

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

**ESTADO DE EXCEÇÃO E ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ESTADO DE EXCEÇÃO E ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate de Estado de Exceção e Estado Constitucional de Direito, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Estado de Exceção e Estado Constitucional de Direito ficou sob a responsabilidade de Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, professor da Universidad de Los Hemisferios, que analisa os trabalhos segundo quatro aspectos centrais: “o direito em maus tempos”, “a produção do direito excepcional”, “o controle do direito previsto para situações de exceção” e, por fim, análise de casos concretos.

O eixo temático contou com a apresentação de nove trabalhos de autoria de pesquisadores e pesquisadoras do Brasil, Argentina, Peru e Espanha. O relator destaca que a expressão “Estado de Exceção” não é utilizada no mesmo sentido por todos os autores, dada sua polissemia e sua vasta gama de possibilidades semânticas. Para efeitos do relatório, a expressão é adotada em sentido lato, não se restringindo a nenhum dos empregos específicos dados pelas autoras e pelos autores.

Daniel Carreiro Miranda e Ricardo Henrique Carvalho Salgado (Brasil) discutem as previsões constitucionais do Estado brasileiro atual para os casos de intervenção federal. Ao fazerem uma leitura crítica da legislação que a prevê e regulamenta, os autores debatem as

implicações e desdobramentos da intervenção federal à luz dos direitos humanos e da dignidade humana. Daniela Magalí Miranda e Jorge Augusto Barbará (Argentina) discutem, ao debater o “derecho de emergencia” na Argentina, como os valores básicos do Estado de Direito são afetados; apresentam um conjunto de jurisprudências nessa matéria e as objeções ao controle judicial da medida. Edgardo Rodríguez Gómez (Peru), valendo-se das contribuições de Scipione Ammiratto y Giarolamo Frachetta, discute os atravessamentos entre razão de estado e razão de guerra.

Eduardo Javier Jourdan Markiewicz (Argentina) apresenta questionamentos ao papel e aos poderes conferidos aos juízes e aos tribunais supremos nas repúblicas contemporâneas, buscando questionar a constitucionalidade e a interpretação constitucional enquanto sinônimos de justiça. Eusebio Fernández García (Espanha) propõe uma discussão cuja tese central preconize o Estado Democrático de Direito como paradigma solucionador das crises de estado.

José Francisco Dias da Costa Lyra e Péricles Stehmann Nunes (Brasil) debatem uma nova legislação e uma cultura da emergência que instauram a excepcionalidade penal e o declínio do sistema de garantias. Plínio Régis Baima de Almeida (Brasil), ao analisar decisões formuladas pelo judiciário brasileiro, identifica como se pode reforçar judicialmente o modelo de exceção atualmente vigente no Brasil. Vinícius Sado Rodrigues (Brasil) discute o estado de exceção como paradigma de governo e de que forma ele se desdobra por outros espaços, como campos de refugiados.

Por fim, Zhenia Djanira Aparicio Aldama (Peru) parte da teoria de Thomas Hobbes para discutir o estado de exceção, em uma perspectiva de que, como alerta Juan Carlos Riofrío, a exceção passou a ser a norma geral e esse discurso da justificação do poder absoluto passa a integrar a retórica dos governos ditatoriais.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

**DECISÃO JUDICIAL EXCEPTIVA, OU COMO O PODER JUDICIÁRIO PODE
ATUAR EM FAVOR DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

**EXCEPTIONAL JUDICIAL DECISION, OR HOW THE JUDICIARY CAN ACT IN
FAVOR OF THE STATE OF EXCEPTION**

Plínio Régis Baima de Almeida ¹

Resumo

O modelo de decisão vigente construído empiricamente pelo Judiciário, baseado numa tradição opinativa, que costuma não contemplar na prática os métodos interpretativos contidos nas teorias nela citadas, pode servir a um estado de exceção, na medida em que pode ser utilizado (também) para restringir direitos fundamentais. Diante disso, pretende-se com artigo identificar como decisões formuladas pelo Judiciário brasileiro podem reforçar o modelo de exceção atualmente vigente no Brasil. Para isso, diante de duas decisões a serem analisadas, elegemos três requisitos que nos permitirão confirmar a hipótese aqui formulada: tenha a decisão o potencial de influenciar na consolidação do golpe de 2016; se utilize o judiciário de procedimento e/ou entendimento não usual; a decisão relativize ou desconsidere direito fundamental.

