser verificada devem estar

[14] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 65-66.
[15] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 1999. vol. I, § 2.3, p. 52.
[16] Idem, § 9.1, p. 72.
[17] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. vol. IV, § 356.1, p. 35; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 49-53.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

presentes os elementos integrativos do suporte fático[18]. Assim sendo, a teoria ponteana distingue o fato jurídico em três planos: o plano da existência, quando houver suficiência do suporte fático pela presença de seus elementos nucleares; o plano da validade, quando houver eficiência do suporte fático pela presença de seus elementos complementares; e o plano da eficácia, quando houver a presença dos elementos integrativos do suporte fático. A presença dos elementos nucleares, complementares e integrativos do suporte fático pode ser aferida em observância a cada sistema jurídico, que determinará quais serão aqueles; entretanto, para o presente trabalho, não nos deteremos nesses aspectos da teoria, bastando aqui a constatação de que, conforme se qualificarem as normas, alcançarão os planos correspondentes.

Convém ressaltar que a teoria ponteana, aqui apresentada muito sinteticamente, foi desenvolvida com referência aos fatos jurídicos, e não às normas jurídicas. Não obstante, o autor reconhece expressamente a plena aplicabilidade da teoria às normas jurídicas[19], o que efetivamente foi realizado por outros juristas posteriormente[20].

2. (IN)EXISTÊNCIA DA NORMA JURÍDICA

2.1. (In)existência da norma jurídica segundo o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello

Aplicando a teoria dos três planos às normas jurídicas, temos que a norma, caso existente, poderá ser válida ou inválida e, no plano da eficácia, poderá ou não estar apta a gerar os efeitos previstos quando da sua incidência (ou seus efeitos típicos). O presente estudo centra-se no plano da existência da norma jurídica, pelo que se cingirá a este aspecto.

Entretanto, para que se avalie o ingresso da norma no plano da existência, de modo que se trate efetivamente de uma norma jurídica, é preciso antes estabelecer quais são os requisitos suficientes para determinar sua transição do mundo fenomênico, onde é mero fato, para o mundo jurídico.

Em seu Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello leva adiante o desenvolvimento da teoria dos três planos, propondo os critérios para identificar a existência do ato administrativo, sendo que o autor esclarecer tratar-se o ato administrativo de norma jurídica, de modo que nos referiremos a esta última no presente estudo. No que se refere aos requisitos necessários à configuração da norma jurídica como tal, o autor adota a nomenclatura de “elementos”[21] da norma, referindo-se aos componentes que formam sua realidade intrínseca, quais sejam a forma e o conteúdo do ato administrativo. Além disso, haveria, condicionando sua existência, os pressupostos de existência da norma jurídica, estes configurando a sua realidade extrínseca – seriam eles o objeto e a pertinência ao exercício da função administrativa, sendo este último referente aos atos administrativos

[18] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. vol. V, § 529.2, p. 102; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência* cit., p. 49-62.
[19] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado* cit., vol. IV, § 359.1, p. 48.
[20] É o caso de BORGES, José Souto Maior. *Lei complementar tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975, p. 37; NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 41 *et seq*.
[21] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit, p. 321.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

e, em sentido mais amplo (referente às normas jurídicas), equiparável à habilitação jurídica para edição de normas. Portanto, de um lado é imperioso que estejam presentes os elementos que constituem o ato em si mesmo e, de outro, os pressupostos de existência é que possibilitarão a produção jurídica da norma constituído por aqueles elementos, sem os quais não poderá ser classificada como norma jurídica.

Para a finalidade a que se volta a presente pesquisa, não analisaremos detidamente cada um dos elementos e pressupostos de existência da norma jurídica, mas nos voltaremos em especial ao objeto da norma jurídica enquanto pressuposto de sua existência. Segundo aduzido pelo autor em análise, trata-se tal objeto daquilo a que o conteúdo da norma jurídica se refere, ou seja, algo ou alguém a que se direciona a prescrição de conduta contida na norma jurídica. Nesse sentido, para que se produza a norma jurídica, esta deve se exteriorizar sobre um objeto material e juridicamente possível. O condicionante material é autoevidente: uma decisão judicial interditando um estabelecimento já demolido tem sua concretização evidentemente impossibilitada; a exoneração de um servidor público falecido, igualmente. Entretanto, ao falar na possibilidade jurídica do objeto, adentra-se terreno bastante mais movediço. Quais são os limites materiais para a existência no mundo jurídico? Embora o genial Professor Bandeira de Mello não tenha desenvolvido em detalhe este aspecto teórico, introduziu a importante questão em comento, para a qual o Professor Ricardo Marcondes Martins desenvolveu teoria lapidarmente aprofundada, conforme veremos adiante.

2.2. (In)existência do ato administrativo segundo o Prof. Ricardo Marcondes Martins

A teoria da existência normativa de Ricardo Marcondes Martins foi inspirada em boa parte pela teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello analisada no item anterior, conforme apontado pelo primeiro[22]. Nesse sentido, alguns dos conceitos previamente analisados são adotados pelo autor, que divide os aspectos necessários para a existência do ato administrativo entre os elementos do ato, constituindo sua realidade intrínseca, e os pressupostos de existência do ato, constituintes de sua realidade extrínseca.

Para Marcondes Martins, os elementos do ato administrativo são os mesmos indicados por Bandeira de Mello: conteúdo e forma. Entretanto, em relação aos pressupostos de existência, há importantes diferenças entre as teorias, sendo que para Marcondes Martins são quatro os pressupostos: o objeto do ato, a habilitação do agente para editar atos administrativos, o mínimo de eficácia ou de recognoscibilidade social e a não concretização de injustiça intolerável[23]. Estes dois últimos pressupostos são fulcrais para a presente pesquisa, pois poderão estabelecer marcos teóricos para a compreensão dos limites materiais da existência jurídica da norma.

[22] MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Três planos da norma jurídica*. Direito do Estado, 2016. Disponível em: link.
[23] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 232.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

2.2.1. Objeto da norma jurídica

Preliminarmente, é preciso esclarecer que o conceito de objeto de Marcondes Martins diverge da teoria anteriormente analisada. Para Bandeira de Mello o objeto deve, como vimos, ser material e juridicamente possível, sendo este também o entendimento de Weida Zancaner[24]. Heraldo Garcia Vitto[25] vai além, asseverando que o ato com objeto ilícito será inexistente ainda quando tal ilicitude não importar em crime.

Diversamente, para Marcondes Martins só a existência material é pressuposto de existência da norma jurídica. Isso significa que, havendo a existência material do objeto a que se reporta a norma, a licitude deste é prescindível para configurar a sua existência. A ilicitude da norma poderá caracterizar sua invalidade, mas não sua inexistência, na medida em que o aspecto deôntico não fica prejudicado nesse contexto – há prescrição de conduta e objeto sobre o qual ela recai.

No entanto, convém notar que Celso Antônio Bandeira de Mello e Weida Zancaner não especificam o que significa a impossibilidade jurídica do objeto. Nesse ponto, Marcondes Martins faz uma ressalva, aludindo que, caso os autores supracitados tenham assinalado a impossibilidade jurídica como violação aos direitos fundamentais da pessoa humana[26], lhes assistiria razão, o que vai ao encontro dos demais pressupostos de existência na concepção de Marcondes Martins, como se verá adiante. De todo modo, considerando a abrangência muito maior que pode significar a impossibilidade jurídica do objeto, a fim de evitar equívocos, o autor propõe tratar a impossibilidade jurídica do objeto como pressuposto de validade do ato, e não de existência, com a elaboração de outro pressuposto autônomo de existência para as violações aos direitos humanos fundamentais, qual seja a não concretização de injustiça intolerável.

2.2.2. Mínimo de eficácia ou recognoscibilidade social da norma jurídica

Para além dos pressupostos de existência assinalados por Celso Antônio Bandeira de Mello, em relação aos quais Ricardo Marcondes Martins divergiu parcialmente, o último elaborou outros dois pressupostos de existência do ato administrativo, sendo o primeiro deles o mínimo de eficácia social.

Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, também estabeleceu que para que a norma seja considerada válida, deve ser minimamente aplicada e respeitada na sociedade[27]. Uma norma que não possui eficácia alguma, ou uma norma que não é reconhecida enquanto tal pela sociedade a que se destina, para Kelsen, não é válida. Lembremos que na concepção kelseniana não se distingue a validade da existência da norma, de modo que dizer que uma norma é inválida equivale a indicar sua

[24] ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.
[25] VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação dos atos administrativos. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 33, p. 123-136, São Paulo, 2001.
[26] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., VII-153, p. 481.
[27] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* cit., p. 30.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

inexistência. Não por outro motivo, Kelsen leciona que a "Constituição globalmente eficaz"[28] se trata daquela aceita pela maioria dos seus destinatários.

Nessa esteira, Marcondes Martins toma nota de que o conceito por ele desenvolvido, de recognoscibilidade social, inspirou-se na doutrina do jurista Antônio Carlos Cintra do Amaral, que assim dispôs: "*Há uma declaração estatal. Esta é expressa em um texto, que contém uma norma. Para que esse texto seja tido como correspondente a uma declaração estatal, é necessário que seja socialmente reconhecível como um texto normativo*"[29].

Desse modo, resta claro a imprescindibilidade da mínima eficácia social da norma para produzir-se sua existência, de modo que a comunidade a que se destina reconheça que aquela prescrição de conduta é uma norma jurídica, aplicando-a e respeitando-a, ao menos minimamente.

2.2.3. Não concretização de injustiça intolerável pela norma jurídica

Como último pressuposto de existência da norma jurídica, ainda inovando em relação à teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello, Ricardo Marcondes Martins leciona que a norma não ingressará no mundo jurídico quando representar a concretização de uma injustiça intolerável, o que pode ser entendido como uma violação não racionalmente justificada do núcleo essencial de direitos humanos básicos.

Em uma primeira leitura, poderíamos concluir que pretensas normas dessa natureza não encontrariam no meio social a mínima aceitação que as devem preceder, pelo que o pressuposto da mínima eficácia social já compreenderia também o ora descrito. Afinal, se por exemplo a Administração Pública determinasse a tortura como sanção aos servidores, certamente não haveria na comunidade brasileira o mínimo reconhecimento daquilo como norma jurídica, de modo que uma tal seria inexistente.

Ocorre que o exemplo prático legado pela História contraria o raciocínio intuitivamente sugerido. Em mais de uma ocasião, sendo emblemático e paradigmático o caso do nazifascismo, as nações não só reconheceram como normas as violações sistemáticas do núcleo essencial de direitos humanos básicos, como executaram tais normas a ponto de realizar propriamente um genocídio. Desse modo, o pressuposto da mínima eficácia social se revela insuficiente para caracterizar norma jurídicas inexistentes dessa natureza, ao que propõe o autor que também serão inexistentes as normas jurídicas que, violando de forma racionalmente injustificável o núcleo essencial de direitos humanos básicos, concretizem injustiça intolerável.

Segundo aduz o autor, se o pressuposto da mínima eficácia tem inspiração na teoria de Hans Kelsen, o pressuposto da vedação à injustiça intolerável bebe na fonte da teoria de Robert Alexy. Embora Alexy, tal como Kelsen, não distinga os planos da existência e validade da norma[30], o primeiro

[28] Idem, p. 78 e 298.
[29] CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Validade e invalidade do ato administrativo. *In: Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002. p. 17-34, p. 23.
[30] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho* 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 30.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

estabelece que a pretensão de correção[31] é intrínseca ao próprio conceito de Direito, em consonância ao que ocorre na racionalidade da moral. Disso decorre que a decisão jurídica está implicitamente associada a uma pretensão de correção, o que no seu contexto particular significa uma pretensão de justiça. Portanto, uma decisão injusta não é apenas moralmente falha, como também juridicamente o é, em que pese tal injustiça não importe na sua inexistência; do contrário, se inexistentes fossem todas as decisões jurídicas incorretas, não seria possível nenhuma segurança jurídica. Não obstante, quando a injustiça em questão se tratar de uma injustiça intolerável, sequer poderá adentrar ao plano da existência jurídica – nas palavras de Alexy, "*El carácter jurídico se pierde cuando la injusticia alcanza una 'medida insoportable*"[32]. Trata-se, como pontuou Ricardo Marcondes Martins em sua sofisticada teoria, da famosa regra de Gustav Radbruch: "a extrema injustiça não é Direito".

Estabelecida a vedação à intolerável injustiça pelo conteúdo da norma jurídica para que exista enquanto tal, remanesce a questão: como determinar materialmente o que é ou não injustiça intolerável? Há casos em que a injustiça intolerável se dará de forma evidente, como pretensas normas que ordenem tortura, autorizem escravidão ou atentem deliberadamente contra a vida ou a integridade física dos cidadãos. Contudo, o autor aduz que haverá outros casos em que a intolerabilidade da injustiça não se apresentará de plano, exigindo uma ponderação dos princípios incidentes para que seja constatada.

Assim, para melhor delimitar os contornos semânticos do conceito de intolerável injustiça, Marcondes Martins parte do conceito de Alexy, o qual conceitua a intolerável injustiça como violação ao núcleo essencial de direitos humanos básicos[33]. O primeiro autor entende, todavia, que tal conceituação não aclara suficientemente a definição do que deve ser a injustiça intolerável, acrescentando uma quarta restrição semântica àquelas já elaboradas por Alexy. Portanto, temos que a violação deve ser especificamente de um direito humano, não bastando que seja de um direito fundamental; tal direito humano deve ser um direito humano básico; tal direito humano deve ser atingido em seu núcleo essencial; e a quarta restrição, adicionada por Marcondes Martins, dispõe que a violação deve ser injustificável racionalmente. Essa última tem pertinência na medida em que eventualmente a ponderação de princípios poderá indicar uma violação nesse sentido, como é o caso da norma penal que exclui a antijuridicidade do aborto (art. 128, II do Código Penal), exemplo apontado pelo autor em sua obra[34].

Ato contínuo, o autor aponta diretrizes para auxiliar a identificação da injustiça intolerável na norma jurídica inexistente, propondo medidas de ponderação conforme o caso. Conforme aponta o autor, na maioria dos casos haverá consenso social a respeito da intolerabilidade da injustiça, possibilitando seu reconhecimento de plano, casos em que inclusive bastará o pressuposto da mínima

[31] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*, Trad. José Antonio Seoane; Eduardo Roberto Sodero; Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005, p. 24; *El concepto y la validez del derecho* cit., p. 31 e ss.
[32] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho* cit., p. 45-46.
[33] ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia* cit., p. 76.
[34] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 242.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

eficácia social, tendo em vista o referido consenso social. São dois os casos em que o pressuposto da não concretização da injustiça intolerável será incontornável, quais sejam quando o consenso social quanto à intolerabilidade da injustiça surge posteriormente à edição do ato; e quando a intolerabilidade da injustiça for ainda controversa, para os quais o autor propõe como solução a ponderação de princípios, a fim de identificar se o ato é meramente inválido por violação a direito fundamental, ou se inexistente, nos termos ora analisados.

Para este segundo caso, quando for controversa a configuração da injustiça intolerável ainda no momento do controle, o autor propõe para nortear a ponderação a primeira lei da intolerável injustiça: "*quanto maior for a dúvida sobre a intolerabilidade da injustiça, maior será o peso das razões contrárias à sua caracterização*"[35], relacionando essa primeira ao princípio do *in dubio pro reo*. Já para os casos em que o consenso quanto à injustiça intolerável for atingido em momento posterior, o autor propõe a segunda lei da intolerável injustiça, segundo a qual "*quanto mais fraca a consciência coletiva sobre a intolerável injustiça na época da edição da norma, maior o peso das razões contrárias à sua caracterização*"[36].

É importante destacar que a fraqueza de consciência a que se refere o autor diz respeito não só a comunidade onde a norma foi editada, mas também à consciência da comunidade internacional, tal como ocorreu com o juízo internacional relativo às tenebrosas normas nazistas na Alemanha. Desse modo, a teoria ganha força como desestímulo à realização de pretensas normas jurídicas que concretizem injustiças intoleráveis, a despeito de que os detentores do poder assim determinem, pois poderão seus executores posteriormente enfrentar seus próprios tribunais de Nuremberg, onde a consciência global quanto à intolerabilidade da injustiça não poderá ser descartada.

O pressuposto de vedação à intolerável injustiça, portanto, pode funcionar como verdadeiro antídoto contra a banalidade do mal[37].

3. DIREITO DE RESISTÊNCIA

São diversas as implicações dogmáticas que decorrem da diferenciação dos planos jurídicos da existência, validade e eficácia. No que toca à inexistência da norma, antes do mais é preciso esclarecer que, embora tenha aparência de norma jurídica, norma jurídica não é; ao não ingressar no mundo jurídico, trata-se de um fato jurídico. Isso porque, embora tal fato não vá gerar os efeitos típicos da norma que se pretendeu editar, outros efeitos serão gerados, porquanto aquele fato poderá se amoldar ao suporte fático de outras normas, assim gerando os efeitos previstos para aquelas.

Dentre os efeitos produzidos pela "não-norma", podemos destacar uma eventual indenização pelos danos que possa ter causado, a responsabilização do editor, o direito à declaração de

[35] Idem.
[36] Idem.
[37] ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

inexistência da norma e, no que importa para o presente estudo, o direito de resistência ativa pelos cidadãos.

Trata-se de direito bastante peculiar ao contexto examinado, tendo em vista que o ordenamento jurídico não admite a reação dos cidadãos à coação material por parte do Estado, ainda que apoiada em norma jurídica inválida. Para se contrapor às medidas tidas por inválidas, o cidadão tem à sua disposição os meios jurídicos, seja pela via administrativa ou pela judicial; quando muito, o cidadão poderá ofertar resistência passiva à execução da norma, com vistas a obter posterior reconhecimento de sua invalidade, de modo que não seja sancionado por tal ato. Contudo, não sendo o caso da invalidade, haverá a responsabilização pela resistência passiva, sendo que de todo modo a resistência passiva não impede a execução da norma jurídica tida por inválida.

Assim o é por decorrência da eficácia deôntica das normas jurídicas: todas as normas jurídicas, mesmo as inválidas, possuem tal eficácia, desde que existentes no mundo jurídico. De outra maneira, ficaria inviabilizado o Estado de Direito, que vincula a comunidade às normas editadas.

Ocorre que, no caso da norma jurídica inexistente, esta jamais chega a integrar o mundo jurídico. Ou seja, não possui eficácia deôntica, ainda que o comando para que seja executado aquele fato se concretize. Um exemplo não muito distante da realidade contemporânea é o pretenso ato administrativo (norma jurídica concreta e individual) consistente em uma ordem para que uma tropa policial, em ação em uma favela, execute ou torture suspeitos de praticarem algum crime. Diante das premissas teóricas adotadas no presente estudo, uma tal ordem, cujo objeto evidentemente viola o núcleo essencial de direitos humanos básicos sem justificativa racional, caracterizaria a inexistência da norma jurídica que se pretendeu editar. Portanto, não haveria, por parte desses suspeitos, nenhum dever de sujeição à execução ou à tortura, tampouco haveria dever de executá-los ou torturá-los – não há norma jurídica, mas mero fato. Assim sendo, a execução de coação material pelo Estado sem arrimo em norma jurídica importa, por parte do cidadão, no direito de resistir à coação nesse sentido, inclusive pela força, caracterizando o chamado de direito de resistência ativa.

O direito de resistência tem origens na filosofia, com pensadores liberais como John Locke, que previram o direito de revolução ante a tirania. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, essa resistência poderá se dar até mesmo *manu militari*[38], com o uso da força armada pelos cidadãos parar repelir o uso da força pelo Estado sem fundamento em norma jurídica, impedindo a execução material da norma jurídica inexistente. A possibilidade de se resistir nesses termos inclusive já encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, que estabelece no art. 25 do Código Penal o direito à legítima defesa – é cabível falarmos, portanto, em uma conexão entre legítima defesa e direito de resistência[39]. Com efeito, a reação pela força para impedir a tortura e o assassinato constituem nada menos que legítima defesa contra a execução de um crime.

[38] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*... cit., p. 495.
[39] FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da PUC-SP, p. 62, 2007.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

Em relação ao direito de resistência ante a inexistência da norma jurídica, não é outro o pensamento de Ricardo Marcondes Martins, para quem o cidadão poderá resistir à execução de coação material que não esteja fundada em norma jurídica[40].

Portanto, conclui-se que a chamada norma jurídica inexistente é em verdade fato jurídico, amoldado ao suporte fático do direito de resistência, importante instrumento de reação cidadã contra o uso do autoritarismo extremo pela máquina estatal, impedindo a concretização de intoleráveis injustiças atentatórias, sem justificativa racional, ao núcleo essencial direitos humanos básicos.

Entretanto, as hipóteses aventadas trataram dos estados de exceção típicos do século XX (a exemplo do nazifascismo), nos quais havia a suspensão declarada do ordenamento jurídico, ou presentemente da violência criminosa explícita por parte do Estado, ambas situações facilmente identificáveis e inclusive para as quais já há resposta legislativa em nossa ordem jurídica. Mas nem sempre, na atual quadra histórica, o autoritarismo estatal extremo se apresenta frontalmente – na realidade, a exceção à ordem jurídica no presente se verifica por medidas autoritárias fragmentárias no sistema, cuja identificação é bastante complexa, no que foi conceituado pelo Professor Pedro Serrano como *autoritarismo líquido*. Como poderá incidir o direito de resistência ante a inexistência da norma jurídica em tal contexto é a questão que se apresentará a seguir.

4. AUTORITARISMO LÍQUIDO

O conceito de autoritarismo líquido desenvolvido pelo Professor Pedro Serrano[41] é incontornável para a compreensão das novas modalidades de exceção à ordem jurídica vigentes na atual quadra histórica, tratando-se da mudança de natureza do estado de exceção do século XX para o século XXI. Em síntese bastante apertada, o autor identifica que o Estado totalitário do século passado se caracterizava pela suspensão declarada de um determinado ordenamento jurídico por uma decisão política do soberano, a pretexto de eliminar um inimigo interno que ameaçaria a integridade nacional – ou seja, verificava-se a interrupção declarada da democracia representativa. Diante dos fracassos desses Estados de polícia, houve uma evolução e sofisticação dos mecanismos autoritários, que atualmente não mais carecem da suspensão declarada do ordenamento, mas de medidas pontuais de exceção no interior da rotina democrática, fragmentários no sistema e revestidos de um verniz de legalidade conferido pelo uso de processos com aparência formalmente adequada, mas que mascaram um conteúdo autoritário que efetivamente esvazia de sentido as normas constitucionais.

É importante destacar que não se tratam tais medidas de disfunções do Estado democrático de direito, as quais seriam a ele inerentes, mas de verdadeira patologia do sistema, representando um esvaziamento sistemático da normatividade democrática. Nesse contexto, verifica-se o uso dessas

[40] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 167.
[41] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *R. Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 197-223, jan./jun. 2020; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: Breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016; CAIS BURDMANN, Emmanuel, MONTEIRO GARZILLO, Rômulo, HIDEO IOCHIDA LACERDA, Fernando. O conceito de medidas de exceção segundo Pedro Serrano: sistematização dos elementos constitutivos. *In Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 75-92.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

medidas de exceção para cirurgicamente eliminar os inimigos ocasionalmente eleitos pelos agentes do autoritarismo, sem o ônus de se apresentar abertamente como um Estado despótico, fazendo-o em convivência harmônica com a institucionalidade democrática regular nos demais aspectos desse mesmo Estado, tornando a identificação do autoritarismo uma tarefa muito mais complexa do que já foi.

Na periferia do capitalismo, em especial nos países latino-americanos, tais medidas de exceção têm preponderado a partir do sistema de justiça, sobretudo penal, em que o Estado se vale de processos penais que aparentam ser formalmente adequados, mas cujo conteúdo volta-se à eliminação física, pela prisão, daqueles considerados como indesejáveis[42] pelo sistema, quais sejam em geral os cidadãos negros, pobres e periféricos, bem como agentes políticos/sociais que afrontem tal estado de coisas. São os *processos penais de exceção*[43], exemplificados notória e emblematicamente no contexto brasileiro pela operação "Lava Jato", em que eventualmente se publicizou o objetivo expresso pelos agentes estatais de interferir no processo democrático, inclusive nas eleições presidenciais, revelando que tais processos sequer processos foram, no sentido jurídico do termo. Em vista desse autoritarismo atualizado, nos voltaremos a identificar o cabimento do direito de resistência conforme as hipóteses teóricas previamente explanadas para o contexto atual.

5. CONSIDERAÇÕES

Embora as medidas de exceção no autoritarismo líquido não se realizem com a brutalidade evidente dos Estados totalitários clássicos, não são por isso menos perniciosas ou violentas do que aqueles. Conforme precisamente pontuou o Professor Serrano em sua tese Lapidar (2020, p. 201):

> *Para aqueles que são alvo dessas medidas, no entanto, o fenômeno do despotismo é muito intenso e difícil de ser combatido, já que o autoritarismo líquido é fluído, não parte de um centro de exercício dessa soberania ou de uma autoridade que a centralize*[44].

Em verdade, o autoritarismo líquido é potencialmente ainda mais gravoso do que o *modus operandi* totalitário que o antecedeu, na medida em que a dificuldade na sua identificação obsta a aplicação das medidas desenvolvidas para enfrentar o despotismo estatal até então, a exemplo do direito de resistência fundado na inexistência da norma jurídica. Certamente não haveria dúvida da incidência do direito de resistência quando da ordem estatal para torturar um preso visando obter dele alguma informação, tal como ocorria nas ditaduras militares brasileiras. Contudo, na atual conjuntura, como se avaliam as prisões preventivas sistematicamente aplicadas na operação "Lava Jato", visando obter delações premiadas por parte dos investigados/réus naquelas ações penais, as quais vieram a se revelar inequivocamente como processos penais de exceção? Os vazamentos das conversas

[42] CASARA, Rubens. *O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
[43] LACERDA, Fernando Hideo Iochida. ***Processo penal de exceção***. 2018. 441 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.
[44] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *R. Themis*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 197-223, jan./jun. 2020, p. 201.

RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR
ISSN 2675-6218

mantidas em aplicativos entre os membros do Ministério Público Federal naquele contexto apontaram, sem sombra de dúvidas, para o uso ora retratado dessas prisões, o que efetivamente repete a tortura de cidadãos para fins de obtenção de informações[45], dessa vez travestida de processo penal regular.

Conforme nossa análise, há no caso em apreço uma patente violação ao núcleo essencial de direitos humanos básicos. O mesmo pode ser dito das prisões arbitrárias visando a eliminação de adversários políticos. Assim sendo, ganha relevo, diante do quadro apresentado, a seguinte indagação: não sendo o processo penal de exceção propriamente um processo no sentido jurídico do termo, a norma jurídica consistente na decisão judicial ou no ato administrativo constringindo a liberdade dos cidadãos submetidos a um tal processo, não caracteriza igualmente a inexistência jurídica dessa norma?

A resposta positiva provoca indagação com nova camada de complexidade. Em sendo inexistente a norma jurídica a determinar a prisão política voltada a eliminar cidadãos eleitos como inimigos do Estado, não há um direito do cidadão a resistir à concretização de uma tal injustiça intolerável? Em que pese nos pareça novamente afirmativa a resposta, não se sugere, neste estudo, que a resistência pela violência ao novo autoritarismo seja a via adequada ao seu enfrentamento. Inobstante, em lealdade às premissas teóricas aqui adotadas, inviável negar-se tal direito à cidadania.

Assim é que o presente estudo não visa exaurir a problemática ora retratada, mas introduzi-la no debate fundamental quanto às novas modalidades de autoritarismo e erosão constitucional. No âmbito político, uma abordagem pragmática da realidade concreta não torna recomendável que o cidadão, em posição intensamente frágil diante do massivo poderio estatal, se valha da violência para exercer o direito à resistência. Entretanto, nos parece imprescindível discutir formas plausíveis, no plano jurídico e político, de exercício do direito de resistência ante o autoritarismo líquido, na precisa medida em que este se valha de normas jurídicas inexistentes, com pseudo verniz de legalidade, para violação sistemática do núcleo essencial de direitos humanos básicos.

Os estados de exceção se atualizaram e sofisticaram para sobreviverem à nova realidade política desta quadra histórica. É tempo de que as respostas jurídicas à exceção se atualizem também.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** 2. ed. Tradução: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**, Tradução: José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2005.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

[45] "Delação de presos sugere tortura", afirma Gilmar Mendes citando ministro do STJ. Brasil de Fato, Brasília, 17 de outubro de 2019. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/delacao-de-presos-sugere-tortura-afirma-gilmar-mendes-citando-ministro-do-stj

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo**: ato administrativo e procedimento administrativo. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BORGES, José Souto Maior. **Lei complementar tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Educ, 1975.

CAIS BURDMANN, Emmanuel; MONTEIRO GARZILLO, Rômulo; HIDEO IOCHIDA LACERDA, Fernando. O conceito de medidas de exceção segundo Pedro Serrano: sistematização dos elementos constitutivos. *In:* ____. **Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CASARA, R. **O estado pós-democrático**: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Validade e invalidade do ato administrativo. *In:* **Comentando as licitações públicas**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.

FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, 2007.

HIDEO IOCHIDA LACERDA, Fernando. **Processo penal de exceção**. 2018. 441f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARCONDES MARTINS, Ricardo. Três planos da norma jurídica. **Direito do Estado**, n. 238, 2016. Disponível em: link.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 1999. vol. I, § 2.3.

SAMPAIO, Cristiane. "Delação de presos sugere tortura", afirma Gilmar Mendes citando ministro do STJ. **Brasil de Fato**, Brasília, 17 out. 2019. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2019/10/17/delacao-de-presos-sugere-tortura-afirma-gilmar-mendes-citando-ministro-do-stj.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **R. Themis**, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 197-223, jan./jun. 2020.

VITTA, Heraldo Garcia. Invalidação dos atos administrativos. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 33, p. 123-136, 2001.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.