

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

José Carvalho dos Reis Júnior

**Estado de Exceção no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro
Contemporâneo**

MESTRADO EM DIREITO PENAL

São Paulo

2019

José Carvalho dos Reis Júnior

Estado de Exceção no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro Contemporâneo

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Professor Doutor GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo

2019

Autorizo exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Assinatura: _____

Data: _____

e-mail: _____

375 Reis Júnior, José Carvalho

Estado de exceção no Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo
/ José Carvalho Reis Júnior. — São Paulo: [s.n.], 2019.
110p ; cm.

Orientador: Guilherme de Souza Nucci.
Dissertação (Mestrado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2019.

1. Estado de exceção. 2. Abuso de direito. 3. Direito Penal. I. Nucci,
Guilherme de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD 340

José Carvalho dos Reis Júnior

Estado de Exceção no Direito Penal e Processual Brasileiro Contemporâneo

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal, sob orientação do Professor Doutor GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

Aprovado em: ___ / ___ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais José e Cídia, motivo de inspiração e orgulho.

Aos meus irmãos Antônio e Igor, amigos leais.

Aos meus amigos, sempre presentes.

Ao meu orientador, Professor Guilherme Nucci.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo milagre da vida, por me direcionar a uma família carinhosa, amorosa e estável, bem como toda a proteção que me deu durante meu percurso, guiando-me até aqui.

Aos meus pais, Cídia e Reis, pelo direcionamento que me deram, por me educarem, por estarem sempre disponíveis quando os momentos de desespero e desengano se fizeram presentes, por nunca me deixarem desistir e por sempre se postarem como meu objetivo e modelo de vida.

Aos meus irmãos, Igor e Antônio, companheiros de jornada e amigos leais, sempre presentes com palavras de apoio e torcida inabalável, essenciais nessa caminhada e fundamentais para o sucesso.

Ao meu orientador e amigo Guilherme de Souza Nucci, pela paciência e liderança, por me guiar nessa árdua jornada e servir como modelo a ser seguido.

Aos meus amigos, os quais não citarei nomes para não correr o risco de ser injusto com alguns, pelo apoio que me deram e pela compreensão em razão das inúmeras ausências e variações constantes de humor.

À FEPI pelo apoio concedido, minha casa, instituição da qual tenho orgulho de fazer parte.

Aos professores da FEPI, os quais tenho como minha segunda família, pela amizade, pelo apoio e por todo o auxílio na evolução deste trabalho.

À Polícia Civil de Minas Gerais, especialmente aos meus amigos, os quais sempre me auxiliariam nessa missão, com trocas de plantões, tolerância a atrasos, disponibilidade para ajudas ou até mesmo tempo para ouvir reclamações.

Aos amigos conquistados durante o mestrado na PUC de São Paulo, pela amizade, colaboração e disponibilidade para ajudar, pelos debates realizados, artigos escritos e apoio no desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca realizar uma aproximação teórica do conceito de Estado de exceção, como expressão de suspensão legal da norma, da realidade penal e processual brasileira contemporânea. Para tanto fazemos uma leitura do sistema de garantias e direitos individuais penais e processuais penais constitucionais, apresentando ao leitor seu âmbito de atuação e a importância dos institutos no modelo democrático garantista. No capítulo subsequente reconstruiremos os conceitos de Estado, Estado de direito, Estado liberal de direito, Estado social até chegarmos ao modelo atual, o Estado democrático de direito, demonstrando ao leitor suas bases e primados. Na sequência traçaremos a evolução histórica e filosófica do Estado de exceção, partindo de seu cerne, no *iustitium* romano, abordando aqui as concepções formuladas por Carl Schmitt e, contemporaneamente, por Giorgio Agamben. Quando da abordagem do Estado de exceção apresentaremos seus “braços” modernos e sua forma de atuação, notadamente o ativismo judicial, ponto central do nosso estudo, bem como sua diferenciação com os “decretos de urgência”, no caso brasileiro, o estado de sítio e de defesa. No derradeiro capítulo trataremos estudos de casos paradigmáticos de manifestação, mesmo que tímida, do Estado de exceção dentro do regime jurídico brasileiro, desenhando ao leitor os riscos de aceitação desse modelo, notadamente no campo da segurança jurídica.

Palavras-chave: Estado de exceção. Abuso de direito. Ativismo judicial.

ABSTRACT

The present thesis seeks to achieve a theoretical approximation between the concept of State of exception, as an expression of legal suspension of the norm, and the contemporary criminal and procedural Brazilian reality. For this purpose, we will make a picture of the constitutional criminal system of individual guarantees and liberties, presenting to the reader its line of action and the importance of the institutes in the democratic system model. In the following chapter we will reconstruct the concepts of State, Constitutional state, Liberal State of Law, Social State of law until we arrive at the current model, the democratic State governed by the rule of the law, demonstrating to the reader its bases and primacy. In the sequence we will trace the historical and philosophical evolution of the State of exception, starting from its core, in the Roman "iustitium", addressing here the conceptions formulated by Carl Schmitt and, at the modern time, by Giorgio Agamben. When approaching the state of exception, we will present its modern "branches" and its way of acting, notably the judicial activism, the central point of our study, as well as its differentiation with "decrees of urgency", in the Brazilian case the state of siege and of defense. In the last chapter we will present paradigmatic case studies of manifestation, even if shy, of the State of exception within the Brazilian legal regime, drawing the reader the risks of acceptance of this model, especially in the field of legal security and harmony of the system.

Key words: State of exception. Abuse of law. Judicial activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LEP	Lei de Execução Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.	10
2 PRINCÍPIOS CARACTERIZADORES DO SISTEMA DE GARANTIAS.	12
2.1 Princípios e valores tutelados.	14
2.2 Princípios Regentes.	15
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.	15
2.2.2 Princípio do Devido Processo Legal.	18
2.3 Princípios Constitucionais Penais.	21
2.3.1 Princípio da legalidade penal.	21
2.3.1.1 Princípio da reserva legal.	23
2.3.1.2 Princípio da taxatividade.	24
2.3.1.3 Princípio da anterioridade.	25
2.3.1.4 Princípio da retroatividade da lei penal benéfica.	25
2.3.2 Princípio da humanidade.	27
2.3.3 Princípio da culpabilidade.	29
2.3.4 Princípio da proporcionalidade.	30
2.3.5 Princípio da individualização da pena.	31
2.3.6 Princípio da intranscendência da pena, ou responsabilidade pessoal.	32
2.4 Princípios processuais penais.	34
2.4.1 Princípio da presunção de inocência ou estado inicial de inocência.	34
2.4.2 0 Princípio da ampla defesa.	36
2.4.3 Princípio do contraditório.	37
2.4.4 Princípio do juiz natural e imparcial.	39
2.4.5 Princípio da duração razoável do processo e da prisão cautelar.	41
2.4.6 Princípio da vedação das provas ilícitas.	43
3 ESTADO DE EXCEÇÃO.	45
3.1 Soberania como elemento do Estado	46
3.2 Conceito de Estado de direito e sua evolução.	46
3.2.1 Evolução histórica do conceito de Estado.	47
3.2.2 Estado Democrático de Direito.	51
3.3 Segurança jurídica.	54
3.4 Estado de exceção.	56
3.4.1 Origem do Estado de exceção, o “iustitium” romano.	58

3.4.2 Evolução teórica do Estado de exceção, de Schmitt para Agamben.....	61
3.4.3 Estado de exceção x Estado de sítio/defesa.....	64
3.4.4 Conceito de Estado de exceção como objeto de estudo.	66
3.4.5 Ativismo Judicial.....	70
3.4.5.1 Origem	71
3.4.5.2 Conceito.....	72
3.4.5.3 Ativismo judicial e o Estado de exceção.	73
4 EPISÓDIOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL.....	75
4.1 Sistema penitenciário brasileiro.	76
4.2 Deturpação na aplicação da Teoria do Domínio do Fato.....	81
4.3 A irresponsabilidade penal por crime de interceptação ilegal.	85
4.4 Execução da pena em segunda instância, relativização da presunção de inocência.	889
4.5 Autorização ilegal de abortamento.	94
5 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa por grave crise institucional; a população, aos poucos, perde confiança nas instituições constituídas, vendo com descrença o Estado como um todo. Os recentes escândalos de corrupção e a escalada da violência contribuem para este cenário, sendo que o corpo social busca uma solução enérgica e célere para a resolução dos problemas.

Neste contexto a sociedade passa a buscar um culpado, uma válvula de escape para as frustrações sociais, apontando, entre outros culpados, o sistema jurídico, gerando um movimento contrário às garantias constitucionais, notadamente àquelas afetas ao Direito Penal e Processual Penal, criando um cenário propício para o Estado de exceção, como negativa do “ineficiente” Estado de direito. O discurso totalitário é sedutor. Culpa-se o caos social num suposto “excesso” de garantias, sendo que são essas mesmas garantias que servem como escudo para o cidadão contra a opressão do sistema dominante.

O Estado democrático de direito é fruto de evolução social concebido num sistema de controle da soberania mediante a tripartição do poder e império da lei, marcado pela participação popular com a pactuação de objetivos sociais justos, como consolidação da democracia. Em oposição a este modelo existem os estados de polícia e absoluto, nos quais o império da norma é afastado com a concentração do poder na figura do soberano e não do povo.

Dentro do ambiente democrático existe figura *sui generis* tratada na doutrina por Estado de exceção, representando, na concepção clássica, uma forma de interrupção do ordenamento para salvaguardo do próprio Estado; historicamente este instituto era associado com situações de gravíssima calamidade pública e/ou instabilidade, como por exemplo, guerra externa.

O Estado de exceção moderno dissociou-se dessa representatividade “nobre” passando a atuar como verdadeiro paradigma de governo afastando o curso normal da ordem jurídica em favor do *status quo* na persecução de inimigos fabricados como instrumento de justificação da excepcionalidade. Concomitantemente verifica-se o Estado de exceção na subjugação de um poder pelo outro, principalmente do Judiciário, com emprego de argumentos de autoridade, centrados na “necessidade” e “omissão” dos demais poderes, como fator legitimador para atuação *contra legem*.

A instabilidade vivenciada no Brasil permite o Estado de exceção; os casos de corrupção, principalmente de parlamentares do Congresso Nacional servem como paradigma para a validação do argumento da “insuficiência” das normas e atraso. Neste sentido o Poder Judiciário se apresenta como vanguarda, impondo judicialmente as mudanças que não foram

realizadas pelo Legislativo, desrespeitando a soberania popular bem como o texto constitucional.

Temos, portanto, como objetivo a definição conceitual de Estado de exceção no Brasil bem como seus reflexos no Direito Penal e Processual Penal brasileiro. Para atingir nosso objeto realizamos intenso levantamento bibliográfico especializado bem como estudos de casos concretos visando demonstrar episódios de Estado de exceção no Brasil e suas consequências para a esfera criminal.

O estudo em tela se encontra dividido em três capítulos. O primeiro é dedicado à análise dos princípios que caracterizam o sistema de garantias penal/processual penal brasileiro, com ênfase no ordenamento constitucional. Busca-se trazer ao leitor um conhecimento acerca das “regras do jogo”, apresentando as limitações impostas ao Estado.

No segundo capítulo far-se-á uma análise da evolução do conceito de Estado de direito, partindo-se da noção geral de Estado, passando pelos modelos liberal e social até sua consolidação em Estado Democrático de Direito. Na sequência iremos conceituar o Estado de exceção, abordando a origem do termo, sua evolução conceitual, notadamente sob a perspectiva de Karl Schmitt e Giorgio Agamben até chegarmos à conceituação tida como moderna, mais precisamente aquela adotada por nós neste estudo.

Por fim, no capítulo três, trataremos como forma de ilustrar o pensamento desenvolvido episódios nos quais o Estado de exceção se manifesta relativizando a ordem jurídica e enfraquecendo o Estado Democrático de Direito atingindo direitos e garantias constituídas.

2 PRINCÍPIOS CARACTERIZADORES DO SISTEMA DE GARANTIAS

Busca-se no presente capítulo apresentar o sistema de proteção criado pela Constituição Federal centralizado nos princípios, demonstrando como estes institutos estão ligados diretamente com o Estado Democrático de Direito e atuam como proteção necessária contra o Estado de exceção. Não temos a pretensão de esgotar cada um dos princípios, ao contrário, nosso escopo é demonstrar a posição de cada um deles no sistema de garantias e sua forma de atuação na proteção social e individual.

Princípios são verdades basilares de um sistema de conhecimento filosófico ou científico que serve como comando genérico e abstrato que molda as esferas do saber apontando seus contornos e direcionamentos, definindo assim sua lógica e racionalidade.

Nas palavras de Miguel Reale:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.¹

Tal instituto pode ser classificado em três grandes categorias: princípios omnivalentes, aqueles aplicáveis a todas as formas de saber; os princípios plurivalentes, aplicáveis a vários campos do saber, mas não a todos e, por fim, os princípios monovalentes, restritos ao âmbito de uma ciência, como por exemplo, os princípios gerais do direito.²

Sob a ótica da ciência do direito os princípios podem ser vistos como institutos voltados à caracterização de todo o ordenamento jurídico pátrio, atuando não só quando da produção da norma, guiando a atividade legislativa, mas servindo como caminho de interpretação e aplicação do direito posto, mantendo uma orientação única.

Neste cenário temos que os princípios gerais do direito não se consubstanciam em preceitos morais ou meras regras de conduta; ao contrário, são modelos advindos da experiência e do labor jurídico, passando a fazer parte do ordenamento seja de forma explícita, através do processo legislativo, seja na forma implícita, fruto da hermenêutica.

¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 285.

² Ibid., p. 286.

Para Robert Alexy princípio não se confunde com norma; enquanto estas são comandos definitivos aplicados através da subsunção, aqueles são regras de otimização com aplicação através da ponderação:

A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa entre regras e princípios. Regras são normas que exigem algo determinado. Elas são comandos definitivos. A sua forma de aplicação é a subsunção. Em contraste, princípios são comandos de otimização. Como tais, eles exigem “que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”. Deixando-se as regras de lado, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios colidentes. Por essa razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comandos *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios.³

Neste mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Melo:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁴

A compreensão do princípio como regra de otimização impõe a necessidade de sua leitura harmônica e sistêmica, sendo certo que na concepção de um sistema complexo com diversos interesses correlacionados é inevitável que os princípios colidam, sendo fundamental o exame da proporcionalidade, principalmente na forma da ponderação, para a solução.

A máxima da proporcionalidade se apresenta na junção de três vetores: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Enquanto a adequação e necessidade se referem à otimização em relação às possibilidades fáticas, ou seja, evitar os chamados custos desnecessários, a proporcionalidade em sentido estrito trata da otimização sob o prisma das

³ ALEXY, Robert. **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 04.

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545/546.

possibilidades jurídicas, ou seja, do conflito efetivo entre os princípios nos quais os custos sempre são necessários, gerando a chamada lei da ponderação.⁵

Para Robert Alexy, “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento de outro”⁶, apresentando uma “equação” que analisa de forma comparativa diversos fatos inerentes aos princípios colidentes ponderando peso, importância e outros fatores.

2.1 Princípios e valores tutelados

Os princípios, *a priori*, manifestam-se no ordenamento jurídico, tanto de forma explícita, quando consignados expressamente no texto legal, ou de forma implícita, quando, a despeito de não estarem diretamente apontados na legislação, podem ser constatados pela natureza dos institutos ou do sistema jurídico.

No texto constitucional de 1988 vemos a consolidação de dois campos de proteção: A tutela individual, da qual decorrem os princípios que tutelam os direitos humanos e a cidadania, produzindo garantias e limitando o poder do Estado. Em paralelo, temos os chamados princípios sociais, protegendo os bens transindividuais e/ou coletivos, agindo como vetor para a criação de uma sociedade harmônica, justa e igualitária.

O Direito Penal tem papel fundamental nesta dinâmica, notadamente com os princípios constitucionais e infraconstitucionais, relacionando-se no campo da proteção da pessoa com a limitação do *jus puniendi*, criando garantias de aplicação individual com desdobramento coletivo contra a máquina opressora do Estado e, no campo social, com a tutela de bens penais difusos, como o meio ambiente.

Segundo Luiz Luisi os princípios constitucionais podem ser divididos em especificamente penais, quando direcionados exclusivamente para a esfera penal, e influentes em matéria penal, aqueles que embora voltados a outros ramos, trazem reflexos à seara penal:

Os chamados princípios constitucionais especificamente penais concernem aos dados embaixadores da ordem jurídica penal, e lhe imprimem uma determinada fisionomia. É exemplo clássico desta ordem de princípios o postulado da legalidade dos delitos e das penas que dá ao direito penal uma função de garantia da liberdade individual, pois condiciona a existência de um delito e da pena a ele aplicável a uma lei anterior, o quanto possível clara e precisa.

⁵ ALEXY, 2014, p. 05.

⁶ Ibid., p. 06.

Os princípios ditos apenas pertinentes ao direito penal traduzem, em geral, orientação ao legislador infraconstitucional no sentido de determinar ao mesmo a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais.⁷

Resta patente que os princípios constituem o núcleo do sistema constitucional de garantias, apontando o direcionamento necessário que deve ser adotado pelo legislador, configurando um mínimo que sempre deve ser respeitado, impedindo que o Estado adote feição autoritária deturpando o escopo do Direito Penal.

2.2 Princípios regentes

Processo Penal e Direito Penal se organizam a partir de diversos princípios, sendo certo que dois deles possuem maior destaque. Enquanto o Direito Penal possui como pilar a dignidade da pessoa humana, paradigma da ordem constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil, o Processo Penal se estrutura a partir do Devido Processo Legal, com inclinação democrática de apuração da conduta e aplicação da pena.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Historicamente a dignidade da pessoa humana se encontra ligada ao movimento pós-positivista, oriundo da segunda guerra mundial, que representou uma reaproximação entre o direito e a filosofia moral e política, atenuando a separação radical imposta pela escola positivista normativa.⁸

Neste cenário a dignidade da pessoa humana passou a ser incorporada a diversos documentos jurídicos internacionais e às Constituições de Estados Democráticos, a começar pela do México em 1927 e da Alemanha de Weimar, em 1919, culminando com sua incorporação definitiva à Carta da ONU de 1945 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, entre outros documentos.

⁷ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 13/14.

⁸ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Rio de Janeiro, dez. 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017.

Dignidade da pessoa humana representa ideia ligada à solidariedade, apontando os predicados mínimos necessários para que a experiência humana possa ser considerada válida, ou seja, é a adoção de um valor intrínseco ao ser humano, remetendo às noções de liberdade, destino e autodeterminação, ligados à valorização individual.

Ingo Wolfgang Sarlet define dignidade humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁹

Resta nítido que a conceituação de dignidade da pessoa humana é tarefa árdua marcada pela intensa subjetividade uma vez que corresponde a uma locução vaga expansível e com grande carga moral, mas de conteúdo jurídico, em tese, incerto.

Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

(...) a noção de dignidade humana varia no tempo e no espaço, sofrendo o impacto da história e da cultura de cada povo, bem como de circunstâncias políticas e ideológicas. Em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já sustentaram a inutilidade do conceito, referido como ilusório e retórico. Outros estudiosos apontam os riscos de utilização da dignidade em nome de uma moral religiosa ou paternalista. Nos Estados Unidos, já foi criticada como sendo manifestação de um constitucionalismo de valores, comunitarista e com aspectos socialistas, sobretudo por admitir direitos sociais, que geram prestações positivas, como trabalho, planos de saúde ou meio ambiente saudável. Tal tradição europeia, alega-se, seria incompatível com o constitucionalismo americano, fundado na liberdade individual e na proteção dos direitos.¹⁰

Assim, a dignidade da pessoa humana é, inicialmente, um primado filosófico situando-se, juridicamente, acima dos demais valores centrais como segurança, solidariedade e justiça, representando o fundamento para todos os direitos humanos e fundamentais, influenciando o processo interpretativo.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

¹⁰ BARROSO, 2010, p. 04.

Trata-se, inclusive, da visão de Flávia Cristina Piovesan concebendo a dignidade da pessoa humana como matriz da Constituição, responsável pelo direcionamento único condicionando a interpretação das normas. Nas palavras da autora “É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na interpretação normativa”.¹¹

Portanto, a dignidade da pessoa humana limita o Estado, impondo um dever de abstenção acerca da prática de atos tendentes a atingir a condição humana, incluindo-se aqui o Poder Legislativo, mas também impõe a obrigação de adoção de condutas positivas com o escopo de proteger e garantir a existência individual.

Neste sentido, Jorge Miranda sobre o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana:

a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; d) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas; e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; f) A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicológica) de autodeterminação; g) A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais; h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material; i) O primado é o do ser, não o do ter, a liberdade prevalece sobre a propriedade; j) Só a dignidade justifica a procura por qualidade de vida; l) A dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular; m) A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa.¹²

O legislador constitucional pátrio, através do artigo 1º, III, alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, ou seja, a dignidade da pessoa humana ocupa a posição de regra fundamental do direito brasileiro, representando o sustentáculo da ordem jurídica. A eficácia jurídica deste princípio passa por três grandes categorias: direta, interpretativa e negativa.

