

“Medidas excepcionais para tempos excepcionais”: a Operação Lava Jato e a erosão democrática brasileira

“Exceptional measures for exceptional times”: the Car Wash Operation and the Brazilian Democratic Erosion

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima¹

Universidade de Fortaleza (UNIFOR/Brasil)

barreto@unifor.br

Emanuel Andrade Linhares²

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/Brasil)

emanuelinhares@ufmg.br

Resumo

Este artigo baseia-se em recentes experiências judiciais brasileiras para apresentar uma análise crítica acerca de como a denominada Operação Lava Jato contribuiu para o processo erosivo que tem comprometido a estrutura do nosso sistema constitucional. O objetivo central é problematizar a forma como decisões judiciais excepcionais proliferadas dentro do aparente funcionamento regular das instituições jurídicas, notadamente no contexto da referida força-tarefa, levam ao contínuo esgarçamento do tecido democrático, traduzindo-se em mecanismos sofisticados de violações sistêmicas, distintos da força bruta militar de outrora, mas, igualmente, com efeitos deletérios à ordem constitucional. A pesquisa é do tipo bibliográfica e jurisprudencial, de vez que explica o problema a partir de referências teóricas (clássicas e contemporâneas) e da análise crítica de decisões judiciais. É também de natureza qualitativa, tendo em vista o caráter subjetivo do ensaio; e explicativa, na medida em que identifica fatores que contribuem para a ocorrência do fenômeno erosivo a despertar preocupações acadêmicas. Por seu caráter simbólico e desdobramentos sequenciais práticos, utiliza-se como marco argumentativo a decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região que representa a doutrina-

¹ Doutor e Pós-doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt (Alemanha). Procurador do Município de Fortaleza. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Av. Washington Soares, 1321, Bloco B, Edson Queiroz, CEP 60811-905, Fortaleza/CE, Brasil.

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Servidor efetivo no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Rua dos Guajajaras, 320, Centro, 30180-100, Belo Horizonte/MG, Brasil.

síntese do lavajatismo: “soluções inéditas para casos inéditos”. Os resultados do ensaio apontam para consequências nocivas da agenda antipolítica que o protagonismo na condução da Operação Lava Jato concorreu para despertar, e à necessidade de resgate do respeito a princípios mínimos de institucionalidade e ao império da lei como salvaguardas à democracia constitucional brasileira.

Palavras-chave: Operação Lava Jato; erosão democrática; decisões excepcionais; estado de exceção; crise constitucional.

Abstract

This article is based on recent Brazilian judicial experiences to present a critical analysis of how the so-called Car Wash Operation contributed to the erosion of the Brazilian constitutional system. The central objective is to problematize the way in which exceptional judicial decisions proliferated within the apparent regular functioning of legal institutions, notably in the context of the aforementioned "task force", leading to the continuous fraying of the democratic fabric, translating into sophisticated mechanisms of systemic violations, distinct from the military brute force of yesteryear, but also with deleterious effects on the constitutional order. The research presented is bibliographic and jurisprudential, since it explains the problem from theoretical references (classical and contemporary) and the critical analysis of judicial decisions. It is also of a qualitative nature, considering the subjective character of the essay; and explanatory, in that it identifies factors that contribute to the occurrence of the erosive phenomenon that raises academic concerns. As an argumentative framework, this article uses a decision by the Brazilian Fourth Federal Courts of Appeals (TRF4) that represents the doctrine-synthesis of Car Wash Operation system: “unpublished solutions for unpublished cases”. The conclusion of this article points to the harmful consequences of the anti-politics agenda that the Car Wash Operation awakened, and to the need to redeem respect for minimum principles of institutionality and the due process of law as safeguards for Brazilian constitutional democracy.

Keywords: Car Wash Operation; democratic erosion; exceptional decisions; state of exception; constitutional crisis.

Considerações iniciais

O Estado Democrático de Direito é um projeto humano inacabado, uma concepção política, idealizada, nunca perfeitamente executável em nenhuma sociedade conhecida. Fluxos e influxos políticos, jurídicos, econômicos e sociais (di)lapidam no tempo e no espaço concepções práticas e teóricas deste conceito.

Há pouco mais de três décadas, a República Federativa do Brasil, após 21 anos de ditadura militar, respirava novos ares políticos e institucionais com a promulgação da Constituição

Federal de 1988. O histórico discurso de Ulysses Guimarães³ tentou reaver simbolicamente o poder político ao povo, depositando também nos direitos e nas garantias fundamentais a esperança de que a liberdade venceria o arbítrio, e, assim, abrir-se-iam caminhos para a construção de uma nação efetivamente próspera.

Hoje tudo não parece mesmo mais que simbolismo. Não somente pela ascensão à Presidência da República de político confessadamente admirador da ditadura militar brasileira⁴, entusiasmado com a defesa pública de métodos de tortura⁵ e do cerceamento de liberdades individuais. Também, e principalmente, por uma realidade fática que externa uma grave crise constitucional e um célere processo de erosão democrática. Há um caminho que foi preparado, especialmente a partir de 2014 para este desfecho de 2018. Nesse período, emerge o protagonismo judicial com viés messiânico, considerado por muitos como a trincheira última de lutas contra mazelas históricas da nação⁶, em particular no combate à corrupção, ainda que, para tanto, conceba-se relativizar normas constitucionais em prol de pretensos “objetivos nobres justificadores”.

Tidas como a gênese histórica do ideário constitucionalista contemporâneo, as revoluções democráticas dos séculos XVIII e XIX marcaram o fim do absolutismo monárquico e consolidaram os valores iluministas característicos e inspiradores da moderna concepção de Estado de Direito. A radicalidade dos movimentos do século XIX, especialmente no ano de 1848, deu outra dimensão ao sentido de Estado de Direito. Agora, a retórica liberal para nunca ser materializada viu-se ameaçada e foi forçada, por exemplo, a assistir às novas concepções de igualdade perante a lei, direito de propriedade (*il terribile diritto*⁷), sufrágio universal e pluralismo político.

No entanto, ainda que se reconheça inegáveis avanços civilizatórios, a presença do Estado autoritário não deixou de existir nos períodos que as sucederam. A cada abuso policial, a cada arbitrariedade judicial, enfim, a cada violação estatal de direitos humanos fundamentais, ali “[...] está a presença autoritária do poder absoluto, tratando como servo, e não cidadão, o ser

³ Proferido em 05 de outubro de 1988, o discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte passaria a ser considerado um dos mais marcantes da história política recente brasileira, com uma enfática defesa da Constituição que acabava de nascer e um forte rechaço da ditadura da qual o país se livrara. (Íntegra do discurso disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em 18 out. 2020).

⁴ Ao longo de sua trajetória política, Jair Bolsonaro deu inúmeras demonstrações públicas de apreço pelo regime militar. Nos seus discursos proferidos da própria tribuna da Câmara dos Deputados, defendeu o Ato Institucional N.º 5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do general Costa e Silva, o qual produziu uma série de ações arbitrárias de efeitos duradouros. Sobre esse assunto, cf. Agência Estado (2019); Bermúdez (2019); Campos (2019); Sabino (2019).