Palavras-chave: Palavras-chave: poder judiciário, Decisão judicial, Estado de exceção

Abstract/Resumen/Résumé

The current decision-making model constructed empirically by the Judiciary, based on an opinionated tradition, which usually does not contemplate in practice the interpretive methods contained in the theories quoted in it, can serve a state of exception, insofar as it can be used (also) to restrict fundamental rights. In view of this, it is intended with an article to identify how decisions made by the Brazilian Judiciary can reinforce the exception model currently in force in Brazil. In order to do so, given two decisions to be analyzed, we have chosen three requirements that will allow us to confirm the hypothesis formulated here: whether the decision has the potential to influence the consolidation of the 2016 coup; if it uses the judicial procedure and / or unusual understanding; the decision relativizes or disregards fundamental right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Judicial decision, Exception state

¹ Doutorando em Direito pela UFRJ. Mestre em Direito pela UFAL. Membro do Instituto Latino-americano de estudos sobre Direito Política e Democracia. Procurador do Município de Maceió.

Decisão judicial exceptiva, ou como o Poder Judiciário pode atuar em favor do estado de exceção

Exceptional judicial decision, or how the Judiciary can act in favor of the state of exception

RESUMO

O modelo de decisão vigente construído empiricamente pelo Judiciário, baseado numa tradição opinativa, que costuma não contemplar na prática os métodos interpretativos contidos nas teorias nela citadas, pode servir a um estado de exceção, na medida em que pode ser utilizado (também) para restringir direitos fundamentais. Diante disso, pretende-se com artigo identificar como decisões formuladas pelo Judiciário brasileiro podem reforçar o modelo de exceção atualmente vigente no Brasil. Para isso, diante de duas decisões a serem analisadas, elegemos três requisitos que nos permitirão confirmar a hipótese aqui formulada: tenha a decisão o potencial de influenciar na consolidação do golpe de 2016; se utilize o judiciário de procedimento e/ou entendimento não usual; a decisão relativize ou desconsidere direito fundamental.

Palavras-chave: Poder Judiciário; decisão judicial; estado de exceção

ABSTRACT

The current decision-making model constructed empirically by the Judiciary, based on an opinionated tradition, which usually does not contemplate in practice the interpretive methods contained in the theories quoted in it, can serve a state of exception, insofar as it can be used (also) to restrict fundamental rights. In view of this, it is intended with an article to identify how decisions made by the Brazilian Judiciary can reinforce the exception model currently in force in Brazil. In order to do so, given two decisions to be analyzed, we have chosen three requirements that will allow us to confirm the hypothesis formulated here: whether the decision has the potential to influence the consolidation of the 2016 coup; if it uses the judicial procedure and / or unusual understanding; the decision relativizes or disregards fundamental right.

Keywords: Judiciary; Judicial decision; exception state

Introdução

As transformações por que vem passando o Brasil desde as manifestações de 2013, com processo de desgaste político fortalecido a partir do fim das eleições presidenciais de 2014, e que culminaram na excisão da presidente eleita Dilma Rousseff são pauta de acirrados debates nos planos interno e internacional, principalmente quando refletidas sob a perspectiva democrática. É que, ainda que se reconheça até agora acertada a afirmação de Hermann Heller de que “[...] fora da Democracia não existe outra possível

legitimação do poder”¹, essa máxima perde em substância, quanto à existência da própria democracia, quando repensada sob o panorama sócio-político que se desenha no Brasil do momento presente.

A partir dessa movimentação política que expõe a fragilidade do modelo de presidencialismo brasileiro, com efeitos preocupantes sobre a legitimação democrática, apresentam-se gritantes as contradições reais entre a prática assumida por membros de poderes constituídos e o modelo de Estado democrático e republicano idealizado pelo Constituinte na Constituição brasileira de 1988.

A mudança na presidência da República culminou numa transformação súbita – ainda que já esperada – dos rumos políticos do governo federal, descolando-se quase por completo do programa político há pouco escolhido democraticamente pela maioria dos brasileiros. Desde então, com o curso neoliberal em pleno marcha, a população vem amargando as medidas que pouco (ou em nada) a beneficia, sofrendo com o esfacelamento de direitos fundamentais historicamente consolidados na ordem constitucional.

Ainda que Executivo e Legislativo se encontrem no centro desse conflito político que se alonga neste ano de 2018, provocado em parte pela falta de governabilidade e legitimidade geradas por um esgotamento do presidencialismo de coalizção e pela acentuada fragmentação partidária², advogamos a tese de que vem exercendo o Poder Judiciário, nesse contexto de crise, papel fundamental no aprofundamento da instabilidade democrática.

O artigo pretende identificar como decisões formuladas pelo Judiciário brasileiro – este de reconhecido caráter personalista – são capazes de, ao ignorar direitos fundamentais, reforçar a exceção transbordada no atual estágio em que se encontra o Brasil. A perspectiva aqui lançada extrapola a visão de um estado de exceção assentado numa particular guerra em que amigo e inimigo são facilmente identificados, ou por uma questão fronterística que encerra a disputa contra um inimigo externo ou mesmo por uma contenda civil interna em que os dissonantes se põem claramente em lados opostos.

A exceção aqui proposta, porque fora da ordem jurídica (ainda que a ela pertença), não pode ser reconhecida a partir de um simples recorte temporal de julgados, em que se pretenda identificar um padrão decisório que leve à conclusão de sua existência. Diante

¹ HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedrosa. Barcelona: Editorial Labor S.A, 1930, p. 90.

² AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 29 et seq.

disso, o que nos interessa neste artigo é a decisão excepcional que cumpra os seguintes requisitos: 1) tenha o potencial de influenciar na consolidação do golpe de 2016³ e na implementação da atual política neoliberal; 2) fuja ao usual em termos de procedimento e/ou entendimento adotado pela magistratura local; 3) relativize ou desconsidere direito fundamental.

Diante dos parâmetros acima delineados, duas decisões servirão de objeto de análise deste trabalho: a decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no processo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, em que se apurava a responsabilidade do juiz Sérgio Moro na condução de procedimentos relativos à chamada Operação Lava-Jato da Polícia Federal; voto da ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber no *habeas corpus* nº 152.757/PR, impetrado pelo Ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

1. Traços da exceção: a suspensão casual do Estado de Direito com a adoção de meio fora dos meios previstos na ordem jurídica

Estado ou situação de exceção denota a suspensão provisória da Constituição, em sua totalidade ou em parte dela, ainda que a norma jurídica ignorada não tenha dela derivado diretamente, mas sim de uma normatividade infraconstitucional, já que esta deve encontrar guarida de legitimidade na própria Constituição⁴. E não se trata aqui apenas de um “erro escusável”, mas da própria consolidação da “não-norma” no ordenamento por meio de órgãos ou instituições oficiais, ainda que diante de um único contexto, tempo e/ou pessoa.

Só comporta dizer estar-se diante de um estado de exceção quando estabelecido aprioristicamente um Estado de Direito. É que, por se tratar da suspensão temporária ou casual de direito (s) – ainda que para se criar uma nova norma a partir da exceção –, esse direito *a priori* não pode ser objeto de livre modificação, e a qualquer momento, pela vontade de um déspota, a exemplo do que acontece nos estados absolutistas. “Com efeito,

³ Assim como Roberta Laena e diversas (os) outras (os) juristas, coaduno com a tese de que o Brasil sofreu um Golpe de Estado que destituiu a presidente eleita Dilma Rousseff e instalou um modelo político-econômico que beneficia as elites. Para mais, ver JUCÁ, Roberta Laena Costa. 2016, o ano que não terminou: golpe e discricionariedade judicial no Brasil. In: DE GIORGI, Raffaele; TORRACA, Lia Beatriz Teixeira (Orgs.). **Os espaços da democracia no Brasil e os limites do Direito**. Rio de Janeiro: Eulim, 2017, pp. 134-165.

⁴ Legitimidade não só por obedecer ao procedimento legislativo previsto pelo Constituinte, mas também por refletir em seu conteúdo a vontade material extraída da própria Constituição (legitimidades procedimental e material).

o estado de exceção apenas se presentifica mediante uma dialética necessária com o Estado de Direito, sob a forma de sua *suspensão*”⁵ (grifo do autor).

Reconhecida a insuficiência dos meios previstos no ordenamento jurídico para dar conta da anormalidade, a exceção é o meio utilizado para enfrentar a abnormidade, cuja finalidade seria, em tese, a volta à normalidade, ao regramento do próprio Estado de Direito. Nesse sentido, como afirma Matos, “podemos dizer, assumindo o risco do paradoxo, que a exceção é um meio que despreza os meios, tendo na alça de sua mira apenas o fim a atingir”⁶.

Não se pode esperar de Carl Schmitt, jurista de um realismo de matriz conservadora e autoritária, um improvável modelo político alicerçado em base democrática e pluralista. Sua visão de mundo, no entanto, permite que enxerguemos o que não é democracia dentro da democracia, ou seja, aquilo que apesar de se justificar numa possível manutenção da ordem estatal, figura-se como um germe que atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito.

Na sua *Teologia Política* (1922), Carl Schmitt vem a afirmar que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. Para Schmitt, o soberano não é, portanto, quem legitima a formação do estado (como o povo para uma democracia), mas quem pode, quem tem o poder de decidir em casos extremos. Usa o estado de exceção para elaborar um conceito jurídico de soberania. Se afasta, desse modo, da ideia de que uma decisão, na perspectiva jurídica, deve ser sempre deduzida do conteúdo de uma norma.

Carl Schmitt critica, dessa forma, a teoria tradicional acerca da soberania, a qual, segundo ele, está mais preocupada com uma visão abstrata do tema (teológica, por assim dizer⁷), esquecendo-se de deduzi-la a partir da sua aplicação concreta. Schmitt parte do pressuposto de que o caso excepcional não encontra descrição na ordem jurídica vigente. Talvez por isso que o diferencie, por exemplo, do estado de sítio. Nesse mesmo sentido, reconhece Agamben que “o estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra) [...]”⁸.

⁵ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΣ? apocalipse, exceção, violência. In. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, pp. 277-342, jul./dez. 2012, p. 283.

⁶ MATOS, 2012, p. 284.

⁷ Carl Schmitt inicia o capítulo 3 de sua *Teologia Política* afirmando que “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos secularizados” (p. 35), porque partem de pressupostos que, por serem abstratos e infalíveis, aproximam-se dos dogmas teológicos.

⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci. D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

Para Schmitt, ainda que não descrito enquanto pressuposto legal, porque ilimitados seus pressupostos, a exceção pertence à ordem jurídica vigente. E mesmo a ordem jurídica repousa em uma decisão (caráter decisionista de sua teoria), não se fundamentando, portanto, em uma norma.

Apesar de o estado de exceção gerar inúmeras abordagens, este artigo se limitou a traçar, em poucas linhas, caracteres que permitam melhor entender o seu conceito, a fim de contrapor a seguir a perspectiva da exceção ao comportamento do poder judiciário brasileiro, em especial a partir de algumas decisões que circunscrevem a chamada “Operação Lava-Jato”, as quais, em nome “da ordem e da moral públicas”, vêm ignorando procedimentos legais e atropelando direitos fundamentais de alguns dos (as) acusados (as).

2. Análise de duas decisões judiciais exceptivas que influíram no atual processo político brasileiro

O Poder Judiciário apresenta dificuldades em assentar-se democraticamente diante da realidade na qual se insere, utilizando-se, em alguns casos, de expedientes que contrariam as liberdades fundamentais previstas na Constituição, o que faz com que surjam dúvidas quanto ao seu desempenho no processo contínuo de estabilização e de conformação da democracia.

Desde a Constituição de 1988, o judiciário brasileiro vem assumindo progressivamente uma condição de superego da sociedade⁹, tanto por se postar como onipotente definidor das regras morais a serem assumidas pelas pessoas, quanto por se atribuir poderes distintos dos delimitados pelo Constituinte. Hoje, em especial diante da inconsistência social gerada pelo golpe que depôs a então presidente Dilma Rousseff, o judiciário vem chamando a atenção pelo desprezo com que vem tratando a Constituição e a legislação em geral.

O estado de exceção é (também) identificado com a produção normativa que gere dentre os seus efeitos a restrição de direitos fundamentais antes resguardados pelo Estado democrático de matriz liberal¹⁰. Essa produção, não obstante, já há tempos não é monopólio do legislativo, cumprindo também o judiciário o papel de fonte produtora de

⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In. **Novos Estudos**. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: CEBRAP, n. 58, nov. 2000, pp. 183-202.

¹⁰ ZEDÁN, Marcela Chahuán. La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídica política. In. **Acta Bioethica (Universidad de Chile)**, Chile 19 (1), pp. 49-57, 2013, p. 50.

normas jurídicas. Dessa forma, à atividade jurisdicional se reconhece a potência capaz tanto de afirmar direitos quanto de restringi-los.

A tradição personalista do judiciário brasileiro¹¹, que leva a um decisionismo com a prática de um ativismo à brasileira¹², acaba por fecundar ambiente propício à atuação judicial fora da ordem jurídica, apesar de nela estar inserido o judiciário. Somada a esta análise a “liberdade criativa do intérprete”, tão entusiasticamente reconhecida pela doutrina de raiz neoconstitucional, vem-se permitindo a membros do judiciário o livre exercício do poder político, inclusive encorajando juízes (as) a declarar estados de necessidade extremos e a receitar remédios fora da ordem constitucional vigente¹³.

É paradigmática a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 no processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, enquadrando-se nesses desvios exceptivos aqui denunciados. Alguns advogados ingressaram com o pedido de instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) contra Sérgio Fernando Moro por considerarem que o magistrado federal, no uso de suas atribuições, cometeu as seguintes ilegalidades:

- i) a manutenção nos autos de áudio de comunicação telefônica interceptada sem ordem judicial - porque ocorrida posteriormente à determinação de interrupção da medida investigatória ; ii) a manutenção nos autos de áudios cujos conteúdos mostram-se totalmente desvinculados do objeto da investigação, não havendo qualquer ligação, sequer reflexa, com as supostas práticas criminosas investigadas; iii) o levantamento do sigilo judicial dos expedientes, o que resultou na ampla e imediata divulgação dos áudios - inclusive daquele gravado sem ordem judicial e assim esmo mantido nos autos - nos veículos de comunicação social, os quais, como se pode perceber da escuta dos diálogos, em nada se relacionam com o objeto da investigação.¹⁴

Como se pode observar, o magistrado atuou de forma ilegal ao deixar de preservar o sigilo de gravações de interceptações judiciais e ao divulgar para a imprensa comunicações telefônicas de autoridades com privilégio de foro, cujas conversas não se

¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, et. al.

¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. In. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), p. 407-440, jul./dez. 2008.

¹³ Exemplo desse comportamento, apesar de não se relacionar com a operação Lava-Jato, é a decisão proferida por juíza de primeiro grau no estado do Rio de Janeiro que determinou “busca e apreensão coletiva” em residências situadas na comunidade Cidade de Deus. O fato foi amplamente noticiado, a exemplo de: Mandado de busca “coletiva” na Cidade de Deus e desocupação “com força policial” na UFRJ, judiciário em ação. *Esquerda Diário*. 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/Mandado-de-busca-coletiva-na-Cidade-de-Deus-e-desocupacao-com-forca-policial-na-UFRJ-judiciario-em>>. Acesso em: 03 jun. 2018; CORRÊA, Hudson. Justiça autoriza revista coletiva em favela do Rio. *Revista Época*. 21 nov. 2016. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2016/11/justica-autoriza-revista-coletiva-em-favela-do-rio.html>>. Acesso em 03 jun. 2018.

¹⁴ TRF4; P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS; RELATOR: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI; INTERESSADO: CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4A REGIÃO, p. 01.

relacionavam com o objeto da investigação, em especial gravação envolvendo à época a presidente da república Dilma Rousseff e o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Não custa lembrar que a divulgação das conversas por Sérgio Moro provocou ambiente político desfavorável a Dilma Rousseff e ao Lula, prejudicando ainda mais a imagem dos dois frente à opinião pública. Não seria exagerado afirmar, portanto, que o comportamento do referido juiz, ao divulgar conversas telefônicas da então presidente, influenciaram na cassação da nomeação do ex-presidente Luís Inácio para Chefe da Casa Civil e no golpe que levou ao *impeachment* de Dilma Rousseff.

Os atos do magistrado de piso, ainda que discursivamente repousados em princípios gerais como o da publicidade e o da moralidade pública, foram praticados à margem da Constituição. No Estado Democrático de Direito, o respeito ao procedimento tem como uma das finalidades evitar o casuísmo da atuação estatal, afastando-se com isso a possibilidade de julgamentos de exceção com base em convicções pessoais do julgador. Ao abrir mão do procedimento legalmente estabelecido, o magistrado Sérgio Moro atuou de forma autoritária, à margem da ordem jurídica, sendo ele passível, por isso, de sanção pelo Tribunal e sua decisão de anulação.

A decisão do TRF4, contudo, ainda que reconhecendo a ineditude na condução do magistrado, não determinou a abertura do PAD, socorrendo-se explicitamente de um estado extremo (excepcional) para justificar a atuação de Sérgio Moro e se justificar na sua decisão, à margem da ordem jurídica vigente.

Após realizar um apanhado das regras possivelmente infringidas pelo magistrado, afirmou o Desembargador-relator Rômulo Pizzolatti, o qual foi seguido em seu voto pela ampla maioria dos desembargadores, que

[...] essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais [...]¹⁵.

Em seguida, se utilizou de forma grosseira de um trecho em que Eros Grau explica do que se trata a “exceção” (estado de exceção), forçando o leitor a deduzir que o referido jurista corrobora com o pensamento de que um magistrado pode simplesmente deduzir estar-se diante de uma situação excepcional e, por isso, valer-se de qualquer meio fora da ordem jurídica para afastar o “mal” que ele mesmo declarou existir. Talvez, diante dessa mal-arranjada decisão, seja mais importante nos atermos ao título da obra de Eros (*Por*

¹⁵ TRF4; P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS; RELATOR: Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI; INTERESSADO: CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA 4A REGIÃO.

que *Tenho Medo dos Juizes*) como prenúncio à possibilidade de milhares de magistrados (as) brasileiros (as) aderirem à “exceção” nos seus julgamentos.

Alinhada à afirmação de Schmitt de que soberano é quem decide sobre o estado de exceção, ter-se-ia, diante da tese defendida pelo desembargador do TRF4 Rômulo Pizzolatti, uma pluralidade de soberanos decidindo a hora, o fato e contra quem declarar o estado de exceção, tornando exceção o próprio Estado de Direito. Essa (i)lógica é tão medonha, que muito se assemelha ao que Carl Schmitt alertou sobre como seria um possível Estado jurisdicional:

Em tempos de concepções jurídicas estáveis e de posse consolidada, o Estado jurisdicional predominará e as últimas decisões serão tomadas por uma Justiça separada do Estado, na qualidade de guardiã e protetora do Direito distinguido pelo Estado, um Direito que ao Estado precede e que lhe é superior. Aliás, em uma coletividade dessa natureza, dificilmente se poderá falar de um ‘Estado’, pois, no lugar de uma unidade política, teria surgido uma simples comunidade jurídica, de cunho não político, pelo menos conforme a ficção¹⁶.

Afirma ainda o desembargador que a permanente ameaça à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, “caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro”, merece um tratamento também excepcional.

Mesmo que eventualmente haja o bloqueio (de parte) dos efeitos de decisões exceptivas ainda na esfera jurisdicional, isso não elimina, contudo, a preocupação em torno da exceção, ainda mais quando se tem em mente que o estado de exceção, nas palavras de Agamben, “[...] enquanto suspensão da própria ordem jurídica, **define seu patamar ou seu conceito limite**”¹⁷. (grifo nosso) O sentido talhado por Agamben nos remete imediatamente ao Supremo Tribunal Federal e aos limites de sua atuação na ordem constitucional brasileira.

Ainda envolvendo a Operação Lava-Jato, chamou atenção o arranjo retórico formulado pela ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber para manter preso o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva¹⁸. Mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da execução de pena antes do trânsito em julgado de ação penal condenatória, denegou o *habeas corpus* ao ex-presidente sob a justificativa de que acompanharia a maioria dos seus pares por considerar imprescindível o princípio da colegialidade¹⁹.

¹⁶ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 6.

¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152.752/PR. Rel. Min. Edson Fachin; Voto da Min. Rosa Weber.

¹⁹ Trecho do voto da ministra Rosa Weber em que destaca o princípio da colegialidade: “Nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento

Por 6 votos a 5, o plenário do Supremo Tribunal Federal manteve o ex-presidente preso, anuindo, portanto, com a execução provisória da pena após a condenação em 2ª instância. Não se pode olvidar que, apesar de a ministra Rosa Weber abrir mão do seu entendimento em nome da maioria dos seus pares, essa maioria por ela destacada só foi conquistada no *habeas corpus* impetrado pelo ex-presidente em razão do seu próprio voto.

A inconsistência não para por aí. Afirmou ainda Rosa Weber que apesar de o acórdão do STF em que se baseou para formular sua decisão denegatória não ter efeito vinculante e ser contrário à sua convicção, optou por, mesmo assim, privar o réu de sua liberdade. A decisão da ministra demonstra, com isso, o quanto o esforço pelo tecnicismo da decisão pode servir como “cortina de fumaça” para restringir arbitrariamente direitos fundamentais. Ainda que houvesse “densidade jurídica” na controvérsia, não deveria a magistrada, diante da incerteza gerada, optar por privar alguém de sua liberdade, numa absurda inversão de valores em que um inexistente precedente pode ser considerado para fins de manutenção da “integridade da jurisprudência” do Supremo Tribunal Federal.

A exemplo da decisão do TRF4, em que o desembargador-relator reconheceu de punho uma situação de exceção a qual a ordem jurídica não se aplicava, fica demonstrado como uma única decisão consegue romper com regras basilares do modelo de Estado de Direito Democrático, sob o refúgio retórico no tecnicismo ou mesmo de que crises políticas e econômicas legitimam tomadas de decisões excepcionais.

Apesar de a exceção não se admitir como exceção (salvo a incomum decisão do TRF4), os casos aqui trabalhados se amoldam à noção de estado de exceção há pouco descrita. Em ambos a atividade jurisdicional ignorou procedimentos próprios da ordem jurídica vigente, tendo como um dos efeitos o desrespeito a direitos fundamentais.

Nas decisões aqui abordadas pode-se constatar o excepcional, em que a (o) magistrada (o) se pôs fora da ordem jurídica vigente, ainda que a ela pertença, decidindo sobre a suspensão de parte da Constituição. A diferença está, no entanto, na abordagem: na primeira delas, o TRF4 declarou de punho, sem qualquer constrangimento, a existência de “anormalidade” na Operação Lava-Jato, permitindo, a partir daí, qualquer comportamento a ser aplicado na “situação excepcional”; já a Ministra Rosa Weber, apesar do esforço no uso de tecnicismos para força um entendimento sobre “integralidade

delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte”. p. 12.

de jurisprudência”, expôs uma contradição inescusável, aparentemente muito em razão de “quem” se julgava do que a matéria envolvida no julgamento.

As decisões do TRF4 e da ministra Rosa Weber nos lançam preocupações a respeito do atual estágio da democracia brasileira. Competem aos juízes definir o que é “estado de normalidade” e o que é “estado de exceção”, para, a partir daí, determinar se se respeitará ou não a ordem jurídica? E se cada um dos milhares de juízes brasileiros encarnar o “soberano” e passar a decidir sobre o “estado de exceção”, o quanto de Estado de Direito restará aos demais brasileiros? Responder a esses questionamentos é imprescindível diante do atual cenário político brasileiro, de um judiciário que não reconhece limites na sua atuação e de um Estado que se pretende Democrático e de Direito.

À guisa de conclusão

Mudança das mais abruptas tem ocorrido a partir da promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o chamado teto para os gastos públicos federais. Resultado da aprovação das PEC’s 241/55, a medida, com o discurso de apenas “instituir um novo regime fiscal no âmbito dos Orçamentos fiscal e da Seguridade Social da União”, estatui contenção de gastos a ser obedecida para os próximos 20 (vinte) anos, a contar da data que a promulgou.

A medida confinante já é responsável pelo refreamento de gastos e investimentos no setor público, impactando nocivamente nos serviços públicos, a exemplo da educação²⁰ e da saúde, e atingindo com maior gravidade os mais pobres. Outro exemplo de austeridade praticado pelo governo de Michel Temer, como um dos esforços para garantir o cumprimento do superávit primário, foi o expressivo corte no orçamento do Ministério do Meio Ambiente, tanto para despesas de custeio quanto para verbas destinadas a despesas discricionárias²¹. Ainda no campo ambiental, o decreto presidencial de nº 9.142, de 22 de agosto de 2017, que extinguiu a Reserva Nacional de Cobre e Associados (RENCA), localizada nos territórios dos Estados do Pará e Amapá e que

²⁰ O corte de quase 4,3 bilhões de reais no orçamento do Ministério da Educação gerou grave crise, comprometendo o funcionamento das universidades e institutos federais em todo o Brasil. Fato amplamente noticiado, a exemplo de: HESSEL, Rosana; SOUZA, Renato. Educação perde R\$ 4,3 bilhões com corte no orçamento. Correio Braziliense. 01 abr. 2017. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/04/01/internas_economia,585320/educacao-perde-r-4-3-bilhoes-com-corte-no-orcamento.shtml>. Acesso em: 07 jun. 2018.

²¹ Fato amplamente divulgado, a exemplo de: GUERRA, Raissa; MOUTINHO, Paulo. O vexame de cortar pela metade a ínfima verba para o Meio Ambiente. El País. 18 abr. 2017. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/17/opinion/1492429127_224699.html>. Acesso em: 07 jun. 2018.

contém áreas ecológicas e indígenas especialmente protegidas, só foi revogado após a iniciativa de Temer sofrer duras críticas nos planos interno e internacional.

Os reflexos do atual momento político para o povo brasileiro ainda estão, em parte, no plano da especulação, haja vista se desconhecer todos os influxos políticos e sociais decorrentes do processo de instabilidade institucional ainda em curso. Não obstante, isso não importa dizer que não existam elementos suficientes para criticamente diagnosticar, no tempo presente, o papel desempenhado pelas instituições no aprofundamento dessa crise (ou na instalação desse novo modelo político-econômico neoliberal), em especial o Judiciário, quando confrontada a prática de seus membros em tempos de incerteza com a sobreposição teórica da democracia que reveste o Estado constitucional brasileiro.

Tentar supor o “estado das coisas” a partir de uma construção teórica, cujo desenvolvimento se apoiou em um outro contexto, faz com que se perda a essencial do objeto estudado. É dizer, o momento histórico que o país vivencia revela variadas facetas que, por apresentarem particularidades, não se subsumem a um pré-moldado conceitual de estado de exceção capaz de tudo explicar, exigindo-se do teórico sensibilidade e atenção para formular seu pensamento crítico a partir da realidade concreta.

Decisões como a que, interpretando o artigo 283 do Código de Processo Penal, admitiu a execução da pena após a condenação de segunda instância, mas antes do trânsito em julgado²², e a que cassou a nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva para Chefe da Casa Civil tendo como fundamento informações extraídas de gravação (grampo) ilegal²³ são exemplos de que a interpretação acolhida pelo STF pode se mostrar exceptiva à própria ordem constitucional.

Gera igual perplexidade – com o gravame de se admitir de punho como exceção – a decisão do TRF4 que livrou o juiz Sérgio Moro de punição, ao argumento de que, em síntese, a norma jurídica só pode ser aplicada na normalidade, não sendo ela observada em situações excepcionais, como a que declarou ser a Operação Lava-Jato.

O exceptivo do Judiciário, diante da tese aqui proposta, repousou, portanto, em decisões proferidas contrárias a premissas básicas de um Estado Constitucional Democrático de viés liberal, na medida em que se posiciona no sentido de restringir direitos fundamentais. Somam-se a isso a adoção de entendimentos não usuais da

²² Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44; Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

²³ Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071., os quais foram impetrados respectivamente pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira. Nas duas ações, o relator foi o Ministro Gilmar Mendes.

magistratura pátria e o potencial para influenciar na consolidação do golpe de 2016 e na implementação da política neoliberal ainda em curso no Brasil.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci. D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

HELLER, Hermann. **Las ideas políticas contemporáneas**. Tradução de Manuel Pedroso. Barcelona: Editorial Labor S.A, 1930.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. 2016, o ano que não terminou: golpe e discricionabilidade judicial no Brasil. In: DE GIORGI, Raffaele; TORRACA, Lia Beatriz Teixeira (Orgs.). **Os espaços da democracia no Brasil e os limites do Direito**. Rio de Janeiro: Eulim, 2017, pp. 134-165.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. ΝΟΜΟΣ ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΣ? apocalipse, exceção, violência. In. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, pp. 277-342, jul./dez. 2012.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In. **Novos Estudos**. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. São Paulo: CEBRAP, n. 58, nov. 2000, pp. 183-202.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. In. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(2), p. 407-440, jul./dez. 2008.

ZEDÁN, Marcela Chahuán. La excepción en el derecho. Discusión del estado de excepción en la teoría jurídico política. In. **Acta Bioethica (Universidad de Chile)**, Chile 19 (1), pp. 49-57, 2013.