Conforme Luis Roberto Barroso¹³, temos como eficácia direta do princípio da dignidade da pessoa humana sua incidência sobre a realidade, nos mesmos moldes que uma regra, isso

¹¹ PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 55.

¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 221/222.

¹³ BARROSO, 2010, p. 08.

porque todo princípio tem um núcleo do qual é possível extrair um comando concreto, como a vedação à tortura ou penas cruéis. No Brasil temos que grande parte da eficácia direta se encontra prevista em regras específicas, normatização esta oriunda da leitura do princípio da dignidade da pessoa humana; contudo, a ausência de regra específica permitirá a aplicação direta do aludido princípio.

Eficácia interpretativa se relaciona com a concepção de que os valores e fins contidos no princípio condicionam o alcance e sentido das normas jurídicas em geral. Assim, a dignidade da pessoa humana atuará como critério de valoração em caso de ponderação. Admite-se inclusive que o princípio em questão desempenhe papel integrador no preenchimento de lacunas normativas.

Por fim, no que tange à eficácia negativa temos a vedação da aplicação de norma ou ato jurídico contrário ao princípio, gerando a declaração de inconstitucionalidade, com a retirada do dispositivo do ordenamento ou, ao menos, a limitação de sua interpretação, como por exemplo, no julgamento do HC 84.424/RS em que o STF limitou a liberdade de expressão, vedando a incitação de ódio antissemita.

Assim, temos que a dignidade da pessoa humana afeta de maneira gritante o Direito Penal e Processual Penal, uma vez que estes são os ramos que atingem o cidadão de forma mais grave e íntima. O princípio em questão limita a ação e acima de tudo cria uma forma de leitura, impedindo abusos e vingança e impondo um padrão justo e retilíneo na interpretação dos crimes e aplicação das penas.

2.2.2 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio em questão tem origem embrionária no artigo 39 da Magna Carta inglesa de 1215, a qual exigia, antes da prisão, exílio ou privação de bens, que o homem fosse submetido a julgamento regular por seus pares, nos termos da lei, sendo reforçado pelo exposto no artigo 40 que garantia a todos o direito à justiça. Apesar de configurar real avanço, o modelo adotado pela Magna Carta ainda não era suficientemente claro, sendo passível de interpretações restritivas, impossibilitando sua real abrangência e esfera de proteção.¹⁴

¹⁴ ROTONDARO, Nora Magnólia Costa. Devido processo legal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região**, Campinas, n. 13, p. 79-91, out./dez. 2000. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/111653>>. Acesso em: 15 set. 2017.

A expressão *due process of law* foi utilizada pela primeira vez em 1354 durante o reinado de Eduardo II no “*Statue of Welsiminster of the Liberties of London*”, representando o complexo de atos situados entre o momento inicial do comparecimento em juízo de acusação e sentença condenatória de prisão.¹⁵

Nas Américas o princípio em questão tem sua primeira aparição na Carta de Virgínia de 1776, sendo consolidada através da emenda número 05 de 1787 à Constituição dos Estados Unidos da América, prevendo expressamente o *due processo of law*, exigindo um processo legal para que uma pessoa seja privada de sua liberdade, propriedade ou vida.

O Brasil com o texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, LIV, passa a incorporar o devido processo legal, garantindo ao indivíduo um processo justo, nos termos da lei, como condição para a perda da liberdade ou de seus bens. O devido processo legal atua como princípio-matriz servindo como referência para todo o ordenamento, gerando diversos subprincípios, os quais dão o desenho atual do processo penal brasileiro.

Conforme Antônio Alberto Machado:

O devido processo legal é uma espécie de princípio-síntese, ou princípio-matriz, que dá fundamento a todo o sistema processual penal. Com elevado teor axiológico, ele se desdobra em vários outros princípios – contraditório, ampla defesa, fundamentação, juiz natural, presunção de inocência, justa causa e processo acusatório –, atuando como norma fundante de todo o edifício processual. Por ser uma espécie de cláusula mater, que dá origem e ao mesmo tempo é formada por diversos princípios cujos conteúdos revelam um caráter de direitos fundamentais, o devido processo legal é uma cláusula fundante, com enorme densidade ética. Logo, a ofensa a essa cláusula, ou a inobservância de algum dos princípios que a integram, no geral, resulta na nulidade absoluta dos processos criminais, o que significa dizer que devido processo legal é um princípio genérico, materialmente aberto, que fundamenta e assegura a legitimidade de todo o sistema processual penal.¹⁶

O Devido Processo Penal pode ser visto sob duas dimensões: a) Substancial e b) Formal, esta última podendo ser dividida em material, consubstanciado na garantia expressa em lei de que os direitos fundamentais serão respeitados e as normas serão interpretadas de forma razoável, e processual, representado pela observância das formalidades previstas em lei para sua tramitação.

Conforme Guilherme de Souza Nucci:

¹⁵ ROTONDARO, 2000.

¹⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 63.

O devido processo legal, portanto, possui dois aspectos: o lado substantivo (material), de Direito Penal e lado procedimental (processual), de Processo Penal. No primeiro, como já demonstrado, encaixa-se o princípio da legalidade, basicamente, além dos demais princípios penais. Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis por que o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, dentro outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.¹⁷

Na ótica da dimensão substancial, tem-se como devido um processo que não se limita a cumprir as disposições previstas em lei, mas também impõe ao julgador o dever de prolatar sentenças “justas”, levando em consideração a realidade social e os efeitos práticos de sua decisão. Tal dimensão, no Brasil, junta-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, guiando o processo no caminho da “justiça”.¹⁸

De acordo com Paulo Henrique dos Santos Lucon,

[...] O devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Aliás, a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.

As noções de proporcionalidade e razoabilidade sempre caminham juntas. Para quem as diferencia, a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; já a razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral.¹⁹

As dimensões formal e substancial não se excluem; ao contrário, são visões complementares que compõem o princípio do devido processo legal. Enquanto a dimensão formal analisa o meio, ou seja, o caminho a ser percorrido pelo “processo” para que a decisão seja justa, a perspectiva substancial se preocupa com o fim, com o resultado do processo. Só

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 55.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

¹⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. **Revista de doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, 22 nov. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60849/devido_processo_legal_substancial.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

com a junção das duas visões ter-se-á um processo realmente justo e observância plena ao princípio do devido processo legal.

Percebe-se, portanto, que o devido processo legal atua de forma estruturante, delimitando a leitura do processo penal, criando limitações ao Estado no que tange à apuração da conduta e à aplicação da pena. O princípio em questão se mostra intimamente ligado à defesa da liberdade individual e da configuração do Estado como democrático de direito. A adoção de regras excepcionais, criação de tribunais especiais para determinado fato ou pessoa e/ou outros recursos, são mecanismos adotados pelo Estado de exceção, violando de maneira gritante o devido processo.

2.3 Princípios constitucionais penais

São princípios que encontram residência no texto constitucional podendo ser explícitos ou implícitos, direcionados à esfera criminal, podendo, contudo, causar reflexos na seara processual penal. Não se busca aqui a análise detalhada de todos os princípios penais, mas tão-somente aqueles tidos como principais, responsáveis pela caracterização do sistema de garantias e limitação do poder estatal, fundamentais para a visualização do Estado de exceção.

2.3.1 Princípio da legalidade penal

Nascido do pensamento iluminista e das revoluções liberais representa marco na contenção do arbítrio estatal em favor dos direitos individuais. O princípio da legalidade visa afastar o uso do Direito Penal como expressão de força e não de direito, servindo como instrumento de proteção do cidadão através de um postulado simples: submissão de todos à regra da lei.

Feuerbach²⁰ no decorrer do século XIX adota o brocardo *nulla crimen nulla poena sine lege*, vinculando o princípio da legalidade à demonstração do caráter de prevenção geral da pena, sendo que dessa construção é possível inferir três dimensões de aplicação: a) *nulla poena sine lege*, exigência de lei, em sentido estrito, para a aplicação de uma pena; b) *nulla poena sine*

²⁰ FEUERBACH, 1989 apud FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Ponte. Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 376.

crimine, a imposição de pena está condiciona à existência de uma conduta tipificada e c) *nullum crimen sine poena legali*, o fato previsto em lei está untado à pena legal.

No Brasil o princípio da legalidade sempre esteve presente nas legislações penais pátrias, com exceção do Código Criminal do Império (1830), que a despeito de prevê-lo em seu artigo 1º “Não haverá crime, ou delicto (palavras sinonimas neste Codigo) sem uma Lei anterior, que o qualifique”, admitia exceção ao princípio, em seu artigo 33: “Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbítrio”.²¹

Constitucionalmente o princípio da legalidade sempre foi prestigiado estando presente em todos os textos: a) Constituição de 1824 no artigo 179, XI; b) Constituição de 1891 no artigo 72, §15; c) Constituição de 1934 no artigo 113, alínea 26; d) Constituição de 1937 no artigo 122, alínea 13; e) Constituição de 1946 no artigo 141, §27; f) Constituição de 1967 no artigo 150, §16 e g) na atual Constituição, de 1988, no artigo 5º, XXXIX com a redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade, com os contornos atuais, só admite a criminalização de uma conduta através de lei, em sentido estrito, que necessariamente deve ser certa, escrita e prévia, com a descrição minuciosa do comportamento criminoso, gerando a ideia de segurança jurídica, evitando a hermenêutica oportunista, típica dos regimes de exceção. Busca-se aqui evitar que o cidadão seja surpreendido com a imputação de um crime ao praticar uma conduta e, acima de tudo, garantir que mudanças legislativas futuras não irão interferir no *status libertatis* do indivíduo.

Conforme Paulo César Busato:

Portanto, é preciso deixar claro que derivam do princípio de legalidade certos requisitos que devem ser tidos em conta na formulação jurídica, a saber: (a) a *existência de uma lei* que estabeleça os delitos e as penas (*lex scripta*): disso se deduz que a lei é a única fonte formal e direta das normas penais e deve estabelecer-se mediante um procedimento regular preestabelecido, o que evita o filtro do Direito consuetudinário como fonte de Direito direta; (b) as leis devem ser *prévias* às condutas que constituem delito, que estabelecem suas consequências, que estabelecem o procedimento a seguir e a forma em que devem cumprir-se as penas (*lex praevia*), pelo que resta proibida a retroatividade da lei penal incriminadora; (c) as leis devem ser estabelecidas de forma *clara e precisa* (*lex certa e stricta*), o que Silva Sánchez prefere denominar *mandado (ou comando) de determinação*, em concordância com a

²¹ Grifo nosso, no sentido de realçar a exceção ao princípio da legalidade.

doutrina alemã. Daí se deduz a proibição da analogia em matéria penal e, ao mesmo tempo, exige-se precisão na descrição dos tipos.²²

Da noção de legalidade conseguimos extrair ao menos quatro postulados, ou princípios derivados, que merecem atenção. São eles: a) reserva legal; b) taxatividade; c) anterioridade e d) retroatividade da lei penal benéfica ou irretroatividade da lei penal.

2.3.1.1 Princípio da reserva legal

Por reserva legal entende-se a exigência de lei em sentido estrito para a criação de normas penais incriminadoras, vedando-se, conseqüentemente, o emprego do direito costumeiro e da analogia como fontes do direito penal. É importante frisar que tais fontes são admissíveis quando se tratar de aplicação *in bonam parte*, visando beneficiar o indivíduo.

Não se admite, também, o emprego de fontes normativas secundárias, infralegais, tais como portarias e resoluções, na criação de normas penais incriminadoras²³, bem como não se aceitam espécies normativas mais rebuscadas, tais como emendas à constituição. A escolha é pela lei, sendo este o mecanismo adequado para a criminalização de condutas.

De acordo com Nilo Batista²⁴:

[...] reserva legal estabelece ser a lei a única fonte do direito penal, quanto às normas penais puras. Pode ser apenas entendida como proibição de que ocorra “a criação de crimes penas pelo costume”. Quanto a esta perspectiva, não há dúvida alguma de que o texto constitucional a fundamenta.

Busca-se, neste princípio, a segurança jurídica, impedindo que tipos penais sejam criados sem o procedimento democrático, com discussão séria e cuidadosa pelos representantes do povo nos exatos termos da Constituição Federal. Por outro lado, a reserva legal busca a oxigenação do sistema, impedindo a adoção de fontes rigorosas demais, que engessariam o sistema penal, impedindo a adequação da norma à realidade, daí por que a escolha pela lei, em sentido estrito, como fonte do direito penal.

²² BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral: volume 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 34.

²³ A norma penal em branco não representa exceção à regra da reserva legal, trata-se de técnica legislativa que permite a oxigenação do sistema em alternativa à técnica do emprego de expressões abertas/vagas que acabam por causar mais insegurança. É importante frisar que a norma penal em branco não cria um tipo penal, ao contrário, é responsável por complementar a norma, apresentando um de seus elementos.

²⁴ BATISTA, Nilo. Bases Constitucionais do Princípio da Reserva Legal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 35, Rio de Janeiro: Forense. p. 55, 1983.

A quebra da reserva legal é um caminho adotado pelo Estado de exceção. O emprego de espécies normativas secundárias enfraquece a proteção contra abusos do Estado, permitindo que o soberano torne crime condutas sem respeitar o processo democrático, retirando a matéria da análise dos representantes do povo, o poder legislativo.

Ademais, permite-se que o soberano crie excludentes e causas de impunidade direcionadas a aliados contribuindo para seletividade do sistema penal, que nada mais é que uma vertente do Estado de exceção.

2.3.1.2 Princípio da taxatividade

Trata-se da exigência de que as leis penais, em especial as incriminadoras, sejam, dentro do possível, claras, certas e precisas, reduzindo-se o espaço para ilações e dilações acerca de seu conteúdo. Seu objetivo é impedir o uso do Direito Penal como instrumento de perseguição ou insegurança, sendo requisito necessário da legalidade, já que uma lei, em sentido estrito, vaga e indeterminada seria, na prática, a mesma coisa que a ausência de lei.

Neste sentido Luiz Luisi:

Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.²⁵

Do princípio em análise decorre a vedação do emprego da analogia *in malam partem*, ou seja, a proibição da criação de figuras criminais por similaridade, através do processo integrativo da analogia. Tal comando encontra ressalvas quando o emprego da analogia vier a beneficiar o réu, quando então o Direito Penal a admitirá.

Neste sentido, Nelson Hungria e Heleno Fragoso²⁶ tratando tangencialmente do Estado de exceção:

Com a abolição do sistema da enumeração taxativa dos crimes ou com a licença para o *arbitrium judicium* ou a analogia na incriminação de fatos e irrogação de pena, não poderia ser coibida, nos seus requintes e caprichos, a

²⁵ LUISI, 2003, p. 24.

²⁶ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, volume I, tomo I: arts. 1 ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 24.

sensibilidade ético-social dos juízes criminais, que seriam naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira.

A taxatividade se apresenta como essencial no combate ao Estado de exceção, impedindo a deturpação da garantia da legalidade, cerceando ao máximo o trabalho do intérprete no escopo de maximizar a proteção ao indivíduo.

2.3.1.3 Princípio da anterioridade

O princípio em questão exige a presença de lei, tipificando detalhadamente a conduta, de forma prévia antes de sua prática. Trata-se, na verdade, de um truísmo lógico galgado à condição de princípio. Só se pode considerar criminosa determinada conduta quando ela estiver descrita em uma norma penal válida.

Assim, de acordo com Guilherme de Souza Nucci:

Cultiva-se a garantia de que não serão criadas sanções penais espaciais, após o cometimento de um delito, especificamente voltadas a determinado condenado. Do mesmo modo em que busca o Juiz natural para julgar a causa, fazendo-o de modo imparcial, quer-se a atuação do Estado-legislador em idênticos parâmetros. As penas originam-se da política criminal estatal, cujo exercício se dá no Poder Legislativo, editando as leis penais, contendo as devidas sanções, sempre antes da prática criminosa.²⁷

Estamos diante de um requisito fundamental do Estado Democrático de Direito visando impedir que o legislador ou julgador imponha ao cidadão conduta criminosa que não existia quando da prática da conduta, impedindo assim que o Direito Penal seja usado como instrumento de perseguição. A anterioridade da norma é condição lógica, permitindo que o indivíduo faça um juízo de valor acerca da sua conduta e de forma consciente opte pela prática do crime.

2.3.1.4 Princípio da retroatividade da lei penal benéfica

Consolidado no artigo 2º do Código Penal brasileiro, inscrito no artigo 5º, XL da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Trata-se de consequência lógica dos princípios da legalidade e da anterioridade, podendo ser visto sob dois prismas. De um lado o

²⁷ NUCCI, 2015, p. 122.

aspecto positivo privilegiando a relação indivíduo-réu, traduzido na expressão retroatividade da lei penal benéfica, e do outro a relação com a sociedade, consolidado na expressão irretroatividade da lei penal.²⁸

Retroatividade é o poder da norma penal, mais benéfica, de atingir eventos que se passaram antes de sua vigência, fazendo prevalecer a nova visão de política criminal da sociedade, modificando os processos, mesmo que iniciados na vigência de lei anterior, inclusive aqueles atingidos pela coisa julgada.

O fundamento da retroatividade foi apresentado por Reinhart Maurach:

A rigorosa aplicação da proibição de retroatividade encontra suas fronteiras no lugar de onde, ao invés de se cumprir o fim perseguido pela retroatividade – proteção do autor frente às penas ‘sobrevindas’ – se produziria um prejuízo para o sujeito. Toda modificação é signo de uma mudança valorativa; pela supressão ou atenuação da ameaça penal, manifesta o legislador uma mudança na sua concepção primitiva em favor de uma mais suave. Se se quisesse manter aqui a proibição de retroatividade, deveria ser castigado o autor sobre a base de uma concepção jurídica não professada mais pelo próprio legislador. Com o objeto de evitar essa violação da justiça material, prevê-se a obrigatória retroatividade da lei penal mais benigna.²⁹

É importante frisar a questão das normas excepcionais, aquelas que estão em vigor, mas adquirem eficácia em razão de uma situação especial ou anormal, e das normas temporárias, leis que possuem vigência e eficácia fixada pelo legislador, ou seja, possuem um prazo de validade expresse.

Neste sentido, afirma Luiz Luisi:

No concernente às leis excepcionais, por vigente, se pode afirmar ter havido, com sua aplicação após decorrido o prazo de sua eficácia, retroatividade da mesma. Trata-se de aplicação de lei existente, formalmente vigente, aplicada a um fato ocorrido quando a mesma tinha eficácia. Todavia com relação a lei temporária, por se tratar de norma que não mais existe, uma vez decorrido o prazo de sua vigência, a sua aplicação, após encerrado o prazo de sua existência, implica em dar a lei uma ultra atividade em desfavor do réu. Nesta hipótese se pode arguir a inconstitucionalidade dessa aplicação da lei penal temporária, porque embora cometido o fato durante a existência da norma, a sua aplicação, quando a mesma não mais existe, implica em violência ao postulado constitucional, e principalmente em dar eficácia a uma norma que não mais tem existência, em desfavor do réu.³⁰

²⁸ NUCCI, 2015, p. 125.

²⁹ MAURACH, 1962 apud BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 73

³⁰ LUISI, 2003, p. 29/30.

Ao garantir a retroatividade da lei penal mais benéfica o sistema se torna mais justo em favor do indivíduo fechando uma das portas mais intensas do autoritarismo. O princípio em questão sufraga a vontade popular, a partir do momento em que determinada conduta deixa de ser tida como injusta, como indesejável, seus efeitos devem ser universais, atingindo inclusive os processos com trânsito em julgado. Por outro lado, temos a garantia social de que uma lei penal nova não virá a atingir comportamentos pretéritos, complementando o princípio da anterioridade, já abordado em nosso estudo.

2.3.2 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade, preliminarmente, junta-se à noção de solidariedade humana, no reconhecimento da condição de indivíduo sujeito de direitos a todos os membros do corpo social. Trata-se de instituto com forte carga moral, voltado à noção de benevolência e fé, envolve a capacidade da sociedade em ver o melhor de cada indivíduo e voltar a ele um tratamento condizente com sua essência.

Os regimes totalitários e principalmente o Estado de exceção sempre que possível afastam-se desse princípio, a adoção de práticas e condutas bárbaras, os castigos físicos e a propagação do ódio e do sentimento de justiça pelo sangue são os expoentes da negativa do princípio da humanidade. O Estado vai se tornando tudo aquilo que jurou combater.