⁵ Em 2016, quando era deputado federal, Jair Bolsonaro dedicou o seu voto favorável ao *impeachment* da então presidente Dilma Rousseff à memória do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra (“um herói nacional”), que chefiou o DOI-Codi, divisão de repressão e inteligência da ditadura, entre 1970 e 1974. Em 2008, o juiz Gustavo Santini Teodoro sentenciou o coronel pela prática de tortura e sequestro na década de 1970. Testemunhas ouvidas no processo disseram que Ustra comandava pessoalmente as sessões de tortura. Sobre a relação de admiração nutrida por Bolsonaro em relação a Ustra, cf. Veja (2019).

⁶ Exemplos dessa cosmovisão são as afirmações públicas dos Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, respectivamente, membros do STF: “Estamos tentando refundar o País” (FecomércioSP, 2017) e “Só o Poder Judiciário pode levar a nação a um porto seguro” (Souza, 2017).

⁷ A expressão é de Cesare Beccaria, no seu *“Dei delitti e delle pene”* (1773, p. 56): “[...] o direito de propriedade (direito terrível e talvez desnecessário)”. A passagem mereceu importante reflexão de Stefano Rodotà: *il Terribile Diritto. Studi sulla proprietà privata*. Bologna: *Il Mulino*, 1981. Outra obra de referência, a abalar os pilares do liberalismo, foi a publicação, em fevereiro de 1879 do livro “A Mulher e o Socialismo”, de August Bebel, um dos fundados do Partido Social Democrata da Alemanha (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands*). Proibido logo em março de 1879, o livro discutia, por exemplo, a emancipação da mulher do casamento e da monogamia (Cf.: *Die Frau und der Sozialismus*. Verlag Marxistische Blätter: Frankfurt, a. M., 1981).

humano vilipendiado em seus direitos.” (Serrano, 2016, p. 15). Há, pois, uma contínua tensão fático-dialética do Estado de Direito com o “Estado de polícia”, embora, a rigor, sejam conceitos valorativamente incompatíveis.

Recentemente, a Constituição Federal de 1988 tem estado submetida ao seu mais intenso teste de resistência, notadamente num contexto de denunciada deslealdade ao espírito de suas normas (escritas e não-escritas), ou mesmo do seu abandono – momentâneo ou não – por agentes e instituições que a ela devem respeito.⁸ Sobretudo nos anos que sucederam junho de 2013, o sistema político constitucional brasileiro parece ter perdido o seu ponto de equilíbrio, mergulhando num forte processo de polarização, batalhas entre os poderes constituídos e reiteradas práticas daquilo que Mark Tushnet (2004) denomina de *constitutional hardball*.

O pleito de 2014 consistiu na mais acirrada eleição presidencial do atual ciclo constitucional. Nele, a vitória de Dilma Rousseff foi contestada por todos os meios legais possíveis pelo candidato derrotado, Aécio Neves, abrindo-se perigoso precedente de não reconhecimento do resultado eleitoral num sistema de disputa política tido como estável e seguro. Com um início de segundo mandato bastante turbulento, numa economia em crise e sem sólido apoio no Congresso Nacional, Rousseff foi afastada em definitivo do cargo em 31 agosto de 2016 por meio de processo de *impeachment* de questionável legalidade⁹, no que Oscar Vilhena Vieira considera ter sido talvez o maior exemplo de “jogo duro constitucional” pós-reabertura democrática¹⁰, entre Executivo e Legislativo, com participação (ou omissão) relevante do Poder Judiciário. O eufemismo de Vilhena se vê ainda distante de vozes importantes de intelectuais estrangeiros¹¹.

Nessa época, a “Operação Lava-jato” assume o protagonismo da agenda nacional, abrindo-se flancos de uma batalha sem precedentes entre os estamentos jurídico e político. Considerada a maior operação anticorrupção da história do país, expôs entranhas da engrenagem de corrupção e financiamento de campanha que irrigou o sistema político brasileiro nas últimas décadas, não, porém, sem deixar fissuras visíveis no sistema constitucional, ao violar uma miríade de normas constitucionais e infraconstitucionais, criando autêntico “estado de exceção” com respaldo institucional, sob discursos de legitimação moralista. As maiores críticas, neste aspecto, recaem sobre o vazamento seletivo de informações, o cronograma político de suas principais ações e a “espetacularização” do

⁸ Para um aprofundamento do debate acerca do paulatino esvaziamento do sentido original do caráter desenvolvimentista, dirigente e garantista da Constituição Federal de 1988, cf. Bello *et al.* (2018).

⁹ Os fundamentos de legitimidade e os limites de atuação, políticos e jurídicos, dos poderes sancionares do *impeachment* no presidencialismo brasileiro não se confundem com o voto de desconfiança próprio dos sistemas parlamentaristas. Tal distinção, fundamental para a compreensão das críticas jurídicas direcionadas ao processo que culminou no afastamento definitivo de Dilma Rousseff da Presidência da República são objeto de acurado estudo desenvolvido por Filomeno Moraes e Luis Lima Verde Sobrinho (2016).

¹⁰ Dada a natureza prevalentemente política do processo de *impeachment*, Vieira (2018, pp. 59-60) tende a discordar que esse “golpe” seja compreendido como uma ruptura constitucional. Para ele, “[...] o *impeachment* foi fruto de uma utilização estratégica das regras da Constituição para ferir um adversário político. A ação conjugada de Eduardo Cunha, Michel Temer e inúmeros outros líderes de partidos de oposição pode ser configurada como uma conspiração política contra a ex-presidente, o que afeta a qualidade da nossa democracia. Mas isso não permite equiparar o *impeachment* a um golpe de Estado.” Em sentido oposto, Bello *et al.* (2018, p. 1795) apontam o *impeachment* de Rousseff como verdadeira “quebra constitucional”: “Não são necessários sofismas ou de exercícios retóricos para disfarçar a realidade. *Impeachment* sem fundamento jurídico nada mais é do que um golpe de Estado.”

¹¹ Cf. Anderson (2019); Cannon (2016).

processo penal, que contribuíram para a percepção de falta de imparcialidade do aparato de aplicação da lei.

Além do endurecimento da aplicação penal avalizado pelas instâncias superiores, a Operação fez uso estratégico de comunicação social de massa com o intuito de angariar amplo apoio popular capaz de respaldar as suas ações, com a fomentação no imaginário coletivo do equivocado de pensamento binário no sentido de que denunciar possíveis violações a direitos e garantias individuais, notadamente aos desdobramentos do princípio do devido processo legal: eventuais críticas à Operação equivaleria a compactuar com a corrupção ou à tentativa de barrar investigações¹².

A compreensão dos fenômenos e práticas relacionados à coexistência de instâncias de exceção com instituições constitucionais tem despertado o interesse de juristas e de cientistas políticos¹³, resultando em vasta produção acadêmica sobre a qualidade e a performance democrática de países com características institucionais distintas, mas que conservam em comum constatações de degradação sistêmica. Baseia-se este artigo em recentes experiências judiciais brasileiras para apresentar e destacar como a denominada Operação Lava Jato contribuiu para o processo erosivo que tem paulatinamente comprometido a estrutura do nosso sistema constitucional, a partir da naturalização de comportamentos inerentes a regimes de exceção, que violam normas legais, arranjos institucionais e regras informais que compõem o ideário democrático.

