

Rupturas do Estado de Direito

Maria de Lourdes Borges
Professora Titular do Departamento de Filosofia da UFSC
Pesquisadora do CNPq
mariaborges@yahoo.com

Para o Cau, in memoriam

Resumo: Nesse ensaio, vou analisar o que denomino de rupturas do Estado de Direito no caso do Brasil pós-2016. Meu objetivo não é examinar detalhadamente a concepção de Estado nos vários autores, mas utilizar alguns conceitos que nos permitam lançar luz sobre o que ocorreu no Brasil Inicialmente, vou apresentar a ideia do Estado de direito tal como Kant a define. A partir dessa concepção ampla, analisarei a ideia de estado de exceção, baseada em Agambem. Mostrarei igualmente a sugestão de Rafael Valim de que vivemos no Brasil num período de vários estados de exceção, caracterizado por áreas do direito onde é mantida a normalidade e áreas onde não há respeito à Constituição. Num terceiro momento, tentarei identificar alguns momentos de ruptura do estado de direito brasileiro, com ênfase no processo ocorrido na UFSC, que levou o Reitor ao suicídio, e na prisão do Presidente Lula. Por fim, mostrarei que as rupturas do nosso estado de direito derivam, não de leis de exceção, mas da perversão dos processos legais com propósito político.

Palavras-chave: estado de exceção, estado de direito, democracia, lawfare, Cancellier, Lula

Abstract: In this paper, I aim at analyzing the ruptures of the state of law in Brazil after 2016. My goal is not to examine in detail the conception of State in the various authors, but to use some concepts that allow us to shed light on what happened in Brazil recently. First, I present the idea of state of law in Kant. Second, I analyze the conception of state of exception in Agambem and the conception of many states of exception, supported by Valim. In the third moment, I present some moments of the state of exception in Brazil: the case of the Rector Cancellier and the case of ex-president Lula. At the end, I show that the ruptures of the state of law in Brazil are based not in laws of exception, but in the perversion of the legal process.

Key words: state of exception, state of law, democracy, lawfare, Cancellier, Lula

Recebido em 06 de março de 2020. Aceito em 15 de outubro de 2020.



O Direito como império da liberdade realizada

Hegel, no par. 153 dos *Princípios da Filosofia do Direito*, nos fala do conselho que um pitagórico dá a um pai que pergunta sobre a melhor maneira de educar seu filho: “faça-o cidadão de um Estado com boas leis”. (RPh, § 153). Esse entusiasmo com as leis de um Estado indica a concepção hegeliana de que elas não são apenas regras coercitivas, mas expressam valores morais de um povo. Assim, a educação para os valores de uma determinada sociedade seria feita pela legislação e pelas instituições do Estado.

Essa concepção de que as instituições e leis do Estado expressam valores éticos de uma sociedade está implícita na concepção hegeliana de que o Estado é a efetividade da ideia Ética. Assim, lemos no parágrafo 257: “O Estado é a efetividade da Ideia ética, o Espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe.” (RPh, § 257). Isso não implica, contudo, que toda lei seja por si só justa. As leis devem estar sob o julgamento dos próprios cidadãos, que avaliam a sua correção. O Estado é a efetividade da ideia ética, ainda que nem todo Estado realizado historicamente o seja.

O que Hegel expressa nos *Princípios da Filosofia do Direito* não é a descrição dos Estados empiricamente existentes, mas um ideal do que o Estado e o sistema do direito como um todo deveriam ser. Esse ideal seria a realização da liberdade, tendo com ponto de partida a vontade livre:

O domínio do direito é o espírito em geral, aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino, e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como segunda natureza e partir de si mesmo. (RPh, §4)

A realização plena da liberdade só é possível num sistema de direito baseado na vontade livre. Assim, as instituições do Estado e as leis devem ter como ideal a efetivação do império da liberdade. Quando pensamos num Estado de Exceção, pensamos num Estado empírico que está longe de ser a realização da Ideia de Estado, pois ali não haveria a plena realização da liberdade.

Kant, mesmo tendo atribuído uma importância maior ao que Hegel denomina de moralidade subjetiva (*Moralität*), também nos oferece um princípio universal do direito baseado na liberdade.

Na introdução à *Doutrina do Direito*, Kant explicita aquilo que denomina de Princípio universal do direito: “Toda ação é correta se ela puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se a máxima de seu arbítrio puder coexistir com a liberdade de cada um de acordo com uma lei universal” (MS, 6: 231). Esse imperativo universal do direito só é possível dentro daquilo que Kant denomina de estado de direito.

Em que consiste o estado de direito?

A terminologia de Kant é bastante influenciada por um jurista do sec XVIII, Gottfried Achenwall (1719-1772), que traduziu várias expressões jurídicas latinas para o alemão. Esse é o caso do conceito de *rechtlicher Zustand*, uma tradução para o alemão de *status iuridicus*. O estado de direito é um estado que se opõe a um estado sem lei pública, ou seja, estado de natureza. O termo *rechtlicher Zustand*, que traduziremos por estado de direito se aproxima do “the rule of law”, pois é um estado de garantia dos nossos direitos.

O princípio formal da possibilidade de um estado jurídico é a justiça pública (*öffentliche Gerechtigkeit*). Os membros da sociedade civil que é unificada por essa lei pública são chamados de cidadãos de um estado. Os atributos dos cidadãos, inseparáveis de sua essência enquanto cidadãos, são os seguintes: liberdade legal, a igualdade civil, independência civil e a existência de uma única legislação que expressa a vontade geral unificada do povo.

O Estado possui três autoridades ou poderes: legislativo, executivo e judiciário (*potestas legislatória, executoria, iudiciaria*) (MS, 6: 313). Os poderes são separados, mas unificados numa vontade universal. Por sua vez, a representação do poder legislativo é um substituto da vontade geral. Os três poderes complementam-se entre si e cada um é subordinado aos outros dois:

As três autoridades (poderes) de um Estado são, em primeiro lugar, coordenados um com o outro (*potestates coordinatae*) (...) cada uma complementa as outras para completar a constituição do Estado (*complementum ad sufficientiam*). Mas, em segundo lugar, eles são subordinados um aos outros, de forma que um, ao assistir a outro, não possa usurpar sua função; ao contrário, cada um tem o seu princípio, isto é, ele comanda dentro da sua própria capacidade como uma pessoa particular. (MS, 6: 316).

A ideia de que cada poder está subordinado significa que ele está limitado pelos outros poderes, não podendo exercer uma atividade absoluta. Tal impediria que um poder assumisse a função do outro, ou seja, que o legislativo governasse ou julgasse, que o poder judiciário - ou executivo - legisse. Essa impossibilidade de um poder assumir a tarefa de outro seria uma condição necessária do estado de direito. Essa coordenação e mútuo controle entre os poderes, explicitados no § 48 da Doutrina do Direito de Kant é o que foi denominado mais tarde de pesos e contrapesos (checks and balances).

Estado de exceção

Em que consiste o estado de exceção? Se tomarmos como ponto de partida a reflexão kantiana, poderíamos dizer que essa expressão designa um determinado regramento institucional que não corresponderia aos princípios elencados por Kant na caracterização do estado de direito: a liberdade do indivíduo, a igualdade civil e a complementaridade dos três poderes. Do ponto de vista hegeliano, a exceção poderia assumir uma forma jurídica, ainda que não correspondesse ao ideal do direito, como liberdade realizada. Para ambos, um estado de exceção implicaria uma ruptura em alguns dos princípios do direito.

Agambem comenta a situação paradoxal de termos medidas jurídicas de exceção dentro de um estado jurídico: “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”. (AGAMBEM, 2004, p. 12). Poderíamos compreender esse aparente paradoxo pela distinção hegeliana entre os Estados existentes e a idéia de Estado, ou entre os regramentos jurídicos empíricos e a ideia de direito com base na vontade livre. Não necessariamente regramentos jurídicos expressam o império da liberdade. Por essa razão, Hegel refere-se à recomendação de um pitagórico ao pai que deveria buscar um Estado com boas leis para educar seu filho. Um regramento bárbaro e anticivilizatório não engendrará uma boa educação.

Agambem analisa um dos exemplos de medidas jurídicas de exceção: a suspensão dos artigos da Constituição da República de Weimar relativos às liberdades individuais. Tal suspensão foi realizada por ocasião da promulgação, por Hitler, do *Decreto para a proteção do povo e do Estado*. O regime totalitário nazista pode ser pensado, então, como um estado de exceção que durou 12 anos.

Um outro exemplo de um ato de exceção jurídica foi a ordem militar de Bush, de 13 de novembro de 2001, que se segue ao *Patriotic act*, e que muda o estatuto jurídico do indivíduo, através da autorização da prisão indefinida e do processo perante comissões militares.

Nos exemplos de Agambem da “forma legal do que não pode ter forma legal” encontram-se sobretudo leis que restringem ou violam as liberdades e direitos individuais.



Para Valim (2017), o estado de exceção não é apenas a forma dos regimes totalitários, mas a forma jurídica que assume muitas vezes o neoliberalismo. Aí não haveria apenas um estado de exceção, mas vários estados de exceção:

embora o uso sistemático da exceção possa levar à ruína do Estado de Direito, ela pressupõe o quadro de referência do Estado de Direito. (...) Ademais, convém sublinhar que, em rigor, não existe um estado de exceção, mas sim *estados de exceção*, ou seja, *parcelas* de poder que, lícita ou ilícitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito. (VALIM 2017, p.22)

A concepção apresentada por Valim difere da concepção de Agambem, pois não necessita mais, para a caracterização de um estado de exceção, de regras jurídicas de exceção com validade universal. É possível haver parcelas de poder que escapam aos limites estabelecidos, sendo que essa exceção pode ser lícita ou ilícita, ou seja, ter ou não a forma jurídica. Tal concepção seria mais apropriada ao caso brasileiro.

Princípios do estado de exceção: ausência das garantias constitucionais e fanatismo punitivista

Como determinar se vivemos num estado de exceção? Vamos analisar, então, quais os princípios cuja ausência justificaria o diagnóstico de um estado de exceção. Vamos examinar especificamente o caso do Brasil a partir de 2016. Com a inicial boa intenção de combater a corrupção, muitos princípios legais foram desrespeitados. Um desses princípios é a presunção de inocência, um princípio legal, ligado diretamente ao princípio da liberdade que seria a base do Estado de direito.

O princípio da presunção da inocência é reforçado como um princípio muito importante no que denominamos de iluminismo penal, cujo expoente é Cesar Beccaria. No capítulo VI, Da Prisão, do livro *Dos Delitos e das Penas*, ele nos alerta sobre a arbitrariedade das prisões que não se ancoram num processo legal e no respeito estrito a um código de leis:

Outorga-se, em geral, aos magistrados encarregados de fazer as leis, um direito contrário ao fim da sociedade, que é a segurança pessoal; refiro-me ao direito de prender discricionariamente os cidadãos, de tirar a liberdade ao inimigo sobre pretextos frívolos e, por conseguinte, de deixar livres os que eles protegem, malgrado todos os indícios de delito. (BECCARIA 2011, IV)

O princípio de presunção de inocência é um dos princípios que não tem sido respeitado. Tornou-se corrente, a partir de 2016, nas cortes brasileiras, o uso da condução coercitiva para prestar depoimento, sem que tenha havido convocação prévia.

A universidade brasileira foi uma das vítimas recentes dessas rupturas do estado de direito. Como elas não se apresentam como carência da lei, mas como validadas por mandados judiciais expedidos pela autoridade legal, eu gostaria de reuni-las no conceito do *Avesso do Direito*.

Em 2017, dois reitores foram levados coercitivamente por uma força policial desmedida para depor, sem nem mesmo saber do que eram acusados, nem terem sido previamente convocados a depor: o Reitor da UFSC e, alguns meses mais tarde, o Reitor da UFMG. Ambos doutores, ambos dirigentes eleitos de duas Casas do saber, onde deveria reinar o lema iluminista de Kant: ousar pensar por si mesmo.

No caso de Luiz Carlos Cancellier, Reitor da UFSC, durante a Operação Ouvidos Mucos, 100 homens invadem a universidade, apreendem documentos e prendem 6 professores. Cancellier é retirado de sua casa por policiais fortemente armados, sem saber do que estava sendo acusado. Ao mesmo tempo, a imprensa é avisada da operação policial e a divulga em rede nacional, num cruel espetáculo mediático típico do lava-jatismo, que tinha na delegada do caso um dos seus expoentes. Sem julgamento prévio, nem direito à defesa, prendem a autoridade máxima da Universidade, sob a alegação de obstrução de justiça relativa a uma suposta irregularidade de bolsas do programa de ensino à distância, sendo que o período investigado

era anterior à gestão de Cancellier. Não havia ainda julgamento, pois até mesmo o inquérito estava nas suas fases iniciais, já que até então nenhum dos investigados havia sido ouvido.

Como é possível a prisão antes da finalização de um inquérito? Como é possível a prisão antes de haver formalmente um acusado? Todo o Direito se desvaneceu ali. O que sobrou era um puro estado de natureza, onde a regra era a violência, onde pessoas que detinham o poder sobre a força policial, movidas por um fanatismo punitivista e por vaidade mediática, a utilizaram contra um homem inocente que representava uma das instituições mais caras do mundo civilizado: a Universidade. Como sabíamos que era inocente? Porque, além da sua conduta sempre impecável moralmente, nada havia sido provado contra ele. A inocência é assegurada por toda e qualquer Constituição. Só um Estado de exceção condena antes de julgar.¹

Na prisão, Cancellier foi despido, sujeito à revista íntima, algemado e acorrentado, sem ter sido comunicado formalmente sobre o teor do que era acusado. Depois de solto, o método de exceção teve continuidade através da humilhação e crueldade. O Reitor foi impedido de entrar na Universidade, da qual era um dirigente eleito e aclamado, elogiado até mesmo pelos seus adversários, por seu espírito conciliador. Morando a alguns passos do campus, teve sua entrada na Universidade proibida até o final do inquérito, que acabaria por levar mais de um ano. Devido ao terrível sofrimento acarretado pela injustiça e humilhação moral, o Reitor da UFSC suicida-se em 2 de outubro de 2017, trazendo consigo um bilhete: “minha morte foi decretada no momento em que fui banido da Universidade”.

Temos outro exemplo do *Aveso do Direito* na prisão do ex-presidente Lula. Preso sem ter sido declarado culpado definitivamente, ou seja, antes do transitado em julgado da sentença condenatória, é igualmente uma demonstração do desrespeito ao princípio caro do estado de direito.

Tais fatos me fazem lembrar a crítica que Hegel dirigiu ao período de terror da Revolução francesa: o que havia, por trás dos discursos que exaltavam o amor à república, nada mais eram do que uma fúria de destruição. Assistimos no Brasil a uma nova roupagem do que Hegel denominava de “fúria de destruição”: um fanatismo punitivista que, na sua ânsia de punir os corruptos e “passar o país a limpo”, acaba por destruir as bases do estado de direito. O que vemos, portanto, é uma perversão do direito, que coloca como sua base a pena, a prisão e a utilização indiscriminada de medidas cautelares de restrição de liberdade, sem levar em consideração o princípio fundamental da presunção de inocência.

Há igualmente uma utilização política do direito, a qual denominamos de *lawfare*, que dirigem as punições aos inimigos daqueles que detém o poder de julgar e prender. Quem são os inimigos desse grupo que pode julgar e prender? Aqui a lei se descola de sua pureza e é instrumento de ataque aos partidos de esquerda e às organizações públicas do Estado. O ataque e humilhação dos Reitores, o que não tem paralelo no mundo civilizado; a prisão de um ex-presidente com projeção internacional pelos seus projetos sociais e pelo seu combate à situação desumana nas quais vive a população brasileira; o impeachment de uma Presidenta eleita democraticamente e condenada por algo tão corriqueiro como o que foi denominado de pedalada fiscal, todos esses fatos têm uma mesma raiz que é a utilização política do direito. Não se trata, como querem fazer crer, da utilização dos rigores da lei para todos, expresso no bordão “a lei é para todos”, mas da utilização da lei para combater inimigos de um grupo.