Conforme as palavras de Guilherme Nucci:

Retribuir o mal do crime com uma maldosa pena deixa de constituir virtude para assumir papel de vilania, equiparando o Estado à figura do agressor, situação que o deslegitima a atuar em nome do Direito e da Justiça. Se os maus sentimentos ainda são constantes nos seres humanos, dada a sua natural imperfeição, não se pode cultivá-los e incentivá-los a integrar o campo das leis, onde idealmente o justo prevalece e a benemerência é a sua razão de ser. Não se constrói um sistema normativo voltado ao lastimável estado de espírito inferior, permeado de sentimentos comezinhos e negativos; ao contrário, as leis devem espelhar a riqueza da meta a ser buscada, lastreada na perfeição do lado humano positivo, como força de incentivo à civilidade, em convivência fraterna.³¹

De forte influência iluminista o princípio da humanidade se correlaciona com a ideia de dignidade da pessoa humana e, notadamente, com o pacto social partindo da premissa que o

³¹ NUCCI, 2015, p. 153.

indivíduo, ao abrir mão de parcela da sua liberdade em prol da vida social, não pode se despir do mínimo necessário existencial; dentro desse mínimo insere-se, também, o respeito à sua integridade física e à vida, mesmo que no cárcere.

Trata-se de primado reconhecido pelos mais importantes documentos de Direitos Humanos, citando-se aqui o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos³², o artigo 5º, II da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³³, vulgo, Pacto de São José da Costa Rica e, também, o artigo 10, I da Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Civis.³⁴

No Brasil o Princípio da humanidade encontra residência no artigo 5º XLIX³⁵ e, principalmente, no artigo 5º, XLVIII, ambos da Constituição Federal, que proíbem a adoção de “pena de morte, salvo no caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis”.

Trata-se de uma garantia contra abusos estatais impedindo que os indivíduos sofram quaisquer tipos de castigos físicos ou morais, como é o exemplo da vedação, em absoluto, a tortura, sendo certo que sua aplicação está mais evidente no que tange aos encarcerados que não poderão sofrer reprimendas que atinjam sua dignidade.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt:

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados. A proscrição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infraestrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade.³⁶

O princípio da humanidade é o termômetro do Estado Democrático de Direito. Observar o regime dispensado aos presos e a relação adotada entre Estado e cidadão indica a proximidade

³² Artigo V: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

³³ Artigo 5: “Direito à integridade pessoal: 1) Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2) Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

³⁴ Artigo 10º, 1: “Toda a pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

³⁵ Artigo 5º, XLIX: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.”

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b. p. 74.

daquela nação com a democracia plena. O Estado de exceção é marcado pelo desrespeito às regras de humanidade, tratamentos cruéis, tortura e outras formas degradantes passam a fazer parte do repertório estatal, isso só acentua a importância do presente princípio.

2.3.3 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade foi cunhado através da evolução do Direito Penal, abandonando a noção rudimentar da responsabilidade objetiva, marcado pela imputação pela produção do resultado, adentrando na responsabilização condicionada à existência de dolo ou culpa que formariam a conexão psíquica entre o autor e seu fato.

O princípio em análise pode ser inferido da expressão “não há crime sem culpabilidade”, ou, do latim, *nullum crimen sine culpa*. Trata-se de princípio fundamental do direito penal, não se confundindo com culpabilidade como elemento dogmático da teoria analítica do crime, nem com a culpabilidade como medida de pena, esta última atuando como guia para o juiz quando da dosimetria da pena, visando à sua individualização.

A culpabilidade, como princípio, ocupa-se de uma restrição material que impede não só a responsabilidade objetiva, mas também a imputação por atos reflexos, eventos imprevisíveis ou frutos do acaso e por condutas que não gerem incremento do risco. Na teoria analítica do crime dolo e culpa, elementos basilares do princípio da culpabilidade, integram o fato típico, formando uma tipicidade subjetiva.

O direito penal moderno centra sua análise na culpa, que nada mais é que o elemento subjetivo que liga a conduta ao seu resultado. Enquanto o princípio da legalidade fornece a forma da conduta delituosa, o princípio da culpabilidade se encarrega da essência, ou seja, do aspecto intelectual e volitivo do crime, ligando o indivíduo ao resultado.

No Brasil o princípio da culpabilidade encontra residência no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, reproduzido de maneira detalhada no artigo 18, parágrafo único do Código Penal brasileiro: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Coforme João Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem³⁷,

O princípio de culpabilidade deve ser entendido, igualmente, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade objetiva, porque se deve provar que o resultado derivou de uma conduta dolosa ou culposa do agente, ou seja, não

³⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal:** parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 123.

basta apenas o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado.

O princípio da culpabilidade opera como um dos essenciais obstáculos ao Estado de exceção. Primeiramente ao direcionar a atividade legislativa, impedindo a criação de tipos penais fundados na responsabilidade objetiva, como demonstração de dolo penal do autor, mas, mais importante, sua atuação no que tange à atividade jurisdicional. Não se admite a condenação de quem quer que seja, sem a cabal demonstração da sua responsabilidade, ou seja, não há pena para quem não for comprovadamente culpado.

O Estado de exceção introduz seus meios na violação do princípio da culpabilidade simulando um julgamento justo, mas exarando decreto condenatório sem o reconhecimento formal de culpa, ignorando o dolo e culpa do agente. Trata-se de uma construção teratológica que visa dar ares de legalidade ao abuso.

2.3.4 Princípio da proporcionalidade

A noção de proporcionalidade não existe de forma individual, exige para sua noção um comparativo. Ser proporcional é estar na mesma relação que outra coisa em razão de intensidade, grandeza, grau ou qualquer outro atributo que se deseje comparar. Nesta ótica proporcionalidade pode ser vista como equilíbrio de interesses.

No âmbito penal a proporcionalidade atua, inicialmente, influenciando a atividade legislativa, impedindo a criação de tipos penais que não guardem relação com valores dignos de proteção penal, impedindo, em tese, a inflação penal, respeitando o princípio da *ultima ratio*. Além disso, ainda no campo legislativo, atua na fixação do preceito secundário dos crimes, evocando o necessário paralelismo entre conduta e reprimenda, bem como avaliando a harmonia entre as diversas penas do sistema.

O segundo prisma de atuação da proporcionalidade é direcionado ao juiz, notadamente na dosimetria da pena e fixação de regime de cumprimento. A punição imposta ao transgressor da norma penal deve guardar o necessário paralelismo com a conduta perpetrada.

O princípio da proporcionalidade atua inclusive nos demais princípios; neste sentido Guilherme de Souza Nucci:

A dimensão da proporcionalidade atinge outros princípios penais, visto que se torna desarmônico e desequilibrado aplicar uma pena privativa de liberdade, por exemplo, a uma infração penal insignificante. Melhor indicação se tem ao aplicar o princípio da intervenção mínima, reputando-a fato atípico, diante da

exígua ofensividade. Do mesmo modo, conforme o grau de individualização da pena realizado, pode tornar-se proporcional e adequado aplicar uma pena superior ao mínimo, quando se está julgando delito grave e provocador de extensa lesão. A avaliação da culpabilidade – se houve dolo ou culpa – tende a construir, proporcionalmente, sanções mais leves ou mais severas. Respeitando-se a legalidade, tem-se por correta determinada sanção previamente cominada em lei, desde que se afigure proporcional ao crime para o qual foi destinada. Em suma, desumana seria a sanção penal, quando aplicava em nítida desproporção entre fato e dano gerado.³⁸

O Estado de exceção é naturalmente desproporcional; na atividade legislativa pouco se importa com harmonia ou com a ideia de sistema, a busca é pelo controle individual, prescrevendo penas absolutamente incompatíveis com certas condutas ou, até mesmo, alçando à qualidade de crime eventos absolutamente irrelevantes.

No campo judicial é que a desproporcionalidade do Estado de exceção encontra sua maior força. Aos inimigos do Estado é fixada pena incompatível com sua conduta, simulando um processo judicial justo, passando a ilusão de que o sistema jurídico remanesce garantidor.

2.3.5 Princípio da individualização da pena

O princípio em questão tem origem na obra dos delitos e das penas de Cesare Bonesana, na qual, entre outros temas, o autor discute uma reestruturação do sistema prisional, notadamente na liberdade conferida ao juiz na fixação da pena, que permitia condenações abusivas, com penas nada condizentes com o injusto praticado.

Neste sentido foi idealizado um sistema regido com penas já determinadas cabendo ao juiz única e exclusivamente aplicar aquela pena. Tal sistema recebeu críticas por engessar a atividade judicial e impedir que o direito se moldasse ao caso concreto, ou seja, reconhecesse as peculiaridades individuais.

Assim foi preconizado o sistema de limitações, adotado inclusive pelo nosso Código Penal, no qual a legislação fixa patamares mínimos e máximos para a pena e o juiz, com base em circunstâncias legais e na conduta do autor, faz o devido enquadramento. Por um lado, o sistema coíbe o absoluto poder judicial, pautando limites à atividade, por outro, impede o engessamento da atividade da magistratura, permitindo que o direito adote os contornos necessários que o caso prático exige, sempre de forma fundamentada.

O princípio em questão foi incorporado em nosso ordenamento no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as

³⁸ NUCCI, 2015, p. 243.

seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Por individualização da pena entende-se a atividade judicial direcionada à fixação da reprimenda justa com adoção de critérios objetivos, relacionados ao fato cometido, como por exemplo o mínimo e máximo da pena, e de critérios subjetivos, untados à personalidade e à conduta social do autor.

Neste sentido Winfried Hassemer³⁹:

No âmbito da determinação da pena um retorno ao puro Direito penal do ato seria uma exigência ilusória e também injustificada. As tendências de orientação do Direito penal pelo autor [...] são antigas e profundamente justificadas. Elas modificaram o sentido não só do direito penal material e da determinação da pena, como também do Direito Processual penal. A execução penal e a recente ciência da execução penal, apesar de sua crise permanente a respeito da ideia de ressocialização – ou seja, da esperança de que o autor possa ser levado, por meio de uma medida social ou estatal, a uma conformação com a norma – poderia se tornar um motor propulsor da orientação pelo autor.

No Brasil o caminho para a individualização da pena está preconizado no artigo 68 do Código Penal. O juiz fixa a pena base, com base nos limites legais, respeitando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal; na sequência, considera as agravantes e atenuantes e, ao final, analisa as causas de aumento e diminuição de pena.

O Estado de exceção viola a individualização da pena com a adoção de reprimendas frias, sem ligação com a conduta perpetrada e/ou com a pessoa do autor. Faz-se uso de uma fórmula básica para todos os envolvidos no crime, desprezando as peculiaridades de cada um; ao final, o resultado são penas generalizadas sem qualquer reconhecimento de méritos individuais, os quais necessariamente deveriam influenciar a dosagem.

2.3.6 Princípio da intranscendência da pena, ou responsabilidade pessoal

Nas fases iniciais do Direito Penal, notadamente com o instituto da vingança, as penas eram aplicadas de maneira geral atingindo tribos inteiras ou famílias, o banimento de um determinado grupo era comum como forma de punição pelo ato de um dos seus membros. A ideia de responsabilidade pessoal pelo ilícito nasce como escopo de restringir a pena àqueles

³⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito penal**. Trad. de Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 158/159 apud BUSATO, 2018, p. 833.

que praticaram o ilícito penal, impedindo que terceiros, independente do grau de parentesco, sejam afetados diretamente pela pena.

As constituições brasileiras sempre consagraram o princípio em questão, bem como a legislação infraconstitucional, sendo que atualmente o princípio em questão foi consolidado no artigo 5º, XLV da Constituição Federal com a redação: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

O princípio em questão deve ser visto sob dois prismas, de acordo com Jamil Chaim Alves:

Em face do exposto, parece-nos que o princípio da personalidade precisa ser examinado sob dois prismas, para que se possa extrair seu verdadeiro significado e alcance. Num primeiro aspecto, ele veicula uma proibição, em caráter *absoluto*, de que a pena abstratamente cominada se dirija a terceiras pessoas, que não concorreram para o delito. Nessa esteira, o exemplo clássico de afronta ao princípio é a condenação de Tiradentes, que, além de sentenciá-lo à morte por traição à Corte Portuguesa, proibiu seus filhos e netos de receberem sua herança.

Num segundo aspecto, que se relaciona aos efeitos reflexos da pena, o princípio determina que a sanção deve evitar, *tanto quanto possível*, prejudicar terceiros. Neste sentido, temos um mandamento *relativo*, pois, em muitos casos, é impossível que a condenação não afete os entes ligados ao sentenciado. Como leciona José Frederico Marques, o reflexo da condenação em pessoas da família do detento constitui inconveniente que nem sempre se pode evitar, a não ser que se pretenda o mal, ainda maior, da impunidade a semear pelas famílias das vítimas idênticas consequências. Dentre esses efeitos reflexos, pode-se destacar: a perda de rendimentos auferidos pelo condenado; o preconceito e a discriminação sofridos por seus familiares, podendo até mesmo acarretar perda de emprego; o transtorno para visitar os reclusos, que muitas vezes significa aguardar várias horas na fila durante a madrugada, além do constrangimento da revista íntima; a privação do convívio com os reclusos; etc.⁴⁰

O Estado de exceção manifesta um de seus braços no princípio em tela, primeiramente quando atinge pessoas que não participaram do crime, ampliando os efeitos de uma condenação penal a familiares e amigos, com o nítido escopo de tornar o indivíduo um pária social. O segundo aspecto também é relevante: o Estado busca dificultar o contato entre preso e família, visando enfraquecer o vínculo existente, no sentido de gerar no indivíduo sensação de

⁴⁰ ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 899, p. 431-454, 2010.

abandono. A ação aqui se manifesta com transferência injustificada para locais distantes, procedimentos de revistas invasivos para humilhar os familiares e outras práticas.

2.4 Princípios processuais penais

São princípios que influenciam e moldam a esfera processual penal do direito criminal. Criados com forte influência do princípio do devido processo legal, visam garantir um julgamento justo, com respeito à pessoa do acusado/suspeito evitando que o Estado manipule a “máquina pública” como instrumento de perseguição e opressão.

2.4.1 Princípio da presunção de inocência ou estado inicial de inocência

O marco histórico do princípio da presunção de inocência se dá com a obra *Dos delitos e das penas*, de Césare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que defendia: "Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do Juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção foi dada⁴¹", sendo positivado em 1789 no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da revolução francesa.⁴²

Trata-se de um marco revolucionário entre o sistema inquisitorial medieval com inversão do ônus da prova, já que o acusado era considerado culpado e, para ser absolvido, deveria provar sua inocência, para o sistema acusatório atual, no qual o Estado acusação tem o dever de apresentar provas, nos termos do devido processo legal, e só ao final do processo o cidadão será tido como culpado e suscetível às penas que lhe forem legalmente impostas.

O princípio da presunção de inocência foi duramente atacado pela escola positiva do direito penal a qual, através da concepção do homem criminoso, passou a enxergar no postulado uma garantia excessiva, que deveria ser reservada aos cidadãos de bem e não àqueles em conflito com a lei. Durante o período de guerras, marcado pelos Estados totalitários, o princípio em questão foi praticamente sepultado, prisões eram feitas sem qualquer fundamento e a mera suspeita de um crime já era suficiente para segregações de liberdade.

⁴¹ BONESANA, Cesare (Beccaria). **Dos delitos e das penas**. Trad.: Alexis Augusto Couto Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 63.

⁴² Artigo 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

A contestação da presunção de inocência se tornou o mecanismo perfeito do Estado de exceção. Negavam-se aos criminosos, que nesses casos poderia ser qualquer inimigo do governo, os mais básicos direitos e contra ele eram usados todos os recursos da “máquina pública”, com ocultação de provas, processos secretos e sumários e todo tipo de cerceamento de defesa. Para o grande público vendia-se a imagem de combate ao criminoso, ou, com o avançar do regime, o inimigo, legitimando a exceção.

No Brasil o princípio da culpabilidade foi incorporado no texto constitucional em seu artigo 5º, LVII⁴³, formulado na lógica da “não culpabilidade”, e no Código de Processo Penal no artigo 283⁴⁴, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, impedindo que qualquer pessoa fosse tida como culpada até a manifestação judicial final no processo.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior:

Em suma: a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição (in dubio pro reo); ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Enfim, na dimensão interna, a presunção de inocência impõe regras de tratamento e regras de julgamento para o juiz.

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.⁴⁵

Recentemente o STF, no julgamento do HC 126.292/SP, admitiu a execução provisória da pena quando transitado em julgado acórdão de segunda instância, mas pendente de recurso extraordinário ou especial. A presente decisão serve como ilustrativo dos mecanismos do

⁴³ Artigo 5º, LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

⁴⁴ Art. 283. “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96/97.

Estado de exceção e forma como ele molda (ou afasta) o direito. A questão será analisada, inclusive quanto aos argumentos que a embasam, em capítulo apropriado neste trabalho.

2.4.2 Princípio da ampla defesa

A ampla defesa se consubstancia na garantia constitucional⁴⁶ de que o réu poderá fazer uso de todos os mecanismos processuais para proteção de sua liberdade, ou seja, poderá produzir quaisquer tipos de provas, desde que admitidas pelo direito, interpor recursos e apresentar arrazoados no sentido de comprovar sua pretensão processual.

Dois requisitos integram a ampla defesa: a defesa técnica, aquela realizada por profissional habilitado conhecedor do regime jurídico, consagrado no artigo 261⁴⁷ do Código de Processo Penal, e, em paralelo, a autodefesa, exteriorizada pelo próprio acusado, que mesmo sem o conhecimento técnico, poderá produzir matérias defensivas, as quais deverão ser necessariamente analisadas pelo juiz.

Com o desenho moderno a garantia em questão não se exaure com a defesa como aspecto formal; exige-se também o chamado aspecto substancial, ou seja, não basta a mera existência da defesa, deverá ela ser atuante e efetiva. Neste requisito se vislumbra uma das vertentes do Estado de exceção: o cumprimento *pro forma* da garantia de presença do defensor, como um teatro orquestrado, no qual a despeito de figurar não desempenha qualquer papel.

Neste sentido Nereu José Giacomoli:

A obrigatoriedade da defesa não abarca somente o aspecto externo ou formal, ou seja, da mera citação para responder, da simples nomeação de defensor para apresentar a resposta à acusação, mas também o aspecto substancial, o conteúdo do ato obrigatório, ou seja, examina-se se houve, efetivamente, preservação do direito de defesa, deficiência ou ausência desta. Segundo o STF, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula 523). Exige-se aptidão e atuação efetivas. Também não se restringe à defesa técnica (advogado, defensor público, defensor dativo), mas abarca a defesa pessoal do imputado, em todo o *iter* processual, atingindo, inclusive, o direito ao recurso (interposição pessoal) e a execução criminal (direito de ser ouvido). A suficiência e a efetividade integram o conceito de ampla defesa, como núcleo substancial dessa garantia fundamental. Por isso, tanto a ausência, quanto a deficiência, limitação ou insuficiência, afastam a garantia constitucional da ampla e plena defesa. Essa garantia abarca o direito de contestar, de resistir, de responder a acusação, por meio de defensor ou

⁴⁶ Artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

⁴⁷ Artigo 261: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

pessoalmente, de omitir-se, de calar. A defesa técnica obrigatória se dá através da constituição de defensor ou da nomeação de defensor dativo ou público, pois ninguém será processado validamente, sem defensor técnico. É o que se infere da normatividade convencional, constitucional e ordinária.⁴⁸

Da ampla defesa nasce o direito à informação que engloba a cientificação dos direitos, quando da prisão ou do interrogatório, o conhecimento da acusação formulada, quando do processo e o livre acesso aos elementos de prova produzidos, em qualquer fase da persecução penal, rechaçando, assim, os chamados “processos surpresas” ou “processos sigilosos”.

Atualmente com o desenvolvimento do aspecto substancial do princípio do contraditório, autores como Fredie Didier Júnior⁴⁹ passaram a sustentar que o princípio da ampla defesa se fundiu ao primeiro, motivo pelo qual devem ser estudados em conjunto. Não compactuamos dessa visão, adotando a visão de Welder Queiroz dos Santos no que tange ao aspecto substancial do contraditório, sem, contudo, negar a proximidade entre os princípios em questão, como por exemplo, a presença, em ambos, do direito à informação.

2.4.3 Princípio do contraditório

Por princípio do contraditório entende-se a garantia bilateral conferida às partes de ciência, reação, manifestação e contradição de teses no processo judicial. Dentro do aludido princípio temos também a exigência de tratamento igualitário, ou seja, na visão linear de todos os atores processuais sem a imposição de hierarquias e obstáculos, com atuações em prol da finalidade processual de justiça, podendo ser resumido na expressão “igualdade de armas”.

Conforme Aury Lopes Júnior:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.⁵⁰

⁴⁸ GIACOMOLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 139.

⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 78.

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, 2017, p. 97.