O objetivo central deste estudo é problematizar a forma como decisões judiciais exceptivas proliferadas dentro do aparente funcionamento regular das instituições jurídicas, notadamente no contexto da Operação Lava Jato, leva ao contínuo esgarçamento do tecido democrático, traduzindo-se em mecanismos sofisticados de violações sistêmicas, distintos da força bruta militar de outrora, mas, igualmente, com efeitos deletérios à ordem constitucional. São objetivos específicos: (i) apontar riscos inerentes à utilização de apelos moralizantes como instrumentos de justificativa à subversão constitucional; (ii) estabelecer uma aproximação epistêmica do conceito de “crise constitucional” ao de “estado de exceção”, contextualizando-os no atual cenário político-institucional brasileiro; e (iii) alertar para a necessidade do resgate ao respeito a princípios mínimos de institucionalidade e ao império da lei como balizas fundamentais ao reequilíbrio da nossa democracia constitucional.

A pesquisa é do tipo bibliográfica e jurisprudencial, de vez que explica o problema a partir de referências teóricas (clássicas e contemporâneas) e da análise crítica de decisões judiciais. É também de natureza qualitativa, tendo em vista o caráter subjetivo do ensaio; e explicativa, na medida em que identifica fatores que contribuem para a ocorrência do fenômeno erosivo a despertar preocupações acadêmicas.

¹² Em estudo publicado no *Journal of Law and Society*, Fábio Sá e Silva (2020), após codificar 194 entrevistas concedidas por membros da Operação Lava Jato e pelo juiz Sérgio Moro de janeiro de 2014 a dezembro de 2018, aponta que a força-tarefa produziu uma “gramática política” (*political grammar*) estruturada, que incluía, por um lado, pressionar por mudanças legislativas em benefício da sua própria atuação, e, por outro, rotular os que resistiam a alterações como “inimigos do povo” que “querem que a corrupção reine”. Para o pesquisador, o uso desse tipo estratégia retórica se assemelha àquelas adotadas por populistas e líderes iliberais, que buscam minar as instituições para benefício próprio, enfraquecendo a democracia e o Estado de Direito.

¹³ Nos últimos anos, foram publicadas obras em diferentes campos do conhecimento como Direito Público, Filosofia e Ciência Política, todas voltadas à compreensão da erosão das democracias constitucionais. Para compreender melhor este universo de conceitos e perspectivas, cf. Daly (2019).

Por seu caráter simbólico e desdobramentos sequenciais práticos, utilizar-se-á como marco argumentativo a decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos autos do Processo Administrativo Nº. 0003021-32.2016.4.04.8000¹⁴, que, por 13 votos a 1, manteve o arquivamento de representação oferecida contra o juiz Sérgio Fernando Moro. O cerne do processo foi a acusação ao Juiz de que teria violado a Lei n.º 9.296/96 – que, regulamentando o art. 5º, XII, da Constituição da República, disciplinou o uso da interceptação telefônica – manteve nos autos de determinada investigação o conteúdo de gravação telefônica sem relação com os fatos investigados, parte dele obtido sem autorização judicial, além de ter violado o sigilo legal e permitido sua ampla divulgação, em rede televisiva nacional. O Juiz, ao dar ampla divulgação à conversa telefônica em que estava presente a Presidente Dilma Rousseff, decidiu sobre o destino de interceptação com personalidade política – a Presidente da República - cujo foro era o Supremo Tribunal Federal e não sua jurisdição.

Referida decisão externou a máxima de que “medidas excepcionais para tempos excepcionais” não seriam contrastáveis com o Direito. Isso porque o conjunto de casos denominado Operação Lava Jato apresentaria “problemas inéditos”, para os quais seriam necessárias “soluções inéditas”. De modo ainda mais explícito, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região chegou a afirmar que “a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais¹⁵.” É exatamente a preocupação em torno da suspensão provisória da Constituição Federal, em sua totalidade ou em parte dela, a acender o alerta quanto aos riscos em cadeia relacionados à erosão democrática provocados por decisões judiciais exceptivas.

Com o presente ensaio, atravessaremos o seguinte percurso argumentativo: i) delimitaremos o conceito de “crise constitucional” aplicável ao contexto brasileiro, de modo a explicitar que a “suspensão temporária” da ordem constitucional guarda semelhanças com características de um “estado de exceção”; ii) analisaremos como o comportamento judicial exceptivo atinge o ideário democrático, por meio da subversão da ordem constitucional; iii) discutiremos criticamente balizas mínimas para o resgate do equilíbrio da democracia constitucional brasileira.

Crise constitucional e estado de exceção

O termo “crise constitucional” é frequentemente utilizado para descrever períodos em que as instituições e/ou os poderes constituídos estão claramente em conflito. No entanto, a mera existência de conflitos políticos, por mais intensos que sejam, não é suficiente para caracterizar uma crise no sentido ora vislumbrado. A própria noção de “freios e contrapesos” baseia-se na ideia de que os diferentes ramos do Estado se equilibram e se controlam

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolati, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 18/10/2020.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolati, 23 de setembro de 2016, p. 4. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 18/10/2020.

mutuamente. Isso significa que esses poderes constituídos irão discordar com certa frequência uns dos outros.

Se admitíssemos que todo confronto dessa natureza fosse uma “crise constitucional”, teríamos que concluir que a Constituição foi projetada para colocar o país num irremediável estado de crise perpétua. Ao contrário, o sistema constitucional foi projetado para permitir conflitos políticos frequentemente intensos, como aqueles que envolvam disputas partidárias e/ou divergências ideológicas, e mantê-los dentro dos limites da política ordinária. Conflito em um sistema constitucional, portanto, não é um problema em si, mas uma característica inerente à sua própria existência.

Assim, a ideia de “crise constitucional” deve ser bem mais específica. Rejeita-se a noção de que qualquer situação em que instituições ou atores políticos estejam em desacordo constitua uma crise. Em vez disso, deve-se reservar o termo para uma classe mais especial de situações. Crise política não é sinônimo de crise constitucional.

Para melhor compreender essa distinção, Jack Balkin e Sanford Levinson (2009, p. 714) afirmam que é necessário pensar em crise não em termos de desacordo constitucional, mas em termos de projeto constitucional. Lembrem-nos que o desacordo e o conflito são características naturais da política democrática. Quando o sistema constitucional funciona adequadamente, não há que se falar em “crise constitucional”. Por outro lado, quando o sistema de freios e contrapesos se rompe, e com ele esvai-se a deferência à constituição, em particular aos limites de atuação dos órgãos do Estado, desacordos e conflitos assumem características aptas a merecerem o rótulo de “crise constitucional”.

Balkin e Levinson (2009, p. 714) propõem uma tipologia de crises constitucionais com base nesse *insight*. Argumentam que uma crise constitucional se refere a um ponto de virada (*turning point*) na saúde e na história de uma determinada ordem constitucional, e identificam três tipos diferentes de crises constitucionais. Por essa classificação, “crises do tipo 1” surgem quando os líderes políticos acreditam que as circunstâncias demandam uma violação pública da Constituição. As “crises do tipo 2” são situações em que a fidelidade às formas constitucionais leva a democracia à ruína. Já as “crises do tipo 3” envolvem situações em que divergências publicamente articuladas sobre a constituição levam os atores políticos a se engajarem em formas extraordinárias de protesto para além de meros desentendimentos legais e disputas políticas: as pessoas tomam as ruas, os exércitos se mobilizam e a força bruta é usada ou ameaçada prevalecer. Se um objetivo central das constituições é estabelecer mecanismos institucionais que tornem a política possível, as crises constitucionais revelam momentos em que as constituições ameaçam fracassar nessa tarefa.

A definição de “crise constitucional” que apresentam foca na capacidade do sistema constitucional de canalizar e desarmar dificuldades e conflitos. Crises representariam, assim, um colapso em um estado anterior de equilíbrio, uma perturbação para valores importantes e para a ordem existente. Para os autores, uma crise constitucional é, portanto, um ponto de virada potencialmente decisivo na direção da ordem constitucional, um momento no qual a ordem ameaça desmoronar (Balkin e Levinson, 2009, p. 715). Em síntese, o que as tornam crises, e não simplesmente conflitos ou desentendimentos, é que, em cada caso, as funções

básicas do constitucionalismo - canalizar o conflito na política cotidiana e, assim, assegurar a estabilidade institucional – fracassaram (Balkin e Levinson, 2009, p. 721).

Zachary Elkins (2018), por seu turno, aproxima a expressão “crise constitucional” à de “crise democrática”, tendo em vista que, como as constituições assumem quase sempre formas democráticas, crises constitucionais são também crises de democracia. Diante da constatação de que uma série de países têm apresentado sintomas antidemocráticos, a sua proposta em *“Is the Sky Falling? Constitutional Crisis in Historical Perspective”* é assumir o papel de um “epidemiologista” e examinar o contexto atual com base em dados históricos. Busca, por uma perspectiva histórica comparada, entender onde estamos (Elkins, 2018, p. 50-51). Alerta que, se a democracia leva tempo para ser erigida e seu declínio é rápido, devemos ter preocupação com os momentos de crise constitucional (Elkins, 2018, p. 58).

Para a finalidade argumentativa deste artigo, interessa-nos em especial as “crises constitucionais do tipo 1”, segundo a classificação de Balkin e Levinson. Nelas, agentes públicos reivindicam explicitamente o direito de suspender características da constituição, a fim de preservar a ordem social geral e atender às graves exigências do momento. Tais agentes reivindicam a legitimação para o uso de “poderes extraconstitucionais” porque “eventos extraordinários” demandam desafios específicos inerentes aos “tempos excepcionais”.

Nas “crises constitucionais do tipo 1”, os agentes envolvidos apontam para sérios problemas de ordem pública e têm a vontade política de resolvê-los, mas acreditam que a ordem jurídica vigente possui capacidade limitada para a consecução dos seus objetivos. Em razão disso, conscientemente excedem o que acreditam ser sua autoridade constitucional em nome do Estado. Quase inevitavelmente tais argumentos assumem um caráter plebiscitário, na medida em que os líderes buscam apoio e absolvição de um público que se presume tratar a fidelidade constitucional como secundária à consecução de propósitos mais elevados e objetivos maiores.

Em meio à crise política, econômica e jurídica que o Brasil vem enfrentando desde 2014, uma das suas principais características está relacionada às decisões judiciais¹⁶ que se assemelham a um típico estado de exceção, nos moldes do conceito de “crises constitucionais do tipo 1”, conforme a classificação proposta por Balkin e Levinson, o que, para muitos juristas, “surprenderia até Carl Schmitt” (Meyer, 2018, p. 74). Com efeito, Schmitt sustentava a ideia de que as normas constitucionais ordinárias poderiam e deveriam ser suspensas em “tempos de emergência”, pois “não existe norma aplicável ao caos”. O seu olhar teórico de matriz conservadora e autoritária 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.” (Almeida, 2019, p. 4).

Na obra “Teologia Política”, Carl Schmitt (1996, p. 13) afirma que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”. Sua concepção de soberano está relacionada a quem tem o poder de decidir em casos extremos, e não a quem legitima a formação do Estado. Critica, dessa

¹⁶ Sobre o tema, cf. Meyer (2018).

forma, a teoria tradicional acerca da soberania, que, segundo ele, está mais preocupada com uma visão abstrata do tema (“teológica¹⁷”), esquecendo-se de deduzi-la a partir de uma percepção realista.

Historicamente a principal justificativa utilizada pelos detentores do poder soberano para a instauração do estado de exceção é a ideia do combate à figura do “inimigo”, também conceito central de Carl Schmitt, agora no seu “O Conceito do Político”¹⁸, e se constitui naquele a ameaçar a própria sobrevivência do Estado, e, por conseguinte, dos valores que o sustenta. Esses – os inimigos – podem variar no tempo e no espaço (judeus, ciganos, comunistas, corruptos etc.), porém, orbitam em torno de todos eles a noção de que é necessário recorrer a mecanismo extralegais em defesa de uma “guerra justa”. A pretexto de “exterminá-los”, e, assim, barrar os riscos que representam, admite-se (e exalta-se, por assim dizer) a “suspensão temporária” da ordem jurídica vigente.¹⁹

O filósofo italiano Giorgio Agamben (2014), por sua vez, argumenta que o “Estado de exceção” se justifica pela instauração do que denomina “guerra civil legal”, por meio da qual a ordem jurídica é suspensa a fim de “restabelecer a normalidade”. Ele aponta para a tendência de essa excepcionalidade aparecer cada vez mais como o paradigma dominante do governo na política contemporânea, alertando que o dito caráter provisório que supostamente marcaria a exceção acaba sendo desvirtuado para a criação de uma espécie de “Estado de emergência permanente”, dando status de superioridade prática (e moral) da “decisão soberana” (no conceito exceptivo) em detrimento da norma jurídica posta.

Não se deve confundir “estado de exceção” com “estado de sítio”, “estado de defesa”, ou quaisquer outras medidas jurídicas excepcionais autorizadas pelo ordenamento jurídico pátrio, de vez que medidas “extraconstitucionais” pressupõem algo em si fora do direito, em que este é suspenso, prevalecendo a “decisão soberana”, que não deve ser confundida com a norma jurídica originária do exercício regular da soberania popular num regime democrático.

É possível empreender abordagens relacionadas à temática do “estado de exceção” de muitos modos. Limita-se aqui àquelas que melhor permitam compreender a utilização desse conceito quando aplicado à análise de determinado comportamento judicial brasileiro, notadamente a partir de decisões que circunscrevem a chamada Operação Lava Jato.

¹⁷ Schmitt (1996b, p. 43) inicia o capítulo 3 de sua “Teologia Política” afirmando que “todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos secularizados.” (*Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe.*) Para Schmitt, tais conceitos são emprestados da teologia não somente porque foram transportados da teologia para a teoria do Estado, como por exemplo do “todo poderoso deus que corresponde ao onipotente legislador” (*der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber*), mas também decorrente da estrutura sistemática desses conceitos (*ihre systematischen Struktur*).

¹⁸ Eis a política caracterizada pela definição de amigo e inimigo: “A diferença política específica a qual as ações e os motivos políticos se deixam compreender é aquela diferença entre amigo e inimigo.” (Schmitt, 1996a, p. 43). No original: *Die spezifische politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motiven zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind.*

¹⁹ Sobre o tema, assim discorre Zaffaroni (2011, p. 152-153): “Por isso, a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito (que não seja estritamente de guerra) sempre foi, lógica e historicamente, o germe ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, posto que se trata apenas de uma questão de quantidade – não de qualidade – de poder. O poder do soberano fica aberto e incentivado a um crescente incremento a partir da aceitação da existência de um inimigo que não é a pessoa.”

Poder Judiciário e subversão constitucional

A Operação Lava Jato conquistou a atenção da mídia e da população em geral, passando a pautar a vida política nacional ao estabelecer padrões diferenciados de persecução penal. Em razão dos seus desdobramentos, e das crises instauradas nos demais Poderes, o Judiciário brasileiro parece ter assumido progressivamente um papel de “superego da sociedade” (Maus, 2000), apresentando-se – conscientemente ou não – como definidor e catalizador das regras morais da nação.

Parte significativa das investigações e ações penais correlatas à Operação Lava Jato foram concentradas nas mãos do juiz federal Sérgio Fernando Moro, de Curitiba, no Estado do Paraná. Uma “Força Tarefa” integrou o Ministério Público Federal, a Polícia Federal e autoridades fiscais, numa espécie de “simbiose jurídica”, que a todo momento transpareceu ao público algo muito semelhante ao que Moro (2004) externara simpatia em artigo escrito dez anos antes do início da Operação. Na publicação, inspirado na “Operação Mãos Limpas”, que combateu a máfia italiana, Moro defendia ideias que anos mais tardes seriam postas em prática, ainda que os ordenamentos jurídicos dos dois países sejam bastante distintos em vários aspectos²⁰, tais como a possibilidade de o juiz participar da produção de provas e uma intensa estratégia publicitária capaz de mobilizar significativos setores da sociedade civil a seu favor, algo até então pouco comum na vivência jurídica brasileira. São suas palavras, referindo-se à *Mani Pulite*:

A publicidade conferida às investigações teve o efeito salutar de alertar os investigados em potencial sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados, favorecendo novas confissões e colaborações. Mais importante: garantiu o apoio da opinião pública às ações judiciais, impedindo que as figuras públicas investigadas obstruíssem o trabalho dos magistrados, o que, como visto, foi de fato tentado.

Há sempre o risco de lesão indevida à honra do investigado ou acusado. Cabe aqui, porém, o cuidado na desvelação de fatos relativos à investigação, e não a proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios. As prisões, as confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*. (Moro, 2004, p. 59).

Tal qual a figura do “soberano” para Carl Schmitt, e respaldada por instâncias superiores, a Operação Lava Jato e os seus defensores passaram a considerar válidas uma série de medidas não autorizadas por lei, o que pode se configurar em nome da instauração daquilo que Agamben denomina de “guerra civil legal”, sob o pretexto do combate implacável à corrupção. A restrição (ou “suspensão temporária”) de direitos fundamentais antes resguardados pelo Estado democrático de viés liberal descaracteriza em grande medida a essência do sistema

²⁰ Sérgio Moro (2004) defende no citado artigo posição contrária à proibição em abstrato da divulgação dos dados colhidos em investigações. Conquanto seja um argumento válido do ponto de vista doutrinário, ele não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, no tocante a conversas telefônicas interceptadas, cuja publicização é expressamente vedada pelos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996.

constitucional, assemelhando-o ao que Tom Ginsburg e Aziz Huq chamam de “democracia iliberal”, vertente de movimentos populistas que desmantelam a democracia a partir de dentro.²¹

Há tempos é criticada na doutrina a tradição personalista de parte do Poder Judiciário brasileiro²², o que deságua num “ativismo à brasileira” caracterizado por uma “liberdade criativa ilimitada do intérprete”. Essa forma de exercício do poder político por membros do Judiciário não raro encoraja declarações acerca da existência de estados de necessidade tidos aptos a justificar a aplicação de remédios fora da ordem constitucional vigente. Trata-se do que Lenio Streck denomina de “solipismo judicial” (2017, p. 273):

Do latim *solus* (sozinho) e *Ipse* (*mesmo*), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.

Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para o conhecimento sobre o mundo.

Para Streck (2017, p. 276), “[...] o sujeito solipista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado numa institucionalidade, falando de um determinado lugar [...]”. Nesse trilhar também são as palavras de José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 15), que podem igualmente serem utilizadas para contextualizar as críticas feitas à existência de um “magistrado solipsista”, que interpreta o Direito conforme as suas convicções, não raro contrastáveis às escolhas feitas pelo ordenamento jurídico posto e alheias à busca de um mínimo de coerência com precedentes judiciais:

Ao que tudo indica, o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente em função de uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais; mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores.

Além de interpretações controversas sobre o que é um encarceramento preventivo nos sistemas constitucional e criminal brasileiro, e, igualmente, polêmicas interpretações sobre a forma adequada de utilização de delações premiadas que respeitem garantias processuais dos réus, em 16 de março de 2016 o juiz Sérgio Moro causou perplexidade ao autorizar a divulgação de conversas telefônicas entre o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva e a então Presidente Dilma Rousseff (Castro *et al.*, 2016). O juiz Moro autorizou as medidas de escutas

²¹ Os autores utilizam essa terminologia para explicitarem uma das formas possíveis de contraste ao conceito de “democracia constitucional liberal”, que, para eles, não possui um antônimo propriamente dito. O termo “democracia iliberal” abrange um amplo conjunto de casos ambíguos. Usam-no para tratar de sistemas políticos que têm uma qualidade ambígua: a existência de mandatos democráticos, porém ocupados por agentes que se esforçam para desmantelar a democracia a partir de dentro, notadamente com foco na restrição de liberdades fundamentais clássicas. Se assemelham, assim, a movimentos antiliberais, o que pode, por analogia, ser utilizado para tratar do populismo penal de nossos tempos. (Ginsburg e Huq, 2018, p. 21).

²² Cf. Rodriguez (2013).

telefônicas ao investigar supostos atos de enriquecimento injustificado praticados por Lula, um ex-Presidente que, de acordo com a legislação brasileira, pode ser julgado por qualquer juiz de primeira instância. Aquele dia constituiria um marco da crise política no Brasil, e, pelas razões ora deslindadas, símbolo da desconstrução do Estado de Direito com amplo respaldo institucional.

Na manhã daquele dia, a então Presidente Dilma Rousseff anunciara que Lula seria nomeado Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República, órgão responsável pela coordenação política do governo, algo considerado deficiente no segundo mandato de Rousseff, que sofria ameaça de *impeachment*. À tarde, os principais veículos de comunicação do Brasil estavam quase simultaneamente tornando públicas conversas entre Dilma Rousseff e Lula quando Rousseff falou a respeito de dar a Lula um termo de posse que ele poderia usar “em caso de necessidade”. Houve vários rumores sobre a prisão de Lula, especialmente depois de ele já ter sido levado à força pelas autoridades policiais federais durante uma investigação, mesmo sem qualquer intimação prévia para depor²³.

Na decisão que respaldou o referido ato, argumentou textualmente o juiz Moro que “a democracia em uma sociedade livre exige que os governados saibam o que as autoridades públicas estão fazendo, mesmo quando pretendem atuar protegidos pelas sombras”. (Estadão Conteúdo, 2016). Ao mesmo tempo, reconheceu que uma vez que ele estava ciente do fato de que Lula seria indicado como Ministro de Estado, o processo teria que ser transferido para a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a prerrogativa de foro estabelecida pela Constituição brasileira.

A divulgação das conversas por Sérgio Moro provocou ambiente político desfavorável a Dilma Rousseff e ao próprio Lula, prejudicando ainda mais a imagem dos dois frente à opinião pública, o que naturalmente agradou os seus opositores. Dois dias depois, Lula seria impedido de assumir o cargo por decisão monocrática de um Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que concordou com a tese de que houve “desvio de finalidade” no ato de nomeação²⁴. Certamente, a publicação dos diálogos influenciou para o célere avanço do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, o que ocorreu poucos meses depois deste episódio.

Embora discursivamente fundamentados em princípios gerais e abstratos como o da “publicidade” e o da “moralidade pública”, os atos praticados pelo então magistrado de piso ocorreram à margem da Constituição, o que, por conseguinte, implicaria em sanção correcional ao juiz e a correlata anulação da decisão. Nesse sentido, lembra-nos Almeida (2019, p. 7) que “no Estado Democrático de Direito, o respeito ao procedimento tem como uma das finalidades evitar o casuísmo da atuação estatal, afastando-se a possibilidade de julgamentos de exceção com base em convicções pessoais do julgador.”

²³ Reportagem publicada por jornalistas do site *The Intercept* Brasil aponta evidências de que, efetivamente, a força-tarefa cogitara prender Lula no mesmo dia em que ocorreu a sua condução coercitiva. (UOL, 2020).

²⁴ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071 – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18/10/2020.

Alguns advogados ingressaram com o pedido de instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) contra Sérgio Moro por considerarem que o então magistrado federal, no uso de suas atribuições, cometera uma série de 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 mesmo 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.²⁵

Anteriormente, chamado a prestar esclarecimentos perante o Supremo Tribunal Federal no âmbito da Reclamação n.º 23.457, Moro – que admitiu ter dado publicidade ao conteúdo do diálogo ilicitamente interceptado entre a Presidenta da República e o seu antecessor – afirmou que compreendia que seu “entendimento” poderia ser “considerado incorreto” ou gerar “polêmicas e constrangimentos desnecessários”, razão pela qual pediu “respeitosas escusas” ao STF (Ramalho, 2016a). Então relator dos casos da Operação Lava Jato no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Teori Zavascki ressaltou a inconstitucionalidade e a ilegalidade da decisão, por ignorar as regras de jurisdição, por violar o direito fundamental à privacidade e ao sigilo garantido na Constituição brasileira e por infração à Lei Federal n.º. 9.296 de 1996, que estabelece que qualquer escuta que não interessar para a investigação criminal deve ser descartada. Para tanto, o Ministro fez menção, ainda, a precedente do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que aquela Corte já tinha orientação sobre o tema.²⁶

As consequências políticas já haviam ocorrido e nenhuma delas poderia ser alterada àquela altura. A despeito das duras críticas proferidas por Zavascki²⁷, não houve qualquer punição ao magistrado, o que levou a Corte Especial do TRF-4 a afirmar que o STF não viu, no caso, qualquer crime ou infração administrativa, “caso contrário teria determinado o

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolati, 23 de setembro de 2016, p. 4. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>, p. 1. Acesso em: 18/10/2020.

²⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar em Petição 2702-7 – Rio de Janeiro. Relator Min. Sepúlveda Pertence, 18 de setembro de 2002. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em: 18/10/2020.

²⁷ Ao apreciar a referida Reclamação n.º 23.457, o Ministro Relator Teori Zavascki afirmou: “Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se – tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade.” (Cf. RAMALHO, 2016b).

encaminhamento de peças ao Ministério Público (CPP, art. 40) e/ou aos órgãos correccionais competentes (CNJ, CJF, TRF da 4ª Região).²⁸”

Paradigmática é a decisão exceptiva prolatada pela Corte Especial do Tribunal Regional da 4ª Região, nos autos do processo n.º 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, que, não somente não puniu Sérgio Moro, como serviu de parâmetro para balizar justificativas futuras às decisões proferidas à margem da legalidade pela Operação Lava Jato. No *decisum*, por 13 votos a 1, o Órgão considerou “incensurável” a conduta do juiz e entendeu que somente depois desse episódio, quando o Supremo Tribunal Federal determinou a retirada dessas interceptações dos autos, é que a magistratura brasileira teve “orientação clara e segura a respeito dos limites do sigilo das comunicações telefônicas.”

Para fundamentar essa decisão, o Desembargador Federal Relator explicitamente recorreu à afirmação de que as condutas do juiz Sérgio Moro caracterizam “medidas de exceção”, e, exatamente por isso, escapariam ao “regramento genérico” previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, “uma ameaça permanente à continuidade das investigações” justificaria tratamento excepcional em normas como o sigilo das comunicações telefônicas. Assim, o conjunto de casos denominado Operação Lava Jato apresentaria “problemas inéditos”, para os quais seriam necessárias “soluções inéditas”. De forma ainda mais explícita, o tribunal chegou a afirmar que “a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais”.

Igualmente, Pizzolatti se utilizou de forma equivocada de um trecho da teoria do estado de exceção, sustentada por Eros Roberto Grau tanto em sede doutrinária quanto em alguns votos proferidos durante a sua passagem no Supremo Tribunal Federal, levando o leitor à percepção de que o referido jurista corrobora com o pensamento de que um magistrado pode simplesmente deduzir estar diante de uma “situação excepcional” e, em razão disso, valer-se de qualquer meio fora da ordem jurídica vigente para solucioná-la conforme as suas convicções. A propósito do tema esclarecem Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2013, p. 545-546):

Em diversos votos proferidos no STF pelo Ministro Eros Grau, empregou-se a teoria do estado de exceção para justificar a não aplicação de regras constitucionais a casos em que, pelo seu texto, deveriam incidir, mas nos quais a presença de circunstâncias excepcionais justificaria o respectivo afastamento. Algumas dessas decisões poderiam ser explicadas por meio do recurso à ideia de equidade, ao invés da teoria do estado de exceção. Não nos parece apropriado [...] atribuir ao STF o “poder soberano” no sentido de Carl Schmitt, de suspender a força das normas jurídicas para instaurar a exceção. Esta linha argumentativa, além de desnecessária, pode revelar-se perigosa, se manejada por quem não tenha os mesmos compromissos democráticos do Ministro Eros Grau.

O Desembargador Federal Rogério Favreto foi o único a divergir dos seus pares. Em seu voto, declarou que “o Poder Judiciário deve deferência aos dispositivos legais e

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolati, 23 de setembro de 2016, p. 4. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>, p. 3. Acesso em: 18/10/2020.

constitucionais, sobretudo naquilo que consagram direitos e garantias fundamentais”, pois “sua não observância em domínio tão delicado como o Direito Penal, evocando a teoria do estado de exceção, pode ser temerária [...]”. Para ele, Moro “foi no mínimo negligente quanto às consequências político-sociais de sua decisão”. Entendeu, por isso, que o processo disciplinar seria necessário para analisar os atos do juiz, diante da “imparcialidade duvidosa do magistrado”, e porque divulgar grampo indica afronta às previsões do Estatuto da Magistratura e do Código de Ética da Magistratura.²⁹

Sob a afirmação de Schmitt de que soberano é quem decide sobre o estado de exceção, admitir como razoável a tese defendida pelo Relator Rômulo Pizzolatti equivaleria a reconhecer – são palavras de Plínio Régis Baima de Almeida (2019, p. 8) – “[...] uma pluralidade de soberanos decidindo a hora, o fato e contra quem declarar o estado de exceção, tornando exceção o próprio Estado de Direito.”

Ao incorrer em considerável imprecisão em Schmitt e abrir espaço para que se tenha distintos soberanos, o Relator do Tribunal Federal da 4ª Região ignora que para Schmitt o soberano apto a decidir sobre a exceção somente será um, no caso o Presidente do *Reich*. Além de tal aspecto achar-se devidamente localizado nas suas conhecidas reflexões sobre o guardião da constituição, configura-se a confirmação no mesmo Schmitt de que o político prevalece sobre o Direito. Eis uma das vertentes mais destacadas do pensamento schmittiano, o qual procurou definir *law as political*, como acertadamente sugerem David Dyzenhaus (1998) e significativos autores sobre o pensamento de Carl Schmitt³⁰.

Estaria, então, tudo justificado e legitimado pela “excepcionalidade” da Operação Lava Jato: violação ao princípio do juiz natural, prisões preventivas com o intuito de obter delações, conduções coercitivas sem prévia intimação, divulgação ilegal de escutas telefônicas, vazamentos seletivos de informações, hostilidade ao direito à ampla defesa, inobservância do princípio da imparcialidade? Compete a magistrados definir o que é “estado de normalidade” e o que é “estado de exceção”, para, a partir daí, determinarem se estão ou não vinculados à ordem jurídica vigente? À luz da teoria da democracia, é razoável admitir-se isso?

Responder a esses questionamentos torna-se algo imprescindível diante dos desafios inerentes ao cenário de erosão democrática vivida no Brasil contemporâneo, de modo a buscar-se o mais breve e eficazmente possível apagar flamas que incendeiam o sistema constitucional pátrio, colocando em risco conquistas civilizatórias consolidadas pelos esforços de muitas gerações. Conforme nos alerta Zachary Elkins (2018, p. 56-58), democracias demoram a serem construídas, mas, assim como num edifício em chamas, podem ser rapidamente erodidas.

²⁹ Em síntese, no voto divergente foram apontadas as seguintes ilegalidades no ato de levantamento do sigilo das conversas telefônicas interceptadas: “a) houve transgressão aos arts. 8º e 9º da Lei 9.296/1996 e ao seu fundamento constitucional (art. 5º, XII); b) não foi observado o prévio contraditório, com infração ao art. 5º, LV, da Constituição Federal; c) parte das conversas divulgadas foi captada ilegalmente após a interrupção da interceptação; d) a decisão emanou de juízo incompetente.” [BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Rio Grande do Sul. Voto-vista: Desembargador Federal Rogério Favreto, 22 de setembro de 2016, p. 3. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-rogerio-favreto.pdf>. Acesso em: 18/10/2020]

³⁰ O tema a respeito da prevalência da política sobre o direito foi com objeto de conhecida obra publicada por Dyzenhaus, em 1998: *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*.

Considerações finais

Uma “leitura flexível” da Constituição combinada com a perda de parâmetros basilares de parcimônia institucional torna-se autêntico manual de destruição da democracia de dentro para fora. Nesse trilhar, o abandono de regras formais e informais do jogo democrático vai enfraquecendo paulatinamente os pilares do edifício constitucional de 1988, fazendo-lhe correr o risco iminente de ruir em definitivo e, assim, ser substituído por formas arbitrárias de poder.

Ao esvaziar o sentido das normas constitucionais, num elástico contorcionismo interpretativo, aposta-se num salvacionismo autoritário que tem ajudado a engendrar outros. Não à toa, o país tem vivenciado ao longo dos últimos anos ameaças explícitas às instituições, perdas de direitos sociais, aprofundamento de desigualdades, ataques a minorias, frequentes discursos de ódio, elevada polarização, e, o que é mais preocupante, o aumento da descrença na democracia como instrumento primordial e legítimo para transformações políticas, como aquelas que deram origem à atual Constituição.

Esse conjunto de fatores denota que, infelizmente, a essência da Constituição Cidadã parece esvaír-se de tal modo a assemelhar-se a uma “folha de papel” (Lassale, 1907), cada vez mais descolada dos fatores reais de poder, perdendo a capacidade de exercer a função de orientar a dinâmica das relações políticas e sociais, e, igualmente, constituir-se em bússola para uma nação soberana, estável, onde direitos e garantias fundamentais sejam efetivas balizas à atuação dos agentes do Estado. Não haverá saída da crise constitucional que vivenciamos sem que sejamos capazes de concordar sobre princípios fundamentais a partir dos quais podemos discordar. Assim, para que haja possibilidade de salvação à democracia constitucional brasileira faz-se necessário, antes de tudo, resgatarmos o respeito a princípios mínimos de institucionalidade e ao império da lei. Em direção oposta, porém, a doutrina-síntese da Operação Lava Jato, consolidada pelo TRF4, “soluções inéditas para casos inéditos”, constitui carta branca ao subjetivismo que afasta a aplicação da lei das amarras constitucionais, permitindo que o intérprete de ocasião decida o que é caso inédito, e a solução inédita a ser dado ao caso.

Ao Poder Judiciário incumbe a nobre função de preservação das regras do jogo democrático, permitindo que a Constituição, fruto autêntico e perene da soberania popular, conserve-se a síntese dos fundamentos e das aspirações do Estado brasileiro. Urge, pois, refletir sobre as já visíveis consequências deletérias da agenda antipolítica que o protagonismo na condução da Operação Lava Jato contribuiu para despertar, por um lado, fomentando o descrédito generalizado no sistema representativo, e, por outro, apresentando-se como panaceia a problemas endêmicos do país.

Na Itália, experiência semelhante resultou em danos colaterais que persistem até os dias atuais: na economia, na política, e no próprio sistema de justiça. Esgotamentos de ciclos dessa natureza tendem também a ter um “efeito bumerangue”, que começa a ser visto no Brasil: agentes públicos que protagonizaram a operação aos poucos perdem prestígio, e mesmo a

consolidação de um sistema de combate à corrupção deixa de ser pauta para os que ascenderam ao poder no contexto de esgarçamento do tecido constitucional.

Combate à corrupção não há de ser um combate à Constituição, sob pena de ambos sucumbirem num lento e doloroso retrocesso de marcos civilizatórios arduamente conquistados, que, aos olhos desta geração, esvaem-se em regresso a um passado que, ao fim e ao cabo, talvez não inteiramente passou.

Referências

- ALMEIDA, P. R. B. de. 2019. Decisão judicial exceptiva, ou como o Poder Judiciário pode atuar em favor do estado de exceção. *In*: 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. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Pl%C3%ADnio-R%C3%A9gis-Baima-de-Almeida-Brasil.pdf>. Acesso em: 19/10/2020.
- AGAMBEN, G. 2014. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª ed. São Paulo, Boitempo, (Estado de Sítio), 143 p.
- AGÊNCIA ESTADO. 2019. Bolsonaro volta a exaltar ações de presidentes da Ditadura Militar. *Correio Braziliense*, Política, 13 de dezembro de 2019. Disponível em: http://correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/12/13/interna_politica,813876/bolsonaro-volta-a-exaltar-aco-es-de-presidentes-da-ditadura-militar.html. Acesso em: 18/10/2020.
- ANDERSON, P. 2019. Bolsonaro’s Brazil. *London Review of Books*, 1(2). Disponível em: <https://www.lrb.co.uk/v41/n03/perry-anderson/bolsonaros-brazil>. Acesso em: 02/11/2019.
- BALKIN, J. M.; LEVINSON, S. 2009. Constitutional Crises. *University of Pennsylvania Law Review*, 157(3):707-753, Fev. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/18. Acesso em: 19/10/2020.
- BEBEL, A. 1981. *Die Frau und der Sozialismus*. Frankfurt am Main, Verlag Marxistische Blätter, 564 p.
- BECCARIA, C. 1973. *Dei delitti e delle pene*. Letteratura Italiana Einaudi. A cura di Renato Fabietti. Mursia, Milano, 121 p.
- BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. 2018. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, 10(3):1769-1811. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n3/2179-8966-rdp-10-03-1769.pdf>. Acesso em: 19/10/2020.
- BERMÚDEZ, A. C. 2019. 10 vezes em que o clã Bolsonaro flertou com a ditadura. *UOL*, 31 de outubro de 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/10/31/10-vezes-em-que-o-cla-bolsonaro-flertou-com-a-ditadura-militar.htm>. Acesso em: 18/10/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Mandados de Segurança nº 34.070 e nº 34.071 – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 18 de março de 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>. Acesso em: 18/10/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar em Petição 2702-7 – Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 18 de setembro de 2002. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86366>. Acesso em: 18/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000 – Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolati, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>. Acesso em: 18/10/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Corte Especial). Processo Administrativo nº 0003021-32.2016.4.04.8000 – Rio Grande do Sul. Voto-vista: Desembargador Federal Rogério Favreto, 22 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-rogerio-favreto.pdf>. Acesso em: 18/10/2020.

CAMPOS, J. P. de. 2019. Doze vezes em que Bolsonaro e seus filhos exaltaram e acenaram a ditadura. *Veja*, 01 de novembro de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/doze-vezes-em-que-bolsonaro-e-seus-filhos-exaltaram-e-acenaram-a-ditadura/>. Acesso em: 18/10/2020.

CANNON, B. 2016. *The Right in Latin America – Elite Power, Hegemony and Struggle for the State*. New York and London, Routledge, 179 p.

CASTRO, F.; NUNES, S.; NETTO, V. 2016. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. *G1*, 16 de março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html>. Acesso em: 18/10/2020.

DALY, T. G. 2019. Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field. *Hague Journal on the Rule of Law*, **11**:9-36.

DYZENHAUS, D. (eds.). 1998. *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham and London: Durham University Press.

ELKINS, Z. 2018. Is the Sky Falling? Constitutional Crises in Historical Perspective. In: M. GRABER; S. LEVINSON; M. TUSHNET (eds), *Constitutional Democracy in Crises?* Oxford, Oxford University Press, p. 49-66.

ESTADÃO CONTEÚDO. 2016. Moro: sociedade livre exige que ‘governados saibam o que fazem os governantes’. *Época Negócios*, 16 de março de 2016. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/03/moro-sociedade-livre-exige-que-governados-saibam-o-que-fazem-os-governantes.html>. Acesso em: 18/10/2020.

FECOMERCIO SP. 2017. “Estamos tentando refundar o país”, diz Luís Roberto Barroso. *FecomercioSP*, Economia, 28 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.fecomercio.com.br/noticia/estamos-tentando-refundar-o-pais-diz-luis-robotto-barroso>. Acesso em: 23/08/2020.

GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. 2018. *How to save a constitutional democracy*. Chicago, The University of Chicago Press, 295 p.

GRAU, E. R. 2013. *Por que tenho medo dos juízes?* 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 176 p.

LASSALLE, F. 1907. “Über Verfassungswesen”. In: F. LASSALLE, *Gesamtwerke: Politische Reden Und Schriften*. Leipzig, Verlag von Karl Fr. Pfau., vol. 1, p. 40-69.

MAUS, I. 2000. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, **58**:183-202.

MEYER, E. P. N. 2018. Judges and Courts Destabilizing Constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch’s Political and Authoritarian Character. *German Law Journal*, **19**(4):727-768. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/judges-and-courts-destabilizing-constitutionalism-the-brazilian-judiciary>

[branches-political-and-authoritarian-character/5F9FE75C31AE0F4F7FC0736380009A21](https://www.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/branches-political-and-authoritarian-character/5F9FE75C31AE0F4F7FC0736380009A21).

Acesso em: 10/10/2020.

MORAES, F.; VERDE SOBRINHO, L. L. 2016. Quedas democráticas de Governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. *Revista direitos fundamentais e democracia*, **21**(21):45-71. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/906/480>. Acesso em: 20/10/2020.

MORO, S. F. 2004. Considerações sobre a operação mani puliti. *R. CEJ*, **26**:56-62. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso em: 19/10/2020.

RAMALHO, R. 2016a. Moro pede desculpas ao STF por ‘polêmicas’ sobre grampos de Lula. *G1, Política, Operação Lava Jato*, 29 de março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/moro-pede-desculpas-ao-stf-por-polemica-envolvendo-grampo-de-lula.html>. Acesso em: 18/10/2020.

RAMALHO, R. 2016b. Teori determina que juiz Moro envie investigação sobre Lula para o STF. *G1, Política, Operação Lava Jato*, 22 de março de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/03/teori-determina-que-moro-envie-investigacao-sobre-lula-para-o-stf.html>. Acesso: 18/10/2020.

RODRIGUEZ, J. R. 2013. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro, FGV, 248 p.

SÁ E SILVA, F. de. 2020. From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil’s Illiberal Turn (2014-2018). *Journal of Law and Society*, 1-21.

SABINO, Marlla. 2019. Bolsonaro diz que golpe militar de 1964 foi ‘grande dia da liberdade’. *Estadão, Política*, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-se-refere-ao-aniversario-do-golpe-militar-de-1964-como-grande-dia-da-liberdade.70003254693>. Acesso em: 18/10/2020.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. de. 2013. *Direito Constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte, Fórum, 624 p.

SCHMITT, C. 1996a. *Der Begriff des Politischen*. Berlin, Duncker & Humblot, 124 p.

_____. 1996b. *Politische Theologie. Vier Kpitel zur Lehrer von der Souveränität*. Berlin, Duncke & Humblot, 70 p.

SERRANO, P. E. A. P. 2016. *Autoritarismo e golpes América Latina*. 1ª ed. São Paulo, Alameda, 180 p.

STRECK, L. L. 2017. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte, Letramento, Casa do Direito, 316 p.

SOUZA, A. de. ‘Só o Poder Judiciário pode levar nossa nação a um porto seguro’, diz Fux. *O Globo*, 04 de setembro de 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/so-poder-judiciario-pode-levar-nossa-nacao-um-porto-seguro-diz-fux-21783898>. Acesso em: 23/08/2020.

TUSHNET, M. 2004. Constitutional Hardball. *J. Marshall L. Rev.*, **37**:523-553. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=facpub>. Acesso em: 19/10/2019.

UOL. 2020. Site: Lava-jato quis prender Lula durante coercitiva; petista vai ao STF. *UOL*, 16 de outubro de 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/10/16/site-lava-jato-quis-prender-lula-durante-coercitiva-petista-vai-ao-stf.htm>. Acesso em: 19/10/2020.

VEJA. 2019. Bolsonaro afirma que torturador Brilhante Ustra é um “herói nacional”. *Veja, Política*, 08 de agosto de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/bolsonaro-afirma-que-torturador-brilhante-ustra-e-um-heroi-nacional/>. Acesso em: 18/10/2020.

ZAFFARONI, E. R. 2011. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 222 p.

Submetido: 04/11/2020

Aceito: 12/05/2022