Uma pitada de mal

Soma-se ao fanatismo punitivista desse *Aveso do Direito*, um lado sombrio da natureza humana que humilha, ao mesmo tempo em que condena. Ao lado da ausência de garantias constitucionais e do *lawfare*, vemos em vários processos a banalidade do mal, tal como a descreveu Hanna Arendt. O relato do Reitor

¹ O inquérito policial, encerrado um ano depois, em 2018, não apresentou nenhum indício de culpa de Cancellier



despido e acorrentado na prisão nos faz lembrar as terríveis fotos do campo de concentração de Dachau, onde os judeus eram despidos e humilhados antes da solução final. O lado diabólico e monstruoso da natureza humana torna-se ainda menos aceitável quando se transforma naquilo que Hannah Arendt denominou de banalidade do mal. Assim, aqueles que friamente justificam seus atos bárbaros através da lei, cuja vaidade é alimentada pelos holofotes também criminosos da mídia, sem nenhuma reflexão sobre a moralidade desses, remetem a Eichmann justificando suas atrocidades porque estava seguindo a lei do Terceiro Reich. Segundo Hannah Arendt, em *Eichmann em Jerusalem*: “Assim era a situação, essa era a nova lei do país, baseada na ordem do Führer. O que ele fizera, ele fizera, tanto quanto podia ver, como cidadão temente a lei. Cumprira seu dever, conforme repetiu diversas vezes à polícia e à Corte; não obedecia apenas ordens, mas também à lei.” (ARENDRT 1983, p.148). Eichmann também confessara seus “pecados”, as duas únicas vezes em que havia deixado judeus fugirem do campo.

O exemplo de Eichmann nos leva a questionar a utilização da lei sem nenhum julgamento moral sobre essa. Estaria conforme ao direito a lei ou a regra que permite a prisão sem processo legal, sem presunção de inocência? Estaria conforme ao direito o tratamento desumano dado nas prisões?

Outro elemento importante a ser pensado é a teoria de prova utilizada nos processos que constituem o *lawfare*, onde suspeitas e indícios tornam-se rapidamente provas quando o investigado é um inimigo. Talvez esse seja um ponto nevrálgico para compreender as fissuras no nosso estado de direito.

Gostaria de citar aqui uma passagem do texto de Fernanda de Mello Goss, que se refere a uma análise de Ferrajoli, teórico do garantismo penal:

Para Ferrajoli, o princípio de presunção de inocência é consectário do princípio da jurisdicionalidade, pois se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e ninguém pode ser culpado nem submetido a uma pena. A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, na carga de prova, que é ônus da acusação, e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena se darão por meio de um processo com todas as garantias.²

Devemos, portanto, refletir sobre a relação entre ética e direito e questionar a fúria punitivista presente atualmente no nosso judiciário, nos órgãos de controle e na polícia, sabendo que nem toda ordem que emana de uma autoridade legal é, por si só, justa e correta moralmente.

2 Fernanda de Mello Goss, “O princípio da presunção de inocência na acusação de Dimitri Karamázov”, In: Olivo, Luis Carlos Cancellier (org), *Dostoiévski e a Filosofia do Direito* (Florianópolis: Ed. Da UFSC: Fundação Boiteux, 2012).



Liberdade de expressão: pilar essencial do estado de direito

Nosso desafio conceitual é entender como é possível um estado de exceção jurídico. Se a opressão às liberdades não vem do uso da força, mas da interpretação da lei, como afirmar que esse é um Estado de exceção?

Devemo-nos lembrar que o Direito é um produto da civilização e não uma expressão da barbárie e que a linha que divide os dois se constrói com base nas regras de um procedimento que deve preservar a liberdade dos indivíduos como valor supremo do Estado de Direito. Ao mesmo tempo, é exigido isenção do indivíduo que julga em relação à sua corporação ou grupo político. No momento em que o magistrado entende a sua função como uma função de proteção a um grupo político, ou manifestação de sua antipatia por esse ou aquele grupo, ele deixa de ser um agente público e se transforma num agente privado que utiliza sua função como um simulacro da universalidade.

Um exemplo que pode ser citado foi o inquérito, aberto pela polícia Federal, para investigação do novo Reitor da UFSC e de seu chefe de gabinete, devido a uma faixa exibida por terceiros, por ocasião do aniversário dessa Universidade. Nesse evento, realizado na reitoria da UFSC, foi descerrado o retrato do falecido reitor Cancellier, cujo suicídio foi o resultado da humilhação sofrida. Houve protesto silencioso da comunidade, que se manifestou através de faixas. Numa delas, algumas autoridades envolvidas na operação Ouvidos Mucos eram criticadas por abuso de poder. Ainda que a reitoria não fosse a responsável pelo protesto, o Ministério Público acusa o novo Reitor e o Chefe de Gabinete, este último por ter consentido em deixar-se fotografar/filmar em frente à faixa injuriosa, criando uma figura inexistente no direito, qual seja, a da injúria culposa ou sem dolo. O texto do procurador do Ministério público que pede o indiciamento é um dos mais claros exemplos do que consiste a *lawfare*, ou ainda, o uso privado do direito para atacar grupos considerados dos inimigos. Felizmente, a juíza do caso julgou improcedente a acusação e o pedido de indiciamento.

A desproporção do judiciário e o quarto poder

Nesse nosso avesso do direito, o judiciário se agiganta frente aos outros poderes, dificultando o mecanismo de *checks and balances*, ou freios e contrapesos. Temos um outro elemento importante nessa perversão do estado de direito: a existência de um “novo” poder da República, representado pelo Ministério Público. Assim a procuradora geral da República refere-se ao Ministério Público na sua posse no dia 18/09/2017, como um quarto poder. O Ministério público foi criado pela Constituição de 1988, com poderes que extrapolam a simples função de procuradores do Estado, que defendem os interesses do Estado ou da sociedade. Ainda que inicialmente criado como um defensor da democracia, esse quarto poder acaba sendo um ovo da serpente contra a democracia. Ele é um elemento de desequilíbrio na tese dos três poderes da República.

Um indício dessa anomalia foi apresentado pelas mensagens trocadas entre o procurador do Ministério Público, Deltan Dall’Agnol e pelo juiz Sérgio Moro, veiculadas no site *The Intercept* a partir de 6 de junho de 2019, no qual discutem, entre outras, a melhor forma de conduzir o processo do presidente Lula com vistas à sua condenação. Nas mensagens trocadas, fica clara uma articulação entre o Ministério Público e o juiz, o que invalida o próprio processo, por se tratar de uma correspondência inadequada entre a parte que acusa e a parte que julga. Parece óbvio que, num processo penal, seja reprovável e até mesmo ilegal esse tipo de ligação.

A existência dos três poderes e a capacidade de controle de uns sobre os outros, de forma que nenhum tenha o total domínio dos outros, é uma das bases da democracia. Conforme nos expõe John

Adams a propósito de Constituição Americana, apenas o controle de um poder pelo outro pode restringir os esforços da natureza humana em direção à tirania. Na carta a Richard Henry Lee de 15 de novembro de 1775, ele escreve: “É apenas pelo controle de cada um dos poderes em relação aos outros dois, que os esforços da natureza humana em direção à tirania podem ser contidos e restringidos, e a liberdade preservada na constituição.”³

A vocação autoritária brasileira acaba se manifestando de forma inconsciente para aqueles que redigiram uma constituição para a garantia da democracia, quando colocam ali o germe de um elemento que pode significar o desequilíbrio entre os três poderes. Sem o *checks and balance*, não conseguiremos, como nos alerta John Adams, prevenir os esforços da natureza humana em direção à tirania.

Lawfare e conluio

A perseguição ao Ex-Presidente Lula fornece exemplos abundantes da prática de *lawfare*. Tal prática ficou clara quando o Desembargador Federal Rogério Favretto, em 2018, no uso de suas atribuições constitucionais, decretou a soltura do Presidente Lula. O relaxamento da prisão do ex-presidente não ocorreu devido à interferência de um juiz de primeira instância, pervertendo a própria hierarquia jurídica, numa flagrante inconstitucionalidade.

Conforme enfatiza Valim:

A propósito da perseguição criminal deflagrada contra o Ex-Presidente Lula, encontramos uma síntese eloquente das grosseiras e aberrantes inconstitucionalidades que vêm sendo cometidas em nossa atual quadra histórica no exercício da função jurisdicional. Os princípios do juiz natural, da imparcialidade e da presunção de inocência vêm sendo solenemente desconsiderados, sob olhares cúmplices da mídia e a atenção de uma turba ignara que, a cada nova arbitrariedade, destila seu ódio nas ruas e nas redes sociais. (VALIM, 2017, p. 44)

Valim analisa essa série de inconstitucionalidades como parte do estado de exceção brasileiro. Essas rupturas não se apresentam apenas como promovidas por essa ou aquela instância, mas até mesmo a corte suprema não estaria isenta de decisões inconstitucionais. Uma dessas decisões foi emitida em 17 de fevereiro de 2016, no qual se admite a possibilidade de início da execução da sentença após a confirmação em segundo grau. Essa decisão acabou por fundamentar o pedido de prisão do ex-presidente, que ocorreu em 7 de abril de 2018.

As exceções constitucionais não são apontadas apenas por membros externos à magistratura. Os próprios magistrados, em alguns momentos, justificam a exceção. Tal foi o caso do procurador do TRF4, que, a respeito da ilegalidade cometida por um juiz de primeira instância ao gravar e divulgar uma conversa da presidenta da República, Dilma Rousseff, defendeu a exceção ao regramento genérico:⁴

³ From John Adams to Richard Henry Lee, 15 November 1775,” Founders Online, National Archives, acessado em 3 de março de 2020. <https://founders.archives.gov/documents/Adams/06-03-02-0163>. [Original source: The Adams Papers, Papers of John Adams, vol. 3, May 1775–January 1776, ed. Robert J. Taylor. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979, pp. 307–308.]

⁴ Assim se manifestou o procurador Rômulo Puzzolati: “Ora, é sabido, que os processos e investigações criminais da chamada operação Operação Lava-Jato, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns”. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alteração na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento especial”. P.A. N. 0003021-32.2016.4.04.8000, Corte Especial. APUD VALIM, 2017, p.43.

Uma outra característica que fica claro no exame dos processos analisados aqui é existência de uma atuação conjunta de vários indivíduos, que deveriam cumprir funções distintas e independentes. Assim, no caso do Reitor, corregedor, polícia federal, juiz e ministério público tem uma ação articulada para a penalização do mesmo.

No caso do ex-presidente Lula, procurador do Ministério Público, juiz e até mesmo membro dos STF trocam mensagens que nos levam na direção de uma combinação articulada entre membros de poderes que deveriam ser autônomos e independentes.

Vivemos num estado de exceção?

Analisamos brevemente alguns aspectos que caracterizariam a ruptura com os princípios do estado de direito: desrespeito ao direito, à presunção de inocência e à liberdade de expressão; anomalias do poder judiciário, *lawfare* e defesa de inconstitucionalidade, ligações inapropriadas entre acusação e juiz de um processo, além da existência de um quarto poder, o Ministério público.

Retomando a definição de Estado de Exceção trazida por Agambem, apresentada no início do texto, como existência de formas jurídicas que não poderiam ter forma jurídica, gostaria de indagar, a partir dos exemplos que foram apresentados, se a exceção no caso brasileiro está realmente na restrição jurídica aos princípios do estado de direito ou na aplicação não jurídica desses princípios.

Não houve propriamente uma restrição legal geral aos direitos individuais, tais como a presunção de inocência.

Alguns ministros do STF, a exemplo de Barroso, tem manifestado a posição de que a nossa democracia nos últimos anos foi fortalecida e não enfraquecida, exatamente pelo advento de uma legislação que protege os direitos individuais, seguindo o espírito da Constituição de 1988. Contudo, houve interpretações da legislação pelo STF, admitindo a possibilidade de início da execução da sentença após a confirmação em segundo grau, numa clara desconsideração do princípio de presunção de inocência. Felizmente, em 7 de novembro de 2019, numa sessão histórica, houve a reversão dessa posição e a corte decidiu, por seis votos a cinco, que a prisão após o segundo grau de jurisdição era inconstitucional.

Os casos apresentados, tanto da prisão do reitor, quanto da condenação de Lula, não adviriam de uma restrição universal da presunção da inocência, ou mesmo de um grupo. Dentro da noção utilizada por Agambem para definição de Estado de Exceção, não nos parece que tal seria o caso.

O que se apresenta nesses casos é uma utilização inadequada de princípios do direito, numa visão que privilegia o lado punitivo da lei e não a garantia dos direitos individuais. Tratar-se-ia então de uma hermenêutica dos princípios legais e do escopo da aplicação desses mesmos princípios.

Assim, as práticas legais e policiais que se seguiram à operação lava jato, incluem procedimentos que, ainda que previstos por lei, são utilizados para além da sua aplicação apropriada. Teríamos aí o uso excessivo e sem justificativa de prisões preventivas e provisórias, conduções coercitivas, com o objetivo de atacar pessoas ou grupos específicos. Essa prática de excessos, cometidos dentro do limite da operação ou mesmo fora dele, foi denominada de lava-jatismo.

Podemos concluir, portanto, que as nossas rupturas ao estado de direito devem-se, não à existência de leis de exceção, aos moldes de um regime totalitário, mas a perversões nos processos políticos e jurídicos, comandadas por grupos que não seguem a Ideia da Justiça e do Direito. Portanto, o nosso estado de exceção



afasta-se da concepção de Agambem da existência de leis de exceção e aproxima-se à ideia de Valim de rupturas da constitucionalidade.

Se retomarmos Hegel, podemos dizer que o nosso Estado empírico está muito longe de ser a efetivação da Ideia de Estado, não podendo, portanto, ser considerado o reino da liberdade. Kant talvez dissesse que estamos frente a um Estado anômalo, onde os poderes usurpam as atividades dos outros, ou seja, onde o poder que deve julgar, também acusa, e o poder que deve acusar, também julga. Talvez nem estivéssemos mais vivendo num Estado que mereça esse nome, pois, se não podemos dizer que esse é um estado de injustiça (*iniustus*), poderíamos afirmar que é um estado sem justiça (*status iustitia vacuus*).

* * *

Em 2019, foi aprovada a lei contra o abuso de autoridade, conhecida como “Lei Cancellier”. Que esse seja o início de um caminho de volta ao Reino do Direito.

Referências:

AGAMBEM, Giorgio. 2004. *Estado de Exceção*. 2.ed. São Paulo: Boitempo.

ARENDT, Hannah. 1983. *Eichmann em Jerusalem, um relato sobre a Banalidade do mal*. São Paulo: Diagrama.

BECCARIA, Cesare. 2011. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira

CANCELLIER DE OLIVO (org). 2012. *Dostoiévki e a Filosofia do Direito*. Florianópolis: Ed. da UFSC: Fundação Boiteux.

GOSS, Fernanda de Mello Goss, “O princípio da presunção de inocência na acusação de Dimitri Karamázov” 2012 In: CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos (org), *Dostoiévki e a Filosofia do Direito*. Florianópolis: Ed. Da UFSC: Fundação Boiteux.

KANT, Immanuel. 1900- *Metaphysik der Sitten*. Kants gesammelte Schriften. Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. 6. Berlin: Walter de Gruyter & Co., .

HEGEL. G.W.F. *Philosophie der Rechts*. Werke in zwanzig Bänden, ed. Moldenhauer/Mitchel, tomo 12. Frankfurt am Main: Suhrkamp

VALIM, Rafael. 2017. *Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Editora Contracorrente.