O princípio em questão representa uma ruptura com o processo totalitário, permitindo que a defesa apresente sua versão dos fatos da mesma forma que a acusação pode. Trata-se da visualização de defesa e acusação como partes igualitárias e não como rivais processuais, sendo certo que a autoridade deverá prestar igual consideração às partes. Não se admite, no estágio processual moderno, que o julgador, enquanto a defesa se manifesta, ocupe-se de outras atividades, claramente transformando um contraditório em mero formalismo, já que sem a devida atenção não há como valorar os argumentos apresentados.

Para a efetivação do contraditório exige-se a junção de dois fatores, tidos como garantias derivadas: (a) participação e (b) informação, configurando, respectivamente, de um lado, a possibilidade de a parte reagir, manifestar-se sobre as alegações da parte contrária e ser ouvida, assegurando eficácia ao princípio em questão; do outro, a garantia de amplo conhecimento pela parte, englobando aqui o acesso aos autos, cientificação dos atos processuais, conferindo legitimidade ao contraditório.⁵¹

O contraditório, dentro de um Estado Democrático de Direito, não se esgota em sua afirmação formal, devendo englobar um aspecto substancial. Nesta ótica busca-se a compreensão do princípio, primeiramente, como uma série de atos coordenados entre si, conferindo relação de lógica e a razoabilidade ao processo e, em segundo momento, como o dever de atuação de ofício do órgão jurisdicional, ampliando a incidência do princípio ao próprio juiz. Neste contexto o órgão julgador deve atuar de forma constante dirigindo o processo e propiciando o diálogo entre as partes, no que convém chamar de subprincípio da cooperação processual.

Neste sentido, ensina Welder Queiroz dos Santos⁵²:

A comunicação necessária dos atos processuais e a possibilidade de impugná-los, reagir ou sobre eles se manifestar são dois conteúdos que expressam apenas os aspectos formais do princípio do contraditório. Na doutrina clássica, esses dois aspectos bastariam para a compreensão deste princípio, mas é preciso ir além, sem ignorar esses conteúdos.

Em um Estado Constitucional, Democrático e de Direito não se pode afirmar que o princípio do contraditório tem como núcleo essencial apenas o binômio informação-reação. O contraditório passou a ser dotado de conteúdo substancial que, ao exigir a participação dos sujeitos processuais durante todo o procedimento, garante o direito de influir no conteúdo das decisões judiciais, de terem os argumentos considerados e, por consequência, veda a prolação de decisão surpresa. Trata-se de forma de legitimar o processo e a decisão judicial.

⁵¹ SANTOS, Welder Queiroz dos. **Direito processual civil**: princípio do contraditório e vedação da decisão surpresa. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁵² *Ibidem*, p. 71.

Ao binômio informação-reação acrescenta-se a ideia de participação dos sujeitos processuais no desenvolvimento do processo e de não ser surpreendido por decisão surpresa, como o conteúdo do núcleo essencial do princípio do contraditório.

O contraditório a despeito de umbilicalmente untado à ampla defesa, com ela não se confunde. Enquanto a última garante o contraditório, este representa a sua exteriorização. Ambos atuam de forma ligada ditando os contornos da garantia da defesa, impedindo a configuração da exceção e respeitando o Estado Democrático de Direito.

2.4.4 Princípio do juiz natural e imparcial

O princípio em questão tem sua origem histórica no *bill of rights*, declaração de direitos, de 1689. Documento elaborado pelo parlamento da Inglaterra e imposto a Guilherme III e Maria I representando um compilado de direitos em favor dos cidadãos britânicos, limitando o poder do Estado, personificado pela nobreza. Trata-se do coração de todo o sistema constitucional do Reino Unido, vigorando até os dias de hoje.

Em seu enunciado VI o *bill of rights* positiva o juiz natural e imparcial:

em todos os processos criminais o acusado tem direito de se manifestar e ser julgado publicamente, por um júri imparcial do distrito no qual o crime foi cometido, sendo que o distrito deve ser preestabelecido, nos termos da lei, devendo também ser informado da natureza e causa da acusação; de confrontar as testemunhas que lhe acusam; de apresentar as testemunhas que lhe são favoráveis e de ser assistido por um advogado para sua defesa.⁵³

Na Constituição Federal de 1988 o princípio do juiz natural vem consignado no artigo 5º, XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e artigo 5º, LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O juiz natural é aquele que antecede o fato, determinado por critérios legais e lógicos, atuando a serviço da justiça através da imparcialidade marcada pela equidistância das partes. Deste pressuposto veda-se, consequencialmente, o juiz de exceção, aquele escolhido após o fato, notadamente voltado à perseguição de inimigos do Estado ou para ajudar os amigos. Trata-

⁵³ Tradução livre nossa, no original: Amendment VI: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense”.

se de artimanha muito utilizada pelos regimes excepcionais com o objetivo de simular legalidade, indicação de órgão julgador viciado.

Nas palavras de Antônio Alberto Machado:

O princípio do juiz natural, ou do juiz constitucional, significa que nenhum processo será válido se constituído perante tribunais de exceção, ou tribunais ad hoc. Logo, para a constituição e desenvolvimento do processo penal válido é indispensável que este seja presidido por um juiz previamente definido em lei, investido da função jurisdicional e competente para o julgamento do fato. Vale dizer, o juiz natural é aquele previsto constitucionalmente para o julgamento da causa antes mesmo da ocorrência do fato a ser julgado. Trata-se, pois, de princípio constitucional que proíbe terminantemente o exercício da jurisdição criminal pelo chamado juiz ex post facto.⁵⁴

As regras de competência são estruturais de um Estado de direito, buscando sempre a imparcialidade do órgão julgador e sua independência na aplicação da norma ao caso prático sem a influência de fatores externos; por isso se diz que o princípio do juiz natural abarca em si a ideia de imparcialidade e isonomia.

Deste princípio decorrem as causas de impedimento, suspeição e incompatibilidade judicial. Busca-se afastar do processo qualquer autoridade que possua, mesmo que potencialmente, interesse direto ou indireto na resolução da causa. Imparcialidade é essencial à atividade jurisdicional, representa sua imagem e natureza, o juiz parcial nada mais é que um legitimador de abusos, um instrumento do abuso transvestido de autoridade.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci:

A relevância do princípio do juiz imparcial transcende as linhas da lei ordinária, auferindo status de garantia humana fundamental, motivo pelo qual temos defendido que o rol de situações ilustrativas de suspeições de membros do Judiciário (artigo 254, CPP) é meramente exemplificativo e nunca exaustivo. Outras causas podem surgir, demonstrativas da imperfeição do juiz para apreciar a causa, que merecem ser conhecidas e avaliadas pela instância competente, sob pena de, por demasiado apego à forma, impingir-se julgador parcial para determinada demanda.⁵⁵

O dever de motivação das decisões judiciais, consolidado no artigo 93, IX da Constituição Federal, decorre do princípio da imparcialidade, na forma de controle da atuação do magistrado. Somente com a fundamentação das decisões judiciais ter-se-á conhecimento dos

⁵⁴ MACHADO, 2014, p. 67.

⁵⁵ NUCCI, 2015, p. 372.

motivos que levaram o magistrado à sua conclusão e se sua atuação se deu de forma imparcial e íntegra, sem influências externas.

Os regimes de exceção são marcados pela parcialidade, notadamente no judiciário. Os juízes que são bastiões da liberdade e das garantias, quando no Estado de exceção passam a atuar como instrumentos de governo, conferindo legitimidade ao sistema.

2.4.5 Princípio da duração razoável do processo e da prisão cautelar

A economia processual é princípio estrutural do Estado Democrático de Direito, obrigando o legislador e aplicador da lei ao uso eficiente dos instrumentos e recursos colocados à disposição das partes e do juiz, evitando-se desperdícios, retrabalho e perda de tempo, trata-se da consolidação da máxima “fazer o máximo com o mínimo”.

O princípio em questão se encontra previsto expressamente no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, gerando um binômio de aplicação: a) duração razoável do processo (e da prisão cautelar) e b) celeridade na tramitação processual. Assim, temos com força de princípio a ideia de duração razoável do processo e, conseqüentemente, da prisão cautelar.

O legislador não adotou um critério taxativo, com apresentação explícita do que seria o prazo razoável de duração do processo; ao contrário, optou pelo emprego da locução “razoável” vinculando o desenrolar do processo e sua duração às situações fáticas. Isso impõe a conclusão que na prática dois processos podem perdurar por prazos distintos sem que isso atinja, necessariamente, o princípio em questão.

Exemplificando o raciocínio, Guilherme de Souza Nucci aduz:

Ilustrando, recebida a denúncia ou queixa, ordena-se a citação do réu para que responda, em dez dias, por escrito, ao teor da imputação (art. 396, caput, CPP). Se o acusado o fizer em menor tempo, melhor para o acelerado trâmite do feito. Entretanto, se não o fizer nesse período, tratando-se de indisponível direito de defesa, haverá o juiz de lhe designar defensor para que ofereça a resposta escrita (art. 396-A, §2º, CPP). Quando tal medida se concretizar, por óbvio, o prazo inicial de 10 dias terá sido estendido.

Após a fase inicial de recebimento da peça acusatória e da resposta do réu, não havendo outra decisão de mérito, como, por exemplo, a absolvição sumária, deve-se designar audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 dias (art. 400, caput, CPP). Trata-se de outro prazo passível de dilação, pois dependerá da pauta de cada Vara, conforme o excessivo número de feitos em andamento. Como se apurar a razoabilidade num contexto em que existem prazos, mas eles podem ser dilatados? Depende-se, por evidente, do caso concreto. É

razoável supor que, em Vara repleta de processos, com poucos funcionários, dificilmente os 60 dias serão respeitados para a realização da audiência. Mas, não é razoável aceitar que, em Vara tranquila, com poucos feitos em andamento e quadro completo de funcionários, não se possa acatar os tais 60 dias. No primeiro caso, inexistiria constrangimento ilegal, pois a extensão do prazo de 60 dias dá-se no contexto da razoabilidade; no segundo, haveria constrangimento, podendo-se tomar medidas contra o juiz, não somente jurisdicionais, mas de caráter administrativo.⁵⁶

Vale ressaltar que a duração razoável do processo não é tarefa exclusiva do Estado, mas ônus aplicado a todos os atores processuais. Isso significa que o acusado e sua defesa também estão vinculados a este princípio, devendo empregar todos os esforços para que o processo chegue ao seu final de maneira mais rápida possível.

O grande questionamento no que tange à celeridade processual e, conseqüentemente, à duração razoável do processo está ligada às garantias processuais. Tem-se que a despeito da desejável rapidez na solução da causa, o princípio em questão não pode servir de convite à arbitrariedade com a sonegação de direitos ou desprezo de garantias fundamentais. Busca-se aqui o equilíbrio entre os interesses. Não se pode partir de uma norma protetiva, duração razoável e voltá-la contra o acusado.

Neste sentido Aury Lopes Júnior⁵⁷:

No que tange à duração razoável do processo, entendemos que a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação dos desejos de vingança. O processo deve durar um prazo razoável para necessária maturação e cognição, mas sem excessos, pois o grande prejudicado é o réu, aquele submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de pendência. O processo deve ser mais célere para evitar o sofrimento desnecessário de quem a ele está submetido. É uma inversão na ótica da aceleração: acelerar para abreviar o sofrimento do réu.

Da duração razoável do processo temos a noção de duração razoável da prisão cautelar, a qual, a despeito de não restar registrada no texto constitucional ou no Código de Processo Penal, possui natureza de princípio, eminentemente por se tratar de decorrência lógica da ideia de excepcionalidade da prisão, principalmente da cautelar.

A prisão cautelar é medida processual excepcional, decretada visando ao resguardo de um interesse, como, por exemplo, a ordem pública, nos termos do artigo 312 do Código de

⁵⁶ NUCCI, 2015, p. 462.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 33.

Processo Penal. Uma vez decretada a medida em questão ficará essencial vinculada aos motivos que lhe ensejaram, devendo ser revogada tão logo desapareçam.

Além disso, por força do princípio da duração razoável da prisão cautelar, sua manutenção deve estar ligada à duração do processo e não pode ultrapassar patamar lógico necessário. Não se admite prisão cautelar como substitutiva da prisão penal, como medida de “punição” individual pelo crime cometido.

O Estado de exceção por rotina afasta a duração razoável do processo e, principalmente da prisão cautelar, prorrogando de forma absolutamente desarrazoada o cerceamento da liberdade individual, traduzindo finalidade absolutamente incompatível com aquela preconizada pelo legislador.

2.4.6 Princípio da vedação das provas ilícitas

A atividade probante é a demonstração em juízo da verdade de um fato dentro de um sistema processual, trata-se do mecanismo pelo qual se insere na realidade processual a demonstração de um evento do mundo real. Neste contexto prova deve ser vista como o instrumento pelo qual o fato é levado para dentro do processo, servindo como base para a formação da convicção judicial, influenciando/determinando o resultado do processo.

Assim, o teor do provimento judicial é vinculado às provas produzidas, as quais serão analisadas livremente pelo juiz, sendo que ao final far-se-á a apresentação detalhada da operação intelectual realizada, bem como da conclusão, sempre untada às provas dos autos.

Percebe-se, portanto, que não basta, para a verificação de um processo justo, somente a existência de regras processuais claras e predefinidas, bem como a presença de um órgão julgador imparcial e idôneo; é fundamental que as evidências que embasam a decisão judicial sejam constituídas de forma lícita.

Neste sentido prevê o texto constitucional em seu artigo 5º, LVI, que “a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos”. É importante frisar que a vedação constitucional é relacionada à obtenção da prova e não somente à constituição da mesma, ou seja, provas que sejam essencialmente lícitas, como por exemplo uma confissão, serão vedadas quando obtidas de forma clandestina, mediante tortura, atendo-se ao exemplo. Denílson Feitoza⁵⁸, inspirado por Pietro Nuvolone classifica provas proibidas ou ilegais como

⁵⁸ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 720.

gênero do qual prova ilícita, aquela obtida com violação de regras de direito material, e prova ilegítima, angariada com transgressão a normas de direito processual, são espécies.

No que tange às provas ilegítimas, o estudo das nulidades processuais trata delas, decretando sua ineficácia quando necessário. Por outro lado, no que tange às provas ilícitas aplica-se a previsão constitucional, proibindo-se que sejam integradas ao processo e, quando nele inseridas, deverão ser desentranhadas, nos termos do artigo 157 do CPP.

Serão também consideradas ilícitas as provas embora lícitas que derivem de provas ilícitas, nos termos do artigo 157, §1º do CP, com exceção daquelas oriundas de fonte independente, cuja contaminação esteja expurgada ou, por fim, as que a sua descoberta, seguindo os trâmites procedimentais normais, seria inevitável.

Trata-se de teorias oriundas dos Estados Unidos da América⁵⁹ que em situações peculiares visavam afastar a ilicitude por derivação preservando a prova constituída e permitindo seu uso processual. Nesses casos tem-se que a ilicitude que atinge a prova não é suficiente para gerar sua invalidade, trata-se da aplicação concreta do princípio da proporcionalidade e razoabilidade. O STF, inclusive, segue instrução harmônica neste sentido, como por exemplo no julgamento do agravo regimental no habeas corpus 156157/PR:

As provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando reconduzidas aos autos de forma indireta, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes, ou ainda, que também decorrem de outras fontes, além da própria prova ilícita [...].⁶⁰

A vedação à prova ilícita é uma consequência natural do Estado Democrático de Direito, obrigando o Estado acusação a não só provar o fato imputado como também prescrevendo um dever de respeitar a legalidade na constituição da prova. Não pode o Estado, sob a escusa de fazer justiça, tornar-se aquilo que busca combater; o respeito à legalidade e a licitude da prova devem ser integrais sob pena de abuso. O Estado de exceção se aproveita da prova ilícita para simular legalidade.

⁵⁹ A teoria da fonte independente surgiu na década de 60 com o julgamento do caso *Bynum vs. USA*. A teoria da descoberta inevitável surgiu em 1984 no julgamento do caso *Nix vs. Williams*. Por fim, a teoria do nexos causal atenuado teve como base o caso *Wong Sun vs. USA* de 1963.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em habeas corpus 156157/PR**. Inteiro teor do acórdão, 19 nov. 2018a. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&dpcID=748719183>. p. 01. Acesso em: 03 jan. 2019.

3 ESTADO DE EXCEÇÃO

No presente capítulo, a partir da construção do sistema constitucional de garantias, analisada anteriormente, apresentaremos o conceito tradicional de Estado de direito, com seus contornos e regras de funcionamento, bem como seus desdobramentos.

Na sequência far-se-á a evolução histórica do Estado de exceção, adentrando na conceituação tradicional exposta por Carl Schmitt e, contemporaneamente, por Giorgio Agamben, apontando suas principais características e sua manifestação nos dias atuais, notadamente na realidade brasileira, a partir dos estudos de Pedro Serrano.

Por óbvio temos consciência que o Estado de direito pleno, seja ele social, democrático ou liberal, nunca se concretizou, configurando-se notadamente em um modelo paradigmático, um objetivo a ser perseguido e dentro do possível concretizado. As relações reais de poder sempre conservam o Estado de polícia como uma célula dormente, pronta para acordar.

Neste sentido Raúl Eugênio Zaffaroni:

Por isso, o Estado de direito histórico – i.e., o Estado de direito concreto realizado no mundo – não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia, tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obituários ao Estado de polícia, porque ele estava bem vivo dentro de todo Estado de direito. É por isso que o modelo ideal do Estado de direito, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda, que é a regra do Estado de polícia, permanentemente tentando a chegar ao Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização.⁶¹

O estudo da anormalidade é vital para a compreensão da ideia de sistema. Somente com a visão do desvio se pode atingir a noção completa da normalidade. Assim, é fundamental o estudo do Estado de exceção, principalmente como forma de coibir e prevenir o surgimento do Estado de polícia e sua evolução para o Estado absoluto, consolidando as garantias fundamentais, a soberania popular e o regime democrático como expressão do Estado de direito.

⁶¹ ZAFFARONI, Raúl Eugênio, 2001 apud SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. p. 16/17.

3.1 Soberania como elemento do Estado

Estado é uma estrutura organizacional de natureza política que objetiva a organização, tutela e direcionamento de um determinado agrupamento de pessoas em um espaço limitado. Tradicionalmente⁶² o Estado é constituído por três elementos básicos: (a) território; (b) povo e (c) governo soberano, este último objeto do nosso estudo.

Soberania, por sua vez, pode ser vista como um poder exclusivo de mando incontrastável com caráter vinculante, atingindo todos aqueles sob seu crivo. Trata-se da capacidade de produzir normas, estabelecer comportamentos, bem como de garantir seu cumprimento, fazendo uso da força quando necessário.

Os limites da soberania e sua amplitude estão umbilicalmente untados ao modelo estatal adotado. Enquanto nos Estados absolutos a soberania se apresenta de maneira quase plena, conferindo amplos poderes ao soberano, nos Estados de direito, notadamente nos democráticos, o exercício da soberania é limitado, condicionado a diversos predicados, como por exemplo os direitos humanos e o texto constitucional.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos⁶³,

Se por soberania quisermos entender um poder absolutamente irrefreado, o mais sensato é reconhecer que essa noção não é mais útil nos tempos modernos e mesmo historicamente e, o mais provável, é que ela não tenha sido a expressão de nenhuma realidade objetiva. Um poder absolutamente infrene jamais existiu a começar pela óbvia razão de que todo exercício do poder está condicionado a circunstâncias de ordem econômica, social, demográfica, até mesmo tecnológica, que não podem ser alteradas por manifestações unilaterais do poder. Na ordem externa os Estados também se limitam reciprocamente na medida em que o próprio respeito à soberania de outrem implica uma limitação do seu próprio poder. Contudo, é necessário salientar que a evolução da ordem jurídica estatal não tem feito senão restringir a margem de atuação livre e incondicionada do seu poder. Surgem, nos Estados, limitações constitucionais ao exercício do poder. O Estado constitucional é aquele que só pode atuar nos limites das competências que lhe são referidas pela Lei Maior.

Tem-se, portanto, soberania como um conceito político, conquanto elemento do conceito de Estado, mas também jurídico, mormente na submissão do soberano ao ordenamento, notadamente nos Estados de direito. Aqui se vislumbra o ponto crucial de nossa

⁶² Conceito adotado por José Francisco Rezek em *Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007 e por Sahid Maluf em *Teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

análise, já que o poder (soberania) é a fonte do direito, criando o direito quando não existir ordenamento ou afastando o ordenamento, quando necessário.

Tanto que Carl Schmitt e Giorgio Agamben⁶⁴ conceituam soberania como o poder de decidir sobre o Estado de exceção, ou seja, será considerado soberano aquele que puder afastar o ordenamento em razão de situação de necessidade. Assim, somente com a conceituação de Estado de exceção ter-se-á a noção da amplitude da soberania.

3.2 Conceito de Estado de direito e sua evolução

Almejando a contextualização do Estado de exceção, busca-se a delimitação do Estado Democrático de Direito através da apresentação da evolução do conceito de Estado. Na nossa concepção, somente com a apresentação da normalidade pode-se realizar um estudo abrangente da exceção, aqui então a importância deste estudo.

A evolução conceitual aqui abordada representa uma divisão doutrinária voltada à facilitação do estudo do tema. A realidade não comporta tal segmentação. Na prática os Estados independentes alternam entre os modelos de “Estado” de forma complexa, notadamente adaptando-se aos momentos sociais, históricos e sociais vividos.

3.2.1 Evolução histórica do conceito de Estado

O ser humano no decorrer da sua evolução, passou a viver em sociedade, abrindo mão de parcela da sua liberdade em troca de segurança, tanto física quanto jurídica, passando a conviver em agrupamentos sob a égide de um soberano, responsável pela manutenção dos interesses fundamentais. Assim, da somatória unidade territorial, povo e soberania, nascia o conceito inicial de Estado moderno.

Hobbes, notadamente em sua obra, *O Leviatã*, expõe a ideia da criação de um pacto social como único meio hábil a combater o chamado “Estado de Natureza”, no qual o ser humano se encontra efetivamente livre, limitado por sua própria vontade (moral). Essa condição gera o que o autor costuma chamar de “guerra de todos contra todos” tornando a existência e sobrevivência tarefa árdua.

Conforme Thomas Hobbes:

⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 88.

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens. Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, mas naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida.

[...]

Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça.⁶⁵

Nesta realidade de insegurança e temor os homens entendem por bem formular um pacto social reunindo-se em sociedade, delegando parcela de sua liberdade e direitos para um governo organizado representado por um soberano que se encarrega, através do aparato do recém-criado “Estado”, de promover a paz social e a segurança coletiva.

Sobre o tema, notadamente na concepção de Estado como produto da vontade humana, Maluf:

Essa concepção voluntarista do Estado foi desenvolvida de maneira mais humana e mais racional por Locke, precursor do liberalismo na Inglaterra, o qual limitava o poder de governo ao controle das relações externas do homem no meio social. Os homens não delegaram ao órgão diretivo da sociedade todos os seus direitos, mas somente aqueles necessários à manutenção da paz e da segurança de todos. O poder público é instituído por um pacto voluntário, artificial, porém de fundo utilitário, com o objetivo precípua do bem comum. Ao Estado cabe regulamentar as condições externas da vida em sociedade e, ao mesmo tempo, respeitar e garantir aqueles direitos fundamentais da pessoa humana, que lhe são anteriores e superiores. Nestes termos, deu Locke o necessário respaldo de humanismo e liberalismo à doutrina contratualista. Dada a conservação, pelos pactuantes, dos seus direitos naturais e, conseqüentemente, do seu poder originário de deliberação, assiste-lhes a qualquer momento o direito de insurreição, isto é, de mudar a forma ou a composição do governo que se houver desviado da sua finalidade, que é a de promover a paz, a segurança e o bem-estar da sociedade.⁶⁶

Neste modelo inicial o soberano era o detentor do poder e a ele cabia seu exercício de forma absoluta, normalmente sob a justificação divina, sendo que o excesso de poder e a ausência de mecanismos de controle tornaram esse modelo inicial de Estado em um modelo autoritário e arbitrário, sendo que até mesmo as leis se curvavam frente ao poder do soberano, gerando insatisfação na população.

⁶⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosita D’Angina. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 94.

⁶⁶ MALUF, 2017, p. 101/102.

O Estado absolutista assentava-se, inicialmente, na concepção divina da soberania, com fortes influências assírias e hebraicas, com sua figura tida como sagrada e perpétua atuando sempre como representante da vontade de Deus. Nesta ótica havia grande concentração de poderes e restrição às garantias e liberdades individuais.

Nas palavras de Pedro Estevam Alves Pinto Serrano⁶⁷, notadamente acerca das características do Estado absolutista:

O Estado absolutista, também denominado Estado de polícia ou Estado autocrático, apresentava algumas características relevantes: 1) o poder era exercido de forma autônoma (autocracia), ou seja, o poder do governante não se submetia à lei, mas apenas à sua própria vontade, daí porque o poder do governante era ilimitado, caracterizando-se a figura do rei como a personificação do próprio Estado; 2) em geral, os Estados absolutistas tinham um fundamento religioso, a figura do rei era divina, verdadeiro representante de Deus na terra; 3) as funções de Estado eram centralizadas numa só pessoa: o rei legislava, administrava e julgava; 4) este modelo de Estado era irresponsável no que tange aos danos que ocasionava às pessoas (famosa ideia de que “o rei não erra”); 5) as pessoas só possuíam obrigações perante o Estado, sem terem direito algum oponível a ele, ou seja, havia apenas uma relação de servidão entre as pessoas e o Estado, e não uma relação de cidadania.

Este cenário de abuso e excesso de poder passou a ser contestado pela burguesia que inspirada nos ideais liberais enfrentou o poder absoluto, exigindo maior participação no sistema político com limitação do poder soberano e reconhecimento e preservação das liberdades individuais.

Neste sentido os poderes do soberano foram objeto de restrição, primeiramente na origem, marcada pela participação do cidadão, que através do voto passa a escolher seu representante e, pela criação de mecanismos jurídicos específicos, consolidados na Constituição, a qual figura não como peça de papel, mas como documento jurídico limitador, apresentando cláusulas de restrição do exercício do poder e sua vinculação com a finalidade pública na sua visão primária.

A importância do texto constitucional na configuração do chamado Estado liberal de direito é sintetizada por Dimitri Nascimento Sales:

As Constituições desenham-se, neste momento, como uma necessidade imperativa de assegurar a nova estrutura das sociedades pós-revoluções. Por seu intermédio, rompia-se a prática dos reis absolutos consubstanciada nos costumes ou mesmo na vontade própria. Daí a forçosa necessidade de se produzir um documento escrito, solene e formal, vinculando o Estado à lei.

⁶⁷ SERRANO, 2016, p. 57.

A Constituição se impõe pela força que estruturou o Estado e pela necessidade de manutenção da nova ordem política. A eficácia normativa das Cartas Constitucionais resultou da própria imposição histórica da ruptura do modelo estatal, advinda com os movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII.

Da necessidade de se positivarem direitos individuais, em forma de Constituições, atrelada ao conteúdo material do Estado, revelado por meio dos ideais do pensamento liberal, tem-se configurado os elementos que formam e informam o denominado Estado Liberal de Direito.⁶⁸

A tripartição do poder soberano passa a ser uma realidade, reproduzida em todos os modelos estatais, como forma de controle contra abusos e resguardo das liberdades individuais conquistadas; aqui se vislumbra o surgimento dos chamados direitos de primeira geração. Neste modelo liberal de Estado se exigia também o reconhecimento à igualdade formal e o distanciamento do poder central da economia, marca constante do liberalismo e do futuro neoliberalismo.

Com a consolidação do Estado liberal de direito a sociedade passou a exigir uma mudança de postura. Não era mais suficiente o ideal de Estado protetor de liberdades individuais, que limitava a sua atuação de forma repressiva; quando presente alguma violação de garantias asseguradas, buscava-se um Estado atuante, que encampasse programas sociais, culturais e econômicos, passando a receber a designação de Estado social de direito, fundado na proteção e garantia dos direitos humanos e no reconhecimento da igualdade material.

O chamado Estado social de direito consagra o princípio da igualdade material, reconhecendo a diferença entre as pessoas, conclamando o Estado ao tratamento diferenciado, na medida de suas necessidades. Este modelo estatal busca uma atuação efetiva em busca do desenvolvimento, não mais única e exclusivamente do crescimento; trata-se de uma forma de buscar a justiça social.

Temos nesse momento o surgimento dos chamados direitos de segunda geração, exigindo do Estado uma atuação voltada à melhoria da condição de vida dos cidadãos com uma postura positiva, dirigente, ativista com políticas governamentais sérias.

A grande crítica ao Estado social de direito residia na incapacidade desse modelo em garantir a justiça social e a efetiva participação democrática da população no processo político. Assim surge a ideia do Estado Democrático de Direito, vinculado à origem popular do poder e a prevalência da legalidade.

⁶⁸ SALES, Dimitri Nascimento. **Avançar no Estado democrático de direito**: a participação política na democracia brasileira. 2007. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 18.

3.2.2 Estado Democrático de Direito

O Estado de direito⁶⁹ pode ser definido como um governo de leis e não de homens, representando a submissão de todos os membros da sociedade ao texto legal, inclusive o soberano, que terá no regramento jurídico a validade de sua atuação, mas também suas limitações, estando a ela vinculado.

No Estado Democrático de Direito busca-se a consagração da soberania popular, como único modelo válido, afastando-se aqui qualquer espécie de regime totalitário, bem como o respeito à legalidade, fundado na obediência à lei, notadamente à constituição, passando o Estado a tutelar também os direitos transindividuais, consagrando os chamados direitos de terceira geração.

Sobre o tema, Rafael Silva Izaias⁷⁰:

O Estado Democrático de Direito é marcado não só pela existência de relações entre o sistema político e o sistema jurídico, mas pela existência de um tipo específico de relação. O sistema político institucionaliza o código jurídico (lícito-ilícito) como código secundário, ou seja, a diferença entre lícito e ilícito passa a estruturar e orientar a utilização do poder (nesse sentido, o Estado de Direito também pode ser definido como relevância da diferença lícito-ilícito para o sistema político). Ao mesmo tempo, o sistema político disponibiliza o poder para a estruturação organizacional dos tribunais, e continua detendo a prerrogativa da promulgação de leis.

O Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como um modelo de circularidade procedimental. Ao mesmo tempo em que o sistema jurídico se submete à legislação politicamente estatuída, o sistema político se submete ao direito administrado pelos tribunais. Essa circularidade procedimental é estabelecida pela Constituição, que representa um elemento comum à política e ao direito ou, na terminologia da teoria dos sistemas, um acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico.

A inserção do elemento democrático, no conceito de Estado, advém de dois fatores: primeiramente o medo do totalitarismo causado pelas ditaduras, notadamente em países como

⁶⁹ A expressão “governo de leis e não de homens” foi consagrada no artigo 30 da Declaração de Direito de Massachussets, de 1780: “In the government of this Commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws not of men.”

⁷⁰ IZAIAS, Rafael Silva. **A legitimação do Estado democrático de direito na modernidade periférica**: uma observação a partir do caso brasileiro. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 18/19.

Brasil, Portugal e Espanha e, em segundo lugar, as persistentes desigualdades sociais não sanadas pelos Estados liberal e social de direito.

Neste sentido Jorge Galvão em sua tese de doutorado:

[...] tanto o Estado liberal de direito como o Estado Social de Direito falharam na tentativa de construir uma real democracia em virtude das desigualdades econômicas geradas pelo regime econômico capitalista. Enquanto a igualdade formal do Estado liberal teria sido a causa da miséria de grande parte da população, as benesses concedidas pelo Estado de bem-estar Social não foram suficientes para dirimir as desigualdades materiais entre os cidadãos. A transferência de renda por meio de programas sociais não teria alterado a configuração de poder na sociedade, que continuava nas mãos dos detentores dos fatores de produção. Assim, uma verdadeira democracia dependeria de uma efetiva participação paritária no exercício do poder, o que somente seria possível por meio de igualdade de condições socioeconômicas somente alcançável no modelo socialista.⁷¹

O Brasil expressamente, no artigo 1º da Constituição Federal, faz a opção pelo Estado Democrático de Direito: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” alçando: “a) soberania, b) cidadania; c) dignidade da pessoa humana; d) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e e) pluralismo político” à condição de fundamento.

Percebe-se, portanto, a consolidação da busca pela igualdade material e justiça social no próprio texto constitucional, sendo que os direitos individuais foram consolidados no artigo 5º e os direitos sociais no artigo 6º, ambos da Constituição Federal, indicando um compromisso com o desenvolvimento.

O Estado Democrático de Direito representa, portanto, a adoção de um projeto emancipatório, de ruptura do *status quo*, com feições populares, demandando que a produção legislativa e, conseqüentemente, a interpretação das normas, busque a igualdade, inserção social e bem-estar comum, em moldes semelhantes ao preconizado por José Joaquim Gomes Canotilho em sua chamada Constituição dirigente.

Com essa concepção as normas podem perder sua força natural, passando a ser condição de validade do texto legal a adequação ao projeto político democrático, abandonando-se o apego

⁷¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 137.

à forma e à norma, prezando-se a ideia de Direito como instrumento de transformação social, nos termos da “melhor” interpretação.

De acordo com Jorge Galvão:

A disseminação dessas ideias em nossa cultura jurídica reforçou o desprestígio das normas jurídicas, que somente deveriam ser consideradas válidas e exigíveis se condizentes com o projeto político em andamento. Na visão de Canotilho e Elías Dias, as diretrizes constitucionais ganhariam força jurídica vinculante, obrigando todos os poderes constituídos. Cabe ressaltar novamente que se tratava de projetos que indicavam o único caminho político a ser adotado pelo Estado, que era o socialismo.

O efeito colateral dessa postura interpretativa de cunho paternalista – pois vinculada a resultados substantivos – foi a explosão de litigiosidade e proeminência do Poder Judiciário, na medida em que cumpriria a esse órgão estatal, em sua função de dizer o direito válido, a concretização dessa metanarrativa constitucional, ainda que no seu afazer diário fosse necessário suprir a omissão estatal no cumprimento de promessas civilizatórias contidas na Carta Magna, para utilizar a expressão de Daniel Sarmento. Em razão dessa incredulidade com relação aos poderes Legislativo e Executivo, as esperanças restaram todas depositadas no Poder Judiciário, que se tornou responsável pela efetividade da Lei Fundamental.⁷²

A grande consequência dessa concepção é a insegurança jurídica, na qual o texto normativo se vê esvaziado em detrimento do projeto, projeto este que é objeto de interpretação por parte do judiciário, abrindo espaço para o subjetivismo. O problema se torna grave quando o judiciário assume funções que não lhe são típicas, passando a substituir o legislador na produção do direito.

Entendemos possível a consagração do modelo de Estado Democrático de Direito sem o enfraquecimento da segurança jurídica, desde que o sistema seja marcado pela previsibilidade e estabilidade da ação estatal, bem como o estrito respeito ao texto constitucional, como manifestação da vontade do povo.

Conforme Rafael Ramires Araújo Valim⁷³,

Sob um olhar mais atento, resulta claro que a categoria histórico-jurídica do Estado de Direito constitui, em verdade, a concretização de um projeto ideológico que teve em mira assegurar liberdade e, sobretudo, segurança aos indivíduos mediante a demarcação dos limites entre o poder e a prepotência, a discricionariedade e a arbitrariedade. Sublinhe-se ainda que o acréscimo de novos elementos a esse modelo, encartado pela Constituição Mexicana de

⁷² GALVÃO, 2012. p. 138/139.

⁷³ VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 26.

1917, seguida pela Constituição de Weimar – e do Constitucionalismo Democrático – encarnado na Lei Fundamental de Bonn -, não alteram suas características iniciais e muito menos, como sustentam alguns, seriam incompatíveis com a segurança jurídica. Bem ao contrário, quanto mais o Estado intervém no domínio social, tanto maior será a exigência de segurança jurídica em favor aos cidadãos ante a necessidade de previsibilidade e estabilidade de ação estatal.

Assim, o Estado Democrático de Direito deve perseguir um objetivo maior, sempre adequado a um evolutivo projeto em prol do povo, de cunho democrático, com defesa das liberdades individuais e interesses transindividuais; contudo, sem afastar-se das regras e primados inscritos na Constituição Federal, pautada na segurança jurídica e justiça, o chamado “projeto emancipatório” não pode servir de escusa para o afastamento de direitos e garantias.

No campo penal e processual penal tal afirmação adquire maior relevância, por se tratar da esfera do direito mais invasiva; sua atuação sempre deve ser pautada na previsibilidade e na proteção individual, nos termos da Constituição Federal.

O Estado de exceção atua nessa situação, afastando a vigência do ordenamento, inaugurando uma nova realidade na qual o soberano se torna a expressão da legalidade, representando a negativa do Estado Democrático de Direito e grave ofensa à segurança jurídica, conforme apresentaremos na sequência.

3.3 Segurança jurídica

Segurança jurídica pode ser vista como elemento essencial do direito, tal qual justiça, sendo certo que a ideia de segurança se confunde, quando de seu estudo, com a própria missão do direito. Quando falta a segurança jurídica estaremos diante do arbítrio, da negação do direito, o sistema jurídico sem segurança não pode ser tido como sistema, quando muito, como sistema *pro forma*.

Dois elementos integram a noção de segurança jurídica: a) estabilidade - o indivíduo, ao praticar determinada conduta, sabe qual norma será aplicável, em todos os aspectos: conteúdo, vigência e projeção temporal, e b) previsibilidade – as normas de direito respeitarão o direito adquirido e a expectativa de direito. Neste sentido Guilherme Sarri Carreira⁷⁴:

O primeiro refere-se à estabilidade. Ora, para que se tenha um mínimo de segurança jurídica é necessário que a ordem jurídica seja estável, ou seja, deve

⁷⁴ CARREIA, Guilherme Sarri. **O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial**. 2013. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 34/35.

haver um mínimo de continuidade. Esta continuidade deve se dar tanto na órbita legislativa como na esfera judicial, evitando o já repudiado “caos legislativo”, assim como a chamada jurisprudência “zigue-zague”.

Trata-se, conforme percebemos, de um elemento de natureza objetiva, que, por sinal, se relaciona com outros princípios, como, v.g., o princípio da irretroatividade das leis e proibição de ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

O segundo elemento essencial para a compreensão da segurança jurídica refere-se à previsibilidade, este já relacionado com o aspecto subjetivo do referido princípio. Ao falarmos em previsibilidade, o que pretendemos afirmar é que o cidadão deve, de antemão, conhecer as regras do jogo e confiar que serão respeitadas por todos, inclusive pelo Poder Público.

Notemos que conhecimento antecipado das regras e de suas consequências permitem que o cidadão planeje suas condutas e conduza seus negócios com segurança. O foco não é no sentido de que tudo deve ficar como está, mas possibilitar que os jurisdicionados tenham expectativas generalizáveis sobre condutas próprias e alheias.

A segurança se encontra reconhecida no texto constitucional brasileiro, primeiramente na expressão “assegurar” do preâmbulo⁷⁵, servindo como orientação guia de interpretação para as normas pátrias. Além disso, quando a Constituição Federal, em seu artigo 1º, faz menção ao Estado Democrático de Direito, infere-se a referência à segurança, por ser este elemento essencial e indissolúvel.

Por fim, mas não menos importante, segurança consta expressamente no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Percebe-se que o legislador não fez distinção do “tipo” de segurança, abrangendo aqui duas vertentes: a segurança pelo direito e a segurança do direito.

Conforme Rafael Ramires Araújo Valim, sobre o valor da diferença conceitual:

A primeira expressão, “segurança pelo direito”, é representativa da concepção clássica da segurança jurídica, segundo a qual o direito corresponderia às aspirações de ordem e paz dos indivíduos. A mera positividade das normas proporcionaria segurança às pessoas, raciocínio cuja correção não colocamos em dúvida, mas que conduz, evidentemente, à confusão entre o Direito e a segurança jurídica. Se assim entendêssemos, seria até mesmo injustificada

⁷⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (Grifo nosso).

esta investigação. Seria dizer que de todo Direito verteria segurança aos indivíduos. E ponto final.

Em verdade, a segurança jurídica de que cuidamos é a segurança do direito, que poderíamos nominar de concepção contemporânea deste princípio. Trata-se de um mecanismo autocorretor do Estado de Direito que, como foi visto na introdução deste estudo, foi vítima de seu próprio sucesso. Diante da complexidade crescente da ordem jurídica, é forçoso um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico. É justamente sob o pálio do princípio da segurança que se aglutinam tais normas.⁷⁶

Neste sentido resta comprovado que a segurança jurídica ocupa posição de destaque no ordenamento, podendo ser classificada como “sobredireito”, regulando a produção e aplicação das normas jurídicas, representando elemento essencial e vital para o Estado de direito, seja ele liberal, social ou democrático.

O Estado de exceção, quando verificado, afasta a segurança jurídica, torna as conquistas do direito frágeis, relativizando conquistas e destruindo seus elementos fundamentais. A estabilidade se vê atacada, já que o cidadão passa a temer pelo futuro, não sabe em qual lei confiar e se, quando for julgado, tal legislação será aplicada, por outro lado a previsibilidade dá lugar à imprevisibilidade, cada processo é passível de surpresa, sendo que determinada interpretação perdura até o próximo julgador.

No capítulo seguinte apresentaremos o conceito clássico de Estado de exceção, bem como a forma como ele se relaciona com o Estado de direito, notadamente com o modelo brasileiro, fazendo a necessária correlação com a segurança jurídica.

3.4 Estado de exceção

Delimitado o conceito de Estado de direito bem como suas variações em liberal, social e democrático, partiremos, neste capítulo, para o estudo do Estado de exceção propriamente dito. Buscaremos apresentar o instituto desde sua concepção, no direito romano, discutindo a dualidade das concepções preconizadas por Carl Schmidt e Giorgio Agamben, sendo que, ao final, far-se-á a contextualização com a realidade brasileira, bem como a problemática do ativismo judicial.

A primeira dificuldade referente ao estudo do Estado de exceção reside na incerteza terminológica bem como topográfica, sendo certo que alguns autores inclusive sustentam que

⁷⁶ VALIM, 2009, p. 39/40.

a questão envolvendo a exceção faz parte da teoria política e não do direito. De acordo com Pedro Estevam Alves Pinto Serrano,

A discussão acerca da teoria do Estado de exceção encontra ainda uma divisão clara entre aqueles que o inserem no ordenamento jurídico – Santi Romano, Hauriou e Mortari concebem o Estado de exceção como parte integrante do direito positivo; Hoerni, Ranelltei e Rossier entendem o Estado de exceção como um direito natural do Estado à sua própria conservação – e aqueles que o consideram um fenômeno extrajurídico, pertencente à política, dentre os quais Biscaretti, Belladore-Pallieri e Carré de Malberg.⁷⁷

Sobre essa controvérsia nos filiamos à posição defendida por Giorgio Agamben; entendemos o Estado de exceção como um instituto plural, consubstanciado numa zona de indeterminação na qual as ideias de dentro e fora do direito coexistem, representando uma questão com relevância jurídica, com origem e fundamento jurídicos, neste sentido, objeto de estudo do Direito:

A simples oposição topográfica (dentro/fora) implícita nessas teorias parece insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar. Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei, como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna? Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. Onde o interesse das teorias que, como a de Schmitt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em questão o próprio limite do ordenamento jurídico. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou sua deslocalização). Como veremos, o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o locus que lhe cabe.⁷⁸

No que tange à terminologia, conforme lições de Rafael Ramires Araújo Valim⁷⁹, o Estado de exceção é encarado por diversas esferas do saber. Para a teoria geral do direito, o

⁷⁷ SERRANO, 2016, p. 36.

⁷⁸ AGAMBEN, 2004, p. 39.

⁷⁹ VALIM, Rafael Ramires Araújo. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2017.

fenômeno é estudado também pela alcunha “derrotabilidade normativa”, consubstanciada no desacordo entre a finalidade da norma e sua aplicação no caso prático. No plano dogmático-jurídico, notadamente na seara constitucional, são os chamados mecanismos de controle de instabilidade institucional, no Brasil, o Estado de defesa e de sítio.

Ainda nesta análise, sociologicamente a expressão diz respeito aos Estados que se designam de direito; contudo inauguram regimes de terror. No que tange à compreensão da teoria política o instituto em tela está associado com a migração do controle político da sociedade para formas alternativas de controle, abrangendo aqui, inclusive, o emprego de violência. Por fim, a concepção filosófica do Estado de exceção é aquela professada por Carl Schmitt, na qual o Estado de exceção é a suspensão do ordenamento, fruto da decisão do soberano.

Para o nosso estudo não nos damos por satisfeitos com a concepção dogmático-jurídica; tal visão não traduz a realidade, a profundidade do instituto, limitando-o a uma forma de cerceamento constitucional de liberdades. Trataremos do Estado de exceção como anomia, abordando a suspensão do ordenamento jurídico, total ou parcial, perpetrada de forma sistemática pelos poderes constituídos, sobre o qual nos debruçaremos nos tópicos que seguem.

3.4.1 Origem do Estado de exceção, o *iustitium* romano

O estudo do Estado de exceção busca uma origem jurídica para o instituto. Compartilhamos da visão de Giorgio Agamben, que através de uma análise histórica reconhece no *iustitium*, do direito romano, traços embrionários do que se entende, modernamente, por Estado de exceção.

O *iustitium* corresponde a uma versão embrionária do Estado de exceção, fundado na necessidade de proteção e continuidade do Estado. Neste cenário de possível ruína estatal o soberano/cônsul ou o Senado, este último mediante aprovação do magistrado, através de ato formal suspendiam a normalidade.

Neste sentido Giorgio Agamben apresenta o que configurava o *iustitium*:

Quando tinha notícia de alguma situação que punha em perigo a República, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia aos cônsules (ou a seus substitutos em Roma, *interrex* ou pró-cônsules) e, em alguns casos, também aos pretores e aos tribunos da plebe e, no limite, a cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado (*rem publicam defendant, operanque dente ne quid respublica detrimenti capiat*). Esse *senatus-consulto* tinha por base um

decreto que declarava o *tumultus* (isto é, a situação de emergência em Roma, provocada por uma guerra externa, uma insurreição ou uma guerra civil) e dava lugar, habitualmente, à proclamação de um *iustitium* (*iustitium edicere* ou *indicere*).⁸⁰

A tradução literal do termo *iustitium* significa interrupção, parada, do direito, ou seja, designava o momento ou período no qual as regras jurídicas deveriam ser suspensas para que um problema grave, que ameaça a própria existência do Estado, e, conseqüentemente, do direito, fosse solucionado.

Para a inauguração desse Estado excepcional de vazio normativo era fundamental a conjugação de dois elementos essenciais. Primeiramente a situação de grave emergência, normalmente uma guerra externa, mas abrangendo aqui episódios de desordem e agitação. O segundo elemento, esse absolutamente jurídico, consiste na autorização do Senado romano, ou decisão do soberano, para a adoção do *iustitium*, sendo que a autoridade que o declarava conservava em suas mãos o poder de cancelar.

Theodor Mommsen inclusive traça um paralelo entre a legítima defesa e o *iustitium*, deixando patente que ambos, a despeito de sua vinculação com a necessidade prática, pertencem ao universo jurídico.

Como naqueles casos urgentes, em que falta a proteção da comunidade, todo cidadão adquire um direito de legítima defesa, assim também existe um direito de legítima defesa para o Estado e para cada cidadão enquanto tal, quando a comunidade está em perigo e a função do magistrado vem a faltar. Embora se situe, em certo sentido, fora do direito [ausserhalb des Rechts], é necessário, contudo, tornar compreensível a essência e a aplicação desse direito de legítima defesa [Notwehrrecht], pelo menos na medida em que é suscetível de uma exposição teórica.⁸¹

Com a decretação do *iustitium* o foco da sociedade passa a ser debelar a situação de crise. Neste cenário o legislativo deixa de realizar suas reuniões, os tribunais param de funcionar, os comércios não abrem e o direito, como sistema de deveres e direitos, é posto de lado, as obrigações decorrentes da lei são afastadas, sempre com o estrito objetivo de superar a situação de crise.⁸²

⁸⁰ AGAMBEN, 2004, p. 67.

⁸¹ MOMMSEN, Theodor, 1969 apud AGAMBEN, op. cit., p. 69.

⁸² GOLDEN, Gregory K. **Crisis management during the Roman Republic: the role of political institutions in emergencies**. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 89.

No cenário romano não se confunde Estado de exceção com ditadura. Nesta última há a inauguração de uma nova ordem, inclusive com a nomeação de novos magistrados. No *iustitium* o fenômeno suspende o ordenamento, mas em momento algum inaugura uma nova ordem; ao contrário, deixa um vácuo legislativo, tanto que Theodor Mommsen se refere a ele como “quase ditadura”, frisando que o emprego da terminologia ditadura não se mostra adequado.

A grande celeuma envolvendo o *iustitium*, e qualquer instituto que envolva a suspensão do direito, diz respeito às consequências dos atos perpetrados durante sua vigência. Por óbvio não se pode falar em ilicitude, pois com o sistema jurídico suspenso não há que se falar em transgressão à norma, gerando uma situação de indefinição.

Novamente nos socorremos de Giorgio Agamben, do qual partilhamos a noção sobre Estado de exceção:

É a indefinibilidade a esse não lugar que corresponde a ideia de uma força de lei. É como se a suspensão da lei liberasse uma força ou um elemento místico, uma espécie de mana jurídico (a expressão é usada por Wagenvoort para definir *auctoritatis* romana [Wagenvoort, 1947, p. 106]), de que tanto o poder quanto seus adversários, tanto o poder constituído quanto o poder constituinte tentam apropriar-se. A força de lei separada da lei, o *imperium* flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a ideia de uma espécie de “grau zero” da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropriar-se do estado de exceção ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele. Que – a exemplo dos conceitos de mana ou de *sacer* na antropologia e na ciência das religiões, nos séculos XIX e XX – essas categorias sejam, na verdade, mitologemas científicos, não significa que não seja possível e útil analisar o papel que elas desempenham na longa batalha iniciada pelo direito a respeito da anomia. De fato, é possível que o que está em questão não seja nada menos que a definição do que Schmitt chama de “político”. A tarefa essencial de uma teoria não é apenas esclarecer a natureza jurídica ou não do estado de exceção, mas, principalmente, definir o sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito.⁸³

Assim vemos no *iustitium* os contornos que moldam a teoria do Estado de exceção moderno, notadamente a questão da chamada anomia, de suspensão mesmo que parcial do ordenamento em determinada situação. O contexto histórico no qual estava inserido, notadamente sua feição como medida para salvaguardo do Estado, na concepção moderna é substituída por objetivos “menos nobres”, notadamente a reafirmação da estrutura de poder ou a perseguição de inimigos eleitos pelo Estado, os quais serão estudados no decorrer do presente trabalho.

⁸³ AGAMBEN, 2004, p. 79/80.

3.4.2 Evolução teórica do Estado de exceção, de Schmitt para Agamben

No presente capítulo temos o objetivo de traçar um paralelo entre os estudos realizados por Carl Schmitt e Giorgio Agamben acerca do Estado de exceção até chegarmos à concepção moderna do instituto, com seus contornos atuais.

As concepções de Estado de exceção estão umbilicalmente ligadas às construções filosóficas de democracia e, conseqüentemente, de Estado de direito. Neste aspecto Schmitt guiava sua ideia de democracia na identidade do povo e sua igualdade substancial, ou seja, quanto mais unido um povo, maior será a soberania popular.

Por outro lado, Schmitt tecia fortes críticas ao sistema de democracia representativa, vislumbrando-a como uma forma falsa de representar a soberania popular, ou democracia representativa. O processo eleitoral, na visão do autor, não contemplaria, realmente, efetiva liberdade de escolha; ao contrário, representa uma forma de manipulação autoritária na qual aqueles providos de recurso ou visibilidade serão sempre eleitos em detrimento dos demais e, uma vez eleitos, sua gestão terá como prioridade aqueles que financiaram a eleição e não o interesse público primário.⁸⁴

Assim, a escolha de Schmitt era por sistemas de governo nos quais estivesse presente um forte vínculo entre o representante e seu povo, traçando um paralelo com a ideia de unidade familiar. Neste modelo democrático “schmittiano”, não se fala em eleição e sim aclamação, respeitando plenamente o vínculo entre soberano e povo.

Nesta ótica o Estado de exceção de Carl Schmitt é aquele instaurado pelo soberano, consubstanciado na suspensão da ordem jurídica para preservação do próprio Estado. O conceito apresentado é cíclico, já que o Estado de exceção de Schmitt encontra sua validade na soberania e a soberania sua justificativa no Estado de exceção.

A esses elementos insere-se a decisão, único meio válido, pela teoria de Schmitt, para inaugurar o Estado de exceção. A decisão representa a opção do soberano não limitada pela ordem jurídica. As normas, por representarem comando geral e abstrato, não poderiam conceber as situações de exceção; contudo, não se trata de algo fora do direito uma vez que tanto a decisão quanto a norma estão previstas no corpo jurídico.

Nas palavras de Pedro Estevam Serrano:

O fato de estado de exceção ser adequado, em sentido eminente, para a definição jurídica de soberania, possui um motivo sistemático, lógico-jurídico.

⁸⁴ SERRANO, 2016, p. 48.

A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar de forma completa, a decisão de que um caso real [seja] excepcional.⁸⁵

Assim, a decisão política é que dá fundamento ao Estado e ao direito, bem como ao Estado de exceção, sendo que para Carl Schmitt o Estado, como unidade política, existe antes e independente do direito; portanto, a ideia de Estado de exceção se funda na manutenção do Estado mesmo que para isso o direito tenha que perecer.

Sobre o tema Pedro Estevam Alves Pinto Serrano⁸⁶,

Essa antecedência e prevalência deveriam se verificar exatamente em situações de emergência pública, de grave desordem, de ameaça à sobrevivência do Estado. Nessas hipóteses de exceção, o direito deveria ser afastado em favor da ordem e do Estado, sendo preferível o sacrifício do direito que o da ordem e o do Estado.

O Estado de exceção de Schmitt é o reconhecimento do absoluto descompasso entre a norma e a realidade, sendo que a necessidade de preservação do Estado acaba por exigir a suspensão do ordenamento, gerando uma zona de anomia, sendo que a decisão política encarregar-se-á da normatização do real, identificando amigos e inimigos, fazendo valer uma espécie de legitimidade sem lei.

Explicando o tema Carl Schmitt⁸⁷ faz interessante analogia entre o regime jurídico e o Estado de exceção e o milagre e a teologia:

O estado de exceção tem um significado análogo para a jurisprudência, como o milagre para a teologia. Somente com a consciência de tal posição análoga pode ser reconhecido o desenvolvimento tomado pelas ideias filosófico-estatais nos últimos séculos, pois, a ideia do Estado de Direito moderno ocupa-se com o deísmo, com uma teologia metafísica que repele o milagre do mundo e recusa o rompimento das leis naturais contido no conceito de milagre, o qual institui uma exceção, através de uma intervenção direta, assim como a intervenção direta do soberano na ordem jurídica vigente. O racionalismo do Iluminismo repudiava o caso excepcional em toda forma. A convicção teísta dos escritores conservadores da contrarrevolução pode, portanto, tentar fundamentar, ideologicamente, com analogias de uma teologia teísta, a soberania pessoal do monarca.

⁸⁵ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk; coordenador e supervisor: Luiz Moreira. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

⁸⁶ SERRANO, 2016, p. 56.

⁸⁷ SCHMITT, op. cit., p. 35.

Em suma, Carl Schmitt vislumbra o direito como um instrumento apto a regulamentar a normalidade da vida. A exceção se mostra como essencial para regulamentar a urgência, o caos, permitindo que, a despeito da ordem jurídica, o Estado perdure. Trata-se, basicamente, de um instrumento de soberania pura.

Giorgio Agamben, por sua vez, concorda parcialmente com o conceito de Schmitt, situando o soberano (e a exceção) em uma posição paradoxal, ao mesmo tempo dentro e fora do direito, ou seja, o soberano é aquele, através da decisão, que suspende a ordem jurídica, mas é a própria ordem jurídica que dá ao soberano o poder de suspendê-la.

O ponto de ruptura dos dois filósofos está na justificação de Schmitt, que aproxima sua concepção de Estado de exceção da ditadura, ou seja, um Estado de plenos poderes, ao contrário do Agamben que vislumbra o Estado de exceção como um vazio jurídico.

O próprio autor, expressamente, reconhece a limitação do conceito de Schmitt:

O fato de haver confundido estado de exceção e ditadura é o limite que impediu Schmitt, 1921, bem como Rossiter e Fredrich depois da Segunda Guerra Mundial, de resolverem as aporias do estado de exceção. Em ambos os casos, o era interessado, dado que, com certeza, era mais fácil justificar juridicamente o estado de exceção inscrevendo-o na tradição prestigiosa da ditadura romana do que restituindo-o ao seu autêntico, porém mais obscuro, paradigma genealógico no direito romano: o *iustitium*. Nessa perspectiva, o estado de exceção não se define, segundo o modelo ditatorial, como uma plenitude de poderes, um estado pleromático do direito, mas, sim, como um estado kenomático, um vazio e uma interrupção do direito.⁸⁸

As concepções diferentes são compreensivas. Schmitt defende um modelo autocrático, centrado na figura do soberano aclamado pela população. Nesta ótica os poderes dele, quando do Estado de exceção, seriam plenos, uma vez que ele representa a vontade do povo. Agamben, por sua vez, parte de uma concepção democrática, acreditando em um sistema baseado nos freios e contrapesos, refutando a ideia de qualquer autoridade com plenitude de poderes. Daí sua concepção de vazio jurídico, o qual justificaria qualquer medida a ser adotada pelos poderes constituídos.

Neste sentido vale consignar a conclusão de Giorgio Agamben sobre o tema:

O estado de exceção não é uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado – estão desativadas. Portanto, são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o

⁸⁸ AGAMBEN, 2004, p. 75.

que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os “plenos poderes”). Mas igualmente falaciosas são as doutrinas que, como a de Schmitt, tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão. O estado de necessidade não é um “estado de direito”, um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito).

Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia. Por um lado, o vazio jurídico de que se trata no estado de exceção parece absolutamente impensável pelo direito; por outro lado, esse impensável se reveste, para a ordem jurídica, de uma relevância estratégica decisiva e que, de modo algum, se pode deixar escapar.⁸⁹

Assim Agamben vislumbra o Estado de exceção como uma perfeita zona de anomia, na qual o ordenamento se encontra suspenso e as situações por ele reguladas perdem a referência normativa para se adequarem à situação que motivou a exceção. Não se trata da concessão de uma carta branca ao soberano, como ocorre em Schmitt, trata-se de uma ausência normativa que concede às decisões tomadas a força de lei.

3.4.3 Estado de exceção x Estado de sítio/defesa

A delimitação do Estado de exceção, conforme aponta Giorgio Agamben, parte da tradição alemã, notadamente no estudo realizado por Carl Schmitt, sendo certo que as escolas italianas e francesas não se ocupam deste estudo, as quais se ocupam dos chamados decretos de urgência e estado de sítio; já as doutrinas anglo-saxônicas adotam a terminologia *martial law* e *emergency powers*.

Segundo Giorgio Agamben⁹⁰:

Se, como se sugeriu, a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras. Nesse sentido, a escolha da expressão “estado de exceção” implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de “estado de sítio” e de “lei marcial” se revelam, entretanto,

⁸⁹ AGAMBEN, 2004, p. 78/79.

⁹⁰ Ibidem, p. 15.

inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos “político” ou “fictício”, também um tanto equívocos. O estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito limite.

O Estado de exceção não se confunde com os chamados “direitos de guerra⁹¹”, não se trata de um direito especial, aplicável a determinadas situações, ao contrário, representa a suspensão do próprio direito.

Também não se confunde com os decretos de urgência, entre eles o estado de sítio de defesa. Nesses casos estamos diante de previsões constitucionais que ampliam os poderes estatais e restringem algumas liberdades individuais no sentido de debelar grave crise institucional ou calamidades de grandes proporções.

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano⁹² delimita a diferenciação, afirmando existirem dois tipos de Estado de exceção: um aparente, usado de maneira excepcional e o real, consubstanciado na submissão do jurídico ao político.

Há um tipo de exceção meramente aparente, estabelecida de forma autorizada e regulada pelo direito, em que a suspensão de direitos se concretiza em uma forma de “direito especial”, próprio a ser aplicado em situações de guerra ou grave conflito interno. Essa modalidade verifica-se no Estado de necessidade alemão, nos decretos de urgência e Estado de sítio italianos e franceses, nas leis marciais e poderes de emergência da doutrina anglo-saxônica e também no Estado de defesa e de sítio dos arts. 136 a 141 da Constituição Federal brasileira de 1988.

E há o segundo tipo, que é a exceção verdadeira ou real, em que por vontade política soberana, decisionista, suspende-se o direito, implicando a submissão do jurídico ao político, sem qualquer racionalidade transversal entre essas dimensões da vida social. Esta é a exceção da qual nos ocupamos no presente estudo.

Nessa concepção de exceção, a lógica do lícito-ilícito, própria do direito, é superada pela lógica do poder própria da política, mesmo dentro de um tribunal. Nesse caso, na jurisdição, o poder político da toga supera faticamente a força da lei.

Esse tipo de exceção se caracteriza ainda pela simplificação da decisão a si mesma, sem qualquer mediação real pelo direito, por uma provisoriedade inerente, já que não se trata de extinguir o direito, mas de suspendê-lo em situações específicas, e por seu fim eminentemente político-soberano, em que o poder se apresenta de forma bruta. Nesse último aspecto, a decisão judicial de real exceção não produz “jurisprudência” para situações semelhantes juridicamente, mas diferentes politicamente. Mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção.

⁹¹ Aqui entendemos “direito de guerra” como o segmento do direito que a despeito de válido e vigente só será eficaz em situação de guerra, como por exemplo o livro II da parte especial do Código Penal Militar brasileiro.

⁹² SERRANO, 2016, p. 34/35.

Assim, a despeito da excepcionalidade destes instrumentos ainda estamos lidando com a plena vigência do ordenamento, sendo certo que quaisquer atos praticados durante esses decretos de urgência são passíveis de análise por parte do judiciário. No estado de exceção o judiciário se furta da análise das questões, em razão da suspensão da ordem, isso quando o próprio Poder Judiciário não é fonte da exceção.

Neste sentido Alex Pereira Leuterio⁹³:

Entretanto, entender o estado de exceção agambeniano como uma função de necessidade implica conclusões equivocadas, visto que ele ultrapassa o estado de emergência, o estado de calamidade pública, o estado de guerra e o estado de sítio em sua indeterminação. É dizer que, para Agamben, o estado de exceção se revela muito mais como uma técnica de governo do que com uma medida excepcional, oportunidade em que também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica.

3.4.4 Conceito de Estado de exceção como objeto de estudo

O Estado de exceção, conforme apresentado, guarda suas relações nos dias atuais, nutrindo forte relação com a guerra civil, insurreição e até mesmo a resistência; nestes cenários, faz-se uso de uma situação de emergência para subtração de direitos de maneira sistemática e “legal”, sendo esta técnica adotada inclusive por estados que se apresentam como democráticos.

Nas palavras de Giorgio Agamben:

Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perceptiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.⁹⁴

É importante frisar que a despeito da aparência de ditadura, ou de absolutismo, o Estado de exceção é associado à técnica democrática-revolucionária, sendo que em sua essência não

⁹³ LEUTÉRIO, Alex Pereira. **Estado de exceção na obra de Giorgio Agamben**: da politização da vida à comunidade que vem. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 93.

⁹⁴ AGAMBEN, 2004, p. 12/13.

representa algo nocivo à democracia, sua deturpação e uso sistemático sim, atingem gravemente o Estado democrático de direito.

Nas palavras de Rafael Valim⁹⁵:

A primeira delas está ligada à constatação de que o Estado de Direito e o estado de exceção não são categorias que se repelem mutuamente. Em verdade, embora o uso sistemático da exceção possa levar à ruína o Estado de Direito, ela pressupõe o quadro de referência de Direito. Como lembra Giorgio Agamben, a exceção descende da tradição democrática-revolucionária e não do absolutismo. 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.

Em verdade, nisto reside a feição sórdida da exceção. Diferentemente do que ocorre em um movimento revolucionário, com a exceção não se pretende instaurar, declaradamente, uma nova ordem constitucional. Ela erode, de maneira sub-reptícia, o Estado de Direito, submetendo a imperatividade das normas jurídicas ao talante do poder de turno.

Enquanto presentes os critérios fundamentais de absoluta necessidade e temporariedade, o Estado de exceção se mostra caminho democrático e constitucional, trazendo frutos para a sociedade e atuando na manutenção da democracia. Ocorre que Estado de exceção vem adquirindo facetas de paradigma de governo, com usurpações recíprocas entre os poderes constitucionais, este o objeto de nosso estudo.

Aqui delimitamos o objeto da análise. Não nos ocuparemos do Estado de exceção na sua feição histórica, como instrumento democrático de salvaguarda de direitos, abordaremos a versão espúria do instituto, sua deturpação moderna como paradigma de governo, como oposição ao garantismo e violação do pacto democrático.

Nos Estados modernos, democráticos, o Estado de exceção começou a ser verificado na ampliação artificial dos poderes do executivo em detrimento das funções do legislativo com a edição de dispositivos legais nos quais se concede amplo poder regulamentar em favor do executivo. Temos então que o Poder Legislativo renega sua atribuição constitucional delegando, ilegalmente, poderes ao executivo.

Verificamos no Brasil essa vertente em duas frentes de atuação: primeiramente nas chamadas medidas provisórias, que por diversas vezes fogem das hipóteses restritas da constituição, violando competência exclusiva do legislativo. Em segundo plano na atuação regulamentar do executivo, que na prática se consubstancia em verdadeira delegação inconstitucional de poderes.

⁹⁵ VALIM, 2017, p. 22/23.

Podemos citar como exemplo a Medida Provisória 746/16 que reformulou a grade curricular do Ensino Médio no Brasil, com nítida violação dos critérios de urgência e relevância e também por impedir um debate sério e aprofundado sobre o assunto, impedindo o exercício da democracia. Trata-se nitidamente de usurpação de atividades do legislativo, ou exercício de Estado de exceção.

No caso da delegação legislativa “disfarçada” nos valemos do clássico exemplo da Lei nº 9.472/97, lei das agências reguladoras, que fora objeto de extenso debate na jurisprudência e doutrina acerca dos limites do exercício do poder regulamentar.

A segunda vertente do Estado de exceção se consubstancia na quebra do princípio da separação dos poderes por parte do judiciário, exercendo funções exclusivas do executivo e do legislativo com a intervenção direta em programas de governo e medidas de gestão e modificações legais, deixando de aplicar dispositivos vigentes, no que se convencionou chamar de “ativismo judicial”.

Quando de sua formulação original e, por assim dizer, utópica, o Estado de exceção ligava-se à figura da necessidade gerando como consequência direta a conservação do Estado, ou seja, suspendia-se o direito para salvar a sociedade e, conseqüentemente, o próprio direito.

Na formulação atual o Estado de exceção, como objeto de nosso estudo, manifesta-se na suspensão da ordem jurídica, mas com o objetivo de satisfazer os interesses públicos secundários⁹⁶, mormente aqueles dos detentores da estrutura de poder retirando do Direito Penal e Processual Penal sua característica fundamental, de instrumento de garantia, mantendo somente a feição mais brutal, de mecanismo de controle.

De feição originária do Estado de exceção sua fundamentação era no risco de perecimento do Estado em face dos perigos externos e/ou revolucionários. O Estado de exceção moderno se alicerça na figura do inimigo, criatura mítica que justifica a adoção (e violação) de todos os direitos historicamente consolidados.

Neste sentido compartilhamos da conclusão de Rafael Valim⁹⁷:

Tudo isto explica o fato de que a política, agora dominada pela exceção, tenha se transfigurado no binômio amigo/inimigo de que nos fala Carl Schmitt. A fim de preservar o estado de coisa vigente, o Estado empreende uma guerra

⁹⁶ Entendemos aqui “interesse público secundário” como manifestação de um interesse estatal que não coincide com o interesse coletivo, nitidamente voltado à satisfação de interesses pessoais dos representantes do Estado e da manutenção do *status quo*, ignorando por completo os objetivos preconizados pelo texto constitucional em seu artigo 1º.

⁹⁷ VALIM, 2017, p. 35/36.

incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate.

Desnecessário dizer que, neste contexto, o Direito Penal e o Direito Processual Penal sofrem um completo desvirtuamento, perdendo sua vocação garantista em prol da mera legitimação das pretensões autoritárias do Estado. A persecução penal se torna um jogo de cartas marcadas, com um absoluto desprezo pelo direito de defesa.

Nos Estados Unidos da América durante longo período o inimigo eleito era o “terrorista”. Esta figura justificou a relativização de diversas garantias, como por exemplo o poder de “deter” um suspeito de terrorista pelo prazo de até 07 (sete) dias sem qualquer acusação concreta.⁹⁸

Durante a ditadura militar brasileira o inimigo era o “comunista”, que por se tratar de uma figura dispersa justificava (e justificou) a suspensão de direitos de todos os indivíduos. No Brasil contemporâneo a filosofia foi mantida; adota-se a figura do “bandido”, sem qualquer definição ou conceituação de quem seria tal pessoa. Mais recente pode ser incluído no rol dos inimigos nacionais o “corrupto”, justificando-se contra eles qualquer medida ou ação.

O Estado de exceção não deve ser confundido com o chamado “erro” judicial ou com a divergência hermenêutica. No primeiro caso, a postura é isolada, oriunda de uma má compreensão das normas ou dos institutos, sendo tal decisão caçada através dos meios legais, notadamente dos recursos. No Estado de exceção o “erro” não é ocasional, ele se manifesta como exteriorização de uma política “estatal”, trata-se de uma conduta deliberada com finalidades bem definidas de fragilização da ordem jurídica.

No segundo caso estamos diante da dialética jurídica, atividade mais que salutar no Estado Democrático de Direito. Dentro das possibilidades de aplicação da norma o aplicador faz a opção por aquela que melhor se adequa ao caso. No Estado de exceção a interpretação é forçada e deturpada; busca-se fugir do objetivo da norma usando-a como instrumento de legitimação do abuso. A norma, que deveria garantir e conter, passa a ser usada como forma de imposição estatal.

⁹⁸ US Patriot Act of 2001, sec. 236A, (5): “COMMENCEMENT OF PROCEEDINGS – The Attorney General shall place na alien detained under paragraph (1) in removal proceedings, or shall charge the alien with a criminal offense, not later than 7 days after the commencement of such detention. If the requirement of the preceding sentence is not satisfied, the Attorney General shall release the alien.” Em tradução livre: “INÍCIO DOS PROCEDIMENTOS – O Procurador Geral poderá incluir um estrangeiro detido nos termos do parágrafo (1) em processo de remoção ou deverá acusá-lo criminalmente no prazo máximo de 07 (sete) dias a contar do início da detenção. Se esse procedimento não for cumprido o estrangeiro deverá ser solto.”

Assim, para nós, o Estado de exceção moderno, ou, a versão espúria do Estado de exceção clássico, preconizado por Schmitt e moldado por Agamben, consubstancia-se em técnica de governo com afastamento das regras jurídicas, notadamente das garantias constitucionais, em detrimento de “inimigos” fabricados pelo Estado de forma sistemática e retirada, com participação ou anuência do Poder Judiciário.

Vislumbramos também o Estado de exceção na atuação individual dos poderes, que mesmo pautados em finalidade nobre, ostentando bandeira progressista e oferecendo discurso de consolidação de direitos fundamentais, invadem esfera de atuação dos demais poderes, apresentando-se como bastiões da moral, mas igualmente violando o texto constitucional, ignorando o regime democrático e a separação dos poderes.

O respeito à divisão do poder através da separação dos poderes deve sempre ser observado como *conditio sine qua non* do Estado de direito. A discordância pessoal acerca de decisões tomadas por outros poderes não pode servir de escusa para a quebra da harmonia entre os poderes constituídos. Cabe ao povo, através do processo democrático, a opção pelo modelo a ser seguido sob pena de inauguração de um regime autoritário.

Em qualquer dos casos o braço do Estado de exceção está presente. Quando detectado o afastamento da ordem jurídica conjugado com a imposição de um novo paradigma de governabilidade, com desrespeito à soberania popular, a exceção está presente, mesmo que seja apresentada uma justificativa supostamente nobre.

3.4.5 Ativismo Judicial

O Poder Judiciário tem como função primordial a interpretação das normas, estabelecendo o real sentido do ordenamento conferindo a ele harmonia e sentido gerando no corpo social sensação de segurança e justiça. O texto constitucional representa o marco inaugural da ordem, fonte da qual todos os direitos e deveres emanam, cabendo ao Poder Judiciário sua guarda.

O ativismo judicial foi idealizado como mecanismo de efetivação plena dos direitos fundamentais, no qual o Judiciário, em face de nítidas violações aos direitos humanos passou a adotar posição ativa, sanando as transgressões e fornecendo uma solução real aos cidadãos, conferindo máxima eficácia aos direitos e garantias.

No presente estudo faremos uma ruptura terminológica, diferenciando a judicialização, consubstanciada na atuação do Poder Judiciário no sentido de fazer valer o texto constitucional

do ativismo judicial propriamente dito, mecanismo de desconstrução do direito com imposição unilateral de vontade.

Compartilhamos parcialmente da conclusão de Pedro Estevam Alves Pinto Serrano⁹⁹ acerca da explicação da ascensão da jurisdição como fonte soberana:

Reconhecemos três razões principais para que em países de modernidade tardia e capitalismo periférico os espaços deixados à jurisdição para um agir soberano – no sentido schmittiano daquele que decide sobre a exceção, suspendendo direitos –, sejam ainda mais perceptíveis: a) a presença de um Estado de exceção permanente que convive faticamente com uma democracia formal – a qual se realiza plenamente apenas na Constituição; b) a necessidade de produção de atos formais advindos de um poder parcialmente dominado pela expressão do conservadorismo, a fim de combater a ascensão ao executivo dos governos de esquerda democrática ou dos interesses que ela representa (movimentos sociais de reivindicação, normalmente contrários à propriedade privada ou outras formas de dominação) e c) a forte influência da tradição jusfilosófica representada pelo positivismo analítico – notadamente em Kelsen e Hart –, cujo paradigma subjetivo-idealista (esquema sujeito-objeto) acabou, em nome de sua pureza metodológica, alargando os limites da discricionariedade judicial.

O próprio legislador pátrio mostra sua preocupação com o “ativismo judicial” tanto que dentre as modificações impostas à antiga lei de introdução ao código civil, hoje lei de introdução às normas do direito brasileiro, Decreto-Lei nº 4.567/1942, fez inserir o artigo 20 vedando decisões judiciais com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

3.4.5.1 Origem

O ativismo judicial, conforme aponta Luciana Zanchetta Oliver, surge nos Estados Unidos da América em um artigo de autoria do jornalista Arthur M. Schlesinger Junior, de 1947, no qual dividia os juízes americanos em ativistas, aqueles voltados à efetivação da Justiça Social e de autocontenção, reservado aos magistrados que se abstinham de intervir nas esferas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Na concepção original o termo “ativismo” era tratado de forma pejorativa, ligado aos juízes que não respeitavam os limites legais e, principalmente, o princípio da separação dos poderes, associando-os à fonte de insegurança jurídica.

⁹⁹ SERRANO, 2016, p. 106/107.

3.4.5.2 Conceito

O ativismo judicial, ao menos no campo teórico, é a representação da intervenção do Judiciário através de uma hermenêutica expansiva com o objetivo de concretizar o real valor normativo da constituição, conferindo máxima efetividade aos direitos e garantias, oferecendo uma resposta social à inércia e ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo, como instrumento de suposta justiça. Essa concepção se funda na junção das ideias de inafastabilidade de jurisdição, na qual o Judiciário deve apreciar todas as questões que lhe são propostas, com a noção de que o legislativo não consegue se adequar, imediatamente, às mudanças sociais.

Ativismo Judicial não se confunde com judicialização. Enquanto no primeiro caso o Judiciário impõe sua visão política particular, desprezando o processo democrático e subjugando os demais poderes, na judicialização o Judiciário intervém quando do funcionamento irregular das instituições, adequando-as ao regime legal e constitucional. Trata-se de medida contingencial, ao contrário do ativismo que é necessariamente comportamental.

Nas palavras de Lenio Streck¹⁰⁰,

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam garantidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições.

A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio. **O que é ativismo?** São Paulo, jan. 2016b. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 10 jul. 2018.

O Brasil, principalmente através da Suprema Corte, adota manifestações de ativismo judicial como por exemplo quando no julgamento do Habeas Corpus 124.306 passa a entender pela descriminalização da prática de abortamento a despeito de expressa previsão na legislação penal, a qual, inclusive, prevê as hipóteses nas quais a prática não configurará crime, sendo que acerca desta decisão detalharemos a análise no capítulo seguinte, como hipótese de Estado de exceção.

Assim, com base em Lênio Streck vislumbramos como indicativo de ativismo judicial as decisões que: a) decidem singularmente um caso, de forma exclusiva, as quais não podem ser (e nem são) reproduzidas posteriormente; b) contrariam texto expresso de lei, sem suas declarações de inconstitucionalidade, ou simplesmente ignoram a previsão legal, funcionando a decisão como lei para o caso apresentado; c) que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, ignorando os postulados jurídicos constituídos.

3.4.5.3 Ativismo judicial e o Estado de exceção

O ativismo judicial vem se configurando no principal braço do Estado de exceção nas democracias modernas. Determinados segmentos do Poder Judiciário, com a escusa de praticar justiça social, tornam-se senhor da norma, afastando-a no caso prático, colocando seus anseios pessoais no lugar do constituinte ou do Poder Legislativo, gerando insegurança jurídica.

O protagonismo judicial, quando passa a exercer funções do Executivo, atuando de forma positiva na opção por políticas públicas, e do Legislativo, alterando, ignorando ou “reescrevendo” normas, representa atentado à Constituição, principalmente ao princípio da separação dos poderes, fragilizando o regime democrático e o Estado de direito, correndo o risco de inaugurar uma “ditadura” do Judiciário.

Não se trata aqui de defender a atuação do Judiciário como “boca da lei”, ou seja, mero reproduzidor do texto legal. A hermenêutica é a essência do direito. O Judiciário deve atuar quando provocado, emitindo decisão nos termos da legislação e da Constituição, aqui o limite entre “judicialização” e “ativismo”, este último, braço do Estado de exceção.

Nas palavras de Wellington Borghi e Dolivar Gonçalves Júnior¹⁰¹:

¹⁰¹ BORGHI, Wellington; GONÇALVES JUNIOR, Dolivar. **Ativismo judicial e ofensa à democracia**. Florianópolis, maio 2017. Disponível em: <emporiododireito.com.br/leitura/ativismo-judicial-e-ofensa-a-democracia-1508244135>. Acesso em: 12 jul. 2018.

Assim, decisão jurídica, em especial a decisão judicial, revela-se como um ato de responsabilidade política. O que quer dizer que o magistrado, ao proferir sua decisão, deve estar comprometido com os fundamentos do Estado Constitucional, cujo núcleo é a democracia. Portanto, proferir uma decisão judicial não implica resgatar dilemas (já superados), como o de buscar a vontade da lei, a vontade do legislador ou tampouco apelar para um suposto “poder discricionário”. A decisão judicial deve, ao contrário de tudo isso, ser construída de acordo com a legalidade (constitucional), alcançando respostas constitucionalmente adequadas (ou corretas), que reforcem o sentido democrático das instituições, somente obtidas através do filtro de uma Teoria da Decisão Judicial.

O ativismo, portanto, suspende o direito, afasta a soberania popular e impõe o sentimento (ou vontade) do julgador. O aspecto “democrático” é retirado do Estado de direito, mantendo-se um suposto Estado de direito, que na verdade nada mais é que um Estado de exceção, marcado pelo “decisionismo” e pela insegurança jurídica, ou, nas palavras de Pedro Estevam Alves Pinto Serrano¹⁰²: “E exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismo de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política”.

¹⁰² SERRANO, 2016, p. 104.

4 EPISÓDIOS DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL

O objetivo do presente capítulo é a apresentação do atual cenário brasileiro e seu confronto com a teoria do Estado de exceção. Buscamos, através da análise de episódios, verificar a constante aproximação da normalidade constitucional pátria com as situações de exceção, fragilizando, assim, o Estado de direito.

Nos países periféricos, chamados tradicionalmente de países em desenvolvimento, nos quais podemos incluir o Brasil e quase toda a América Latina, vislumbramos nitidamente o fenômeno de duas realidades coexistindo. De um lado um Estado de direito formal, normalmente consolidado em um texto constitucional, que atua em conjunto com um Estado de exceção permanente, este uma realidade de fato, vislumbrando nos mecanismos de atuação do Estado, aqui englobando todos os poderes constituídos.

Conforme Rafael Valim¹⁰³,

Nas lições de Guillermo O'Donnell, no Brasil já se instalaram governos democraticamente eleitos, mas ainda não se ultrapassou a “segunda transição”, mais complexa e demorada, para um regime verdadeiramente democrático, em que compareça uma sólida sociedade democrática. Persiste uma sociedade profundamente autoritária, hostil aos mais elementares avanços em termos de direitos humanos, o que, naturalmente, *explica a facilidade com que a exceção não só é assimilada, como também dissimulada em seu seio*. Nas palavras de Paulo Sérgio Pinheiro, “o autoritarismo é tão socialmente implantado que o regime de exceção tem condições de gozar, durante certos períodos, de larga capacidade de dissimulação e de ocultação de grande parte de seus feitos, mantendo-se quase que totalmente imune à efetiva autodefesa dos cidadãos.”

Edson Teles apresenta o cerne da exceção no Brasil, ilustrando inclusive com a garantia de excepcionalidade do golpe de 1964 o qual se tornou um regime definitivo. A promessa de combater um inimigo serviu de pretexto para um regime de exceção, que evoluiu para o Estado de polícia e consolidou-se em Estado absolutista.

Segundo a lógica instituída, o ordenamento jurídico é precedido por uma ordem, a democrática, e demanda, devido ao risco de sua degeneração, o estabelecimento de uma outra ordem, aquela legitimada pelo “Poder Constituinte”. Se, eventualmente, a ordem sofrer alterações ou perturbações, caberá ao soberano o julgamento sobre as condições de anormalidade. Consequentemente, também nas mãos dele estará a decisão sobre o Estado de exceção, definindo aquilo que se exclui do ordenamento por um mecanismo interno à própria política: a necessidade de manutenção da ordem. As normas

¹⁰³ VALIM, 2017, p. 40.

se relacionam com a exceção por meio de sua própria suspensão, de modo que o excluído se inclui na ordem interrompida, adiada para outro momento. Não esqueçamos a promessa do golpe de 1964: o restabelecimento da ordem, por meio de uma nova norma, em movimento caracterizado como provisório por seus autores. Ao tomar o Estado, os militares passaram a representantes da sociedade, identificando o governo com a vontade geral, expressa pelo signo da Doutrina de Segurança Nacional e do Estado de exceção.

No Brasil, o Estado exceção surgiu como estrutura política fundamental, prevalecendo enquanto norma quando a ditadura transformou o *topos* indecível em localização sombria e permanente nas salas de tortura.¹⁰⁴

A transição negocial do modelo ditatorial para o modelo democrático resultou na Constituição de 1988 marcada pela extirpação do regime de exceção e restabelecimento do Estado Democrático de Direito e na adoção da dignidade da pessoa humana como linha guia, em substituição da doutrina de segurança nacional.

4.1 Sistema penitenciário brasileiro

Optamos por iniciar o estudo da situação brasileira a partir do sistema penitenciário por entender que sua situação ilustra com precisão os obstáculos enfrentados pelo Estado de direito e a forma de atuação do Estado de exceção, notadamente na criação da figura do inimigo e sonegação de direitos, inclusive os mais basilares.

A exceção à qual é submetido o preso no Brasil é generalizada, englobando a omissão legislativa, em lidar com o problema carcerário brasileiro, a inércia do Executivo, que se recusa a implementar políticas públicas de humanização e dignidade do sistema prisional e convivência do Judiciário que a despeito de conhecer o problema se furta da responsabilidade de enfrentá-lo de forma séria.

A partir de dados angariados pelo projeto “Sistema Prisional em Números”, do Conselho Nacional do Ministério Público, atualmente o Brasil possui 411.466 vagas as quais são ocupadas por 679.459 presos, resultando em uma taxa de ocupação de 165%. Tal dado, por si só, já representa uma confirmação do Estado de exceção experimentado pelos diversos presos no país. A superlotação dos presídios contraria de forma gritante o princípio da humanidade, impondo ao preso uma “pena” não prevista em lei.

¹⁰⁴ TELES, Edson, 2010 apud SERRANO, 2016, p. 28.

Conforme levantamento realizado pelo Ministério da Justiça, apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça no *Informativo Rede Justiça Criminal*¹⁰⁵, 13% dos presos em regime fechado suportavam tal regime de forma ilegal, gozando do direito de progressão para o semiaberto, em razão de “ausência de vagas”, imputando ao preso um ônus oriundo da incapacidade da administração.

Se não bastasse isso a taxa de mortalidade no sistema prisional é altíssima. A cada 100.000 presos temos 8,4 mortes violentas intencionais, ou seja, um valor quase seis vezes superior àquele verificado entre as pessoas que não cumprem pena privativa de liberdade, todas elas imputadas às baixas condições oferecidas e ao descaso público.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁶, quando comentando sobre as execuções ocorridas no interior dos presídios de Manaus e Boa Vista:

Situações como essa, associada a várias outras rebeliões com mortes, são comuns no Brasil e ainda se proclama que *não há pena de morte* em nosso sistema legislativo. Pois bem. Há pena de morte na prática, sem julgamento, sem o devido processo legal, sem qualquer garantia. 102 presos em Manaus e Boa Vista foram executados. O Estado encarregou-se de preservá-los e nada fez.

Há, também, que se ponderar a vedação às penas cruéis, prevista no art. 5º da Constituição Federal, mas essa garantia é uma formalidade. Basta uma visita a um presídio superlotado para se ter certeza da desumanidade reinante nos presídios brasileiros.

Neste cenário, não se deve debater o que fez ou deixou de fazer determinado condenado, seja o que morreu, seja o que matou. Trata-se de uma incumbência assumida pelo Estado – um autêntico compromisso – de tutelar a vida de um preso por alguns anos. E tutela significa proteger essa pessoa de agressões que forem além da própria privação da liberdade. No entanto, muitos políticos, ocupando cargos de segurança pública, terminam justificando as mortes de 102 presos, dizendo que, afinal, eram criminosos perigosos. E daí? Modificou-se a CF a respeito? Sentenciados perigosos podem ser simplesmente chacinados?

A questão é de maior profundidade quando vislumbramos que a exceção à qual é submetido o preso goza de respaldo popular, sendo que a ótica generalizada é que ao preso, notadamente o perigoso, não deve ser concedido direito algum, ao contrário, o sofrimento no cárcere deve fazer parte da pena.

¹⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Informativo da Rede Justiça Criminal** – os números da justiça criminal no Brasil, n. 8, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **A rebelião dos zumbis**. São Paulo, 2017a. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/rebeliao-dos-zumbis>>. Acesso em: 15 de mar. 2018.

Neste sentido Luciano Meneguetti Pereira¹⁰⁷:

Todo este quadro é ainda agravado pelo fato de este contexto de violação de direitos em que vivem os presos no Brasil ser visto com indiferença social. Não são raras as constatações de que esta situação é largamente aceita por grande parcela da sociedade brasileira, que pautada no senso comum, acredita que os detentos realmente devem sofrer duras sanções e até mesmo penas cruéis. Por outro lado, também se verifica que os poderes públicos não raramente se abstêm de agir no sentido de reverter a situação, despertando de seu estado de torpor apenas quando catástrofes ocorrem no interior dos presídios, como tem sido ampla e tristemente noticiado pela mídia brasileira e também internacional

Todo esse estado de coisas narrado até o momento importa em uma inaceitável afronta a muitos direitos que foram consagrados na Constituição brasileira, dos quais são titulares todas as pessoas, inclusive os detentos, notadamente ao direito à vida e à segurança (art. 5º, caput).

Sobre o tema Oswaldo Henrique Duek Marques, em aulas ministradas no Curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, fazia uma aproximação teórica a partir das ideias de “mais valia” de Marx e “mais de gozar” de Lacan, cunhando a expressão “mais de sofrer”.

Para Marx, em apartada síntese, “mais valia” correspondia ao valor produzido pelo trabalhador, além de sua remuneração, que era apropriado pelo capitalista, ou nas palavras de Cláudio Oliveira¹⁰⁸: “Enquanto valor de uso, a força de trabalho do trabalhador, ao ser vendida no mercado, adquire um valor de troca, seu trabalho útil tornando-se trabalho abstrato. Mas, nessa transformação, algo falha, algo não é pago, a algo não é dado um preço: falha do saber, de onde cai a mais-valia”. Partindo desta ideia Lacan desenvolve sua teoria do “mais-de-gozar” como uma forma de compensar a perda do gozo, ou seja, em tese, usado para prolongar o prazer.

Neste cenário “mais-de-sofrer” representaria um “plus” na punição do infrator, seria aquela pena, que não é pena, mas é aceita, fomentada e desejada pela sociedade. A situação precária do cárcere, as condições insalubres e o tratamento desumano seriam a exemplificação perfeita do “mais-de-sofrer”, que por sua própria natureza é ilegal, representando nitidamente

¹⁰⁷ PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 05, n. 01, p. 167-190, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Cláudio. Capitalismo e gozo: Marx e Lacan. **Tempo da Ciência**, v. 11, n. 22, p. 9-24, 2004. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/view/143/88>>. Acesso em: 14 ago. 2018, p. 18.

uma manifestação do Estado de exceção, no qual os direitos previstos em lei e na Constituição não valem a uma determinada categoria, um inimigo.

A constatação da exceção não demanda conhecimento teórico ou análise jurídica aprofundada. Basta o confronto entre a realidade e o preconizado pelo ordenamento, notadamente o texto constitucional e a Lei de Execuções Penais. A ofensa à dignidade da pessoa humana e ao princípio da humanidade é gritante, inserindo o “preso” numa situação sem defesa da norma.

Em maio de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a ADPF 347 questionando a nítida ilegalidade (inconstitucionalidade) do Sistema Penitenciário brasileiro, sendo que o STF, no caso, veio a reconhecer a caracterização do “estado de coisas inconstitucionais”.

O estado de coisas inconstitucionais nada mais é que um

[...] quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.¹⁰⁹

Trata-se de instituto ligado à violação sistemática de garantias fundamentais, marcadas nitidamente pela inércia do poder público, que mesmo ciente do problema deixa-o em segundo plano, permitindo que a violação continue. Busca-se com a declaração em questão impulsionar o aparato estatal a sanar a grave violação, ou seja, resolver de forma definitiva o problema constatado.

Nas palavras de Luciano Meneguetti Pereira¹¹⁰:

Com base na jurisprudência desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a doutrina tem apontado sinteticamente como sendo três os pressupostos necessários para a caracterização do ECI: (i) um quadro de violação generalizada, contínua e sistêmica de direitos fundamentais que afeta um número significativo de pessoas; (ii) a prolongada omissão, inércia e/ou incapacidade persistente e reiterada das autoridades públicas em modificar a conjuntura das violações perpetradas para a garantia dos direitos consagrados; e (iii) um conjunto de transgressões inconstitucionais (e inconventionais) que exigem a atuação não apenas de um único órgão, mas de uma pluralidade de

¹⁰⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹¹⁰ PEREIRA, 2017.

autoridades (“transformações estruturais”), das quais se requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações.

No julgamento da cautelar da ADPF 347 o STF registrou que as prisões brasileiras eram análogas às masmorras medievais, dado o grau de sonegação de direitos e garantias, atacando de forma generalizada a higidez física, a dignidade e integridade psíquica dos presos, imputando a responsabilidade pelas violações a todos os poderes da União, Estados membros e Distrito Federal.

Vale citar o voto do ministro Marco Aurélio de Mello¹¹¹:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados, constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo.

Como resultado do julgamento da cautelar foi determinada a realização de audiências de custódia em todo o Brasil, mesmo sem existir lei disciplinando tal procedimento, bem como o descontingenciamento das verbas do FUNPEN. As demais medidas, notadamente as mais enérgicas, referentes ao problema de encarceramento em massa e ações positivas foram ressalvadas para a análise do mérito.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

Assim, percebe-se claramente que o próprio judiciário ao concluir pelo estado de coisas inconstitucionais assume a existência de um Estado de exceção, reconhecendo efetivamente que os presos, no Brasil, representam uma categoria apartada na qual as leis não são eficazes e que seus direitos são violados constantemente, sendo que o STF se furtou de imputar qualquer responsabilização pelas violações.

É interessante que o julgamento em questão representa claramente a omissão e inércia de toda a estrutura pública. A cautelar fora julgada em 19/02/2016, reconhecendo-se uma situação de excepcionalidade, sendo que o próprio acórdão dá conta de diversas violações e do não cumprimento da lei. Desta data até a presente pode-se dizer sem risco de erros que nada mudou. A situação do sistema prisional continua idêntica, para não dizer pior, uma vez que mais pessoas ingressaram e menos vagas foram criadas.

Pior, a contar da data do julgamento da cautelar tivemos no Brasil pelo menos três rebeliões que resultaram em mais de 70 mortos¹¹², sem qualquer alteração no panorama do sistema carcerário, deixando patente que dignidade da pessoa humana e humanidade são princípios que não entram no presídio, local no qual a vigência é do Estado de exceção, com pessoas vistas como inimigos da sociedade e extirpadas de seus direitos fundamentais. Trata-se de uma postura institucional com respaldo de grande parcela da população que legitima essa privação de direitos.

4.2 Deturpação na aplicação da Teoria do Domínio do Fato

No ano de 2005 veio à tona uma gravação na qual o chefe dos correios Maurício Marinho recebia propina de R\$ 3.000,00 em nome do deputado federal Roberto Jefferson, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), o qual formalizou delação implicando grande esquema de corrupção que envolvia também o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Liberal (PL) e Partido Progressista (PP).

O esquema de corrupção era organizado pelo PT, o qual angariava partidos e políticos para comporem a base aliada que recebia um repasse mensal ilícito para que projetos de interesse do governo fossem aprovados.

¹¹² Referimo-nos aqui à rebelião da Penitenciária Agrícola de Monte Cristo de 16/10/2016, em Boa Vista/RR, com 10 mortos, à rebelião da Penitenciária Ênio dos Santos Pinheiro de 17/10/2016, em Porto Velho/RO, com 8 mortos e à rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ) de 01/01/2017, em Manaus/AM, com 56 mortos.

Conforme consta na Ação Penal 470 junto ao STF a dinâmica do “esquema” era que o então ministro da Casa Civil José Dirceu seria o líder enquanto Delúbio Soares, tesoureiro à época do PT, se encarregaria dos pagamentos. Marcos Valério atuava como operador, arrecadando valores junto às empresas e bancos envolvidos através de contratos simulados, os quais nunca foram pagos.

Em março de 2006 foi apresentada a denúncia com 40 réus, sendo que o julgamento do chamado “mensalão” teve início em 02 de agosto de 2012 com 37 réus, dos quais 24 foram condenados em outubro de 2012, entre eles José Dirceu apontado como grande chefe e mentor do “esquema” através de uma aplicação ortodoxa da conhecida teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor, responsabilizando por autoria mediata os criminosos que ordenam fatos puníveis com poder de mando autônomo, ou seja, adota-se um critério objetivo-subjetivo tornando autor aquele que a despeito de não realizar o núcleo do tipo detém final do fato.

Trata-se, portanto, de uma teoria voltada à diferenciação entre autor e partícipe, sendo certo que sua utilidade no Brasil, por força do artigo 29 do CP, que adotou a teoria monista, é reduzida. Conforme determina a lei, todo aquele que concorre para o crime, seja autor, coautor ou partícipe, incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade, sendo certo que o “homem de trás”, o chefe, mesmo se enquadrado como partícipe, pode fazer jus a uma pena maior.

A grande crítica a esta teoria reside no seu emprego como forma de imputação de responsabilidade direta por determinada conduta, de forma análoga à responsabilidade objetiva, exatamente a forma empregada pelo STF quando do julgamento da ação penal 470.

Neste sentido o voto do ministro Joaquim Barbosa¹¹³ tratando a teoria do domínio do fato como um elemento da culpabilidade:

[...] Como visto, o fato de se tratar de empregada e, como tal, de trabalhadora subordinada, e de não dispor de poderes sobre o patrimônio da sociedade empresária não afasta, isoladamente, o domínio do fato delitivo, elemento da culpabilidade, cuja presença deve ser aferida tendo em vista a prova produzida em relação à real natureza de sua participação no ilícito, levando-se em conta o seu conhecimento dos fatos e a unidade de desígnios e vontades com os demais agentes.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 17 dez. 2012a. Disponível em: <ftp://ftp.stj.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em 18 jun. 2018. p. 1255.

Inclusive na conclusão do voto o ministro Joaquim Barbosa faz questão de frisar o emprego da teoria do domínio dos fatos como essencial para seu voto de condenação, transcrevendo o conceito de diversos autores sobre a teoria, entre eles Cezar Roberto Bitencourt, o qual, pós julgamento, consigna suas críticas à forma como a teoria foi empregada na ação penal 470.

Assim, exige-se não somente a posição de controle, mas o completo domínio e coordenação do fato, ou, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁴:

Não fosse assim estar-se-ia negando o *direito penal da culpabilidade*, e adotando a responsabilidade penal objetiva, aliás, proscria do moderno direito penal no marco de um Estado Democrático de Direito, como é o caso brasileiro. Em outros termos, para que se configure o *domínio do fato* é necessário que o *autor* tenha absoluto controle sobre o *executor do fato*, e não apenas ostentar uma posição de superioridade ou de representatividade institucional, como se chegou a interpretar na jurisprudência brasileira. Ou, nas palavras do próprio Roxin, *verbis*: “Quem ocupa posição de comando tem que ter, de fato, emitido a ordem. E isso deve ser provado”. Ou seja, segundo Roxin, *é insuficiente que haja indícios de sua ocorrência*, aliás, como é próprio do Direito Penal do fato, que exige um *juízo de certeza* substanciado em prova incontestável. Nesse sentido, convém destacar lição elementar: *a soma de indícios não os converte em prova* provada, ou como se gosta de afirmar, acima de qualquer dúvida razoável. A eventual dúvida sobre a culpabilidade de alguém, por menor que seja, é fundamento idôneo para determinar sua absolvição.

A posição ocupada por qualquer pessoa dentro de uma instituição, empresa ou organização, sem a comprovação de seu real envolvimento na conduta delituosa, não pode servir de parâmetro para a responsabilização penal por determinada conduta sob pena de configuração de responsabilidade objetiva. A aceitação de tal postura representa adoção de um Estado de exceção.

Neste sentido foi o voto do relator, ministro Lewandovski¹¹⁵, o qual tomo a liberdade de transcrever, inclusive como forma de aviso contra o Estado de exceção:

Para finalizar, assento que, por mais que se examinem os autos, nada há contra JOSÉ DIRCEU que possa autorizar a prolação de um decreto condenatório, salvo as polêmicas e faccionas acusações de ROBERTO JEFFERSON, a menos que se queira imputar àquele uma responsabilidade penal objetiva,

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. São Paulo, nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹¹⁵ BRASIL, 2012a.

decorrente do fato de ter ele ocupado no período descrito na denúncia o cargo de Ministro-Chefe da Casa Civil. Mas isso não é aceito nem pela doutrina e muito menos pela jurisprudência desta Suprema Corte.

[...]

Assim, vedada a atribuição de responsabilidade objetiva ao réu JOSÉ DIRCEU, e não provado qualquer liame subjetivo entre as pessoas ou os fatos delituosos descritos na denúncia ou ainda que ele tenha contribuído para a consecução daqueles fatos, cumpre decretar-se o *non liquet*, ou seja, absolvê-lo da imputação de ter praticado o crime de corrupção ativa.

[...]

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra JOSÉ DIRCEU, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada “teoria do domínio do fato”.

Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo *Parquet* como uma espécie de panaceia geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à mingua do medicamento processual apropriado.

No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

Dentro dos debates é importante frisar a posição do ministro Carlos Ayres Britto¹¹⁶, que conclui ao discutir a redação do artigo 29 do CP, que adota a teoria monista em nosso ordenamento: “[...] Então, eu não preciso sequer da Teoria do Domínio do fato, em rigor”, posicionamento com o qual concordamos.

Por outro lado, quando o mesmo ministro¹¹⁷ consigna que “a serventia da Teoria do Domínio do Fato é instrumental, ela ajuda a individuar a responsabilidade penal. Até porque a responsabilidade penal é como a responsabilidade republicana: numa república, as pessoas são responsabilizadas pessoalmente, individualmente. Também no direito penal é assim”, vislumbramos a eleição da teoria em debate como forma de responsabilização, o que não condiz com sua realidade.

Não se almeja aqui nova discussão acerca do teor das provas, nem de suposta legalidade ou ilegalidade na decisão do STF, não se faz aqui menos ainda defesa de quem quer seja, uma vez que foram devidamente julgados, após processo com ampla defesa e contraditório; a crítica neste item se dá ao emprego errôneo da teoria do domínio do fato, que, conforme demonstrado, no julgamento da AP 470 ganhou contornos de elemento da culpabilidade.

Aqui podemos vislumbrar o cerne do Estado de exceção contra o inimigo “político corrupto”, seja ele quem for. Ao se flexibilizar a teoria do domínio do fato, dando a ela

¹¹⁶ BRASIL, 2012a.

¹¹⁷ Idem. p. 5231.

contornos absolutamente distintos de sua formulação original busca-se relativizar um possível conjunto probatório frágil, legitimando a ação do Estado acusação contra o inimigo.

A sonegação de direitos, a inovação jurídica para um determinado caso e o emprego da força estatal na busca de uma condenação, custe o que custar, são marcas do braço judicial do Estado de exceção. O próprio Roxin, em entrevista concedida à *Tribuna do Advogado*¹¹⁸, deixa patente que a teoria do domínio do fato não pode ser usada como forma de responsabilização:

Não, de forma nenhuma. A pessoa que ocupa uma posição no topo de uma organização qualquer tem que ter dirigido esses fatos e comandado os acontecimentos, ter emitido uma ordem. Ocupar posição de destaque não fundamenta o domínio do fato. O 'ter de saber' não é suficiente para o dolo, que é o conhecimento real e não um conhecimento que meramente deveria existir. Essa construção de um suposto conhecimento vem do direito anglo-saxônico. Não a considero correta.

No caso de Fujimori, por exemplo, ele controlou os sequestros e homicídios que foram realizados. Ele deu as ordens. A Corte Suprema do Peru exigiu as provas desses fatos para condená-lo. No caso dos atiradores do muro, na Alemanha Oriental, os acusados foram os membros do Conselho Nacional de Segurança, já que foram eles que deram a ordem para que se atirasse em quem estivesse a ponto de cruzar a fronteira e fugir para a Alemanha Ocidental.

Os institutos jurídicos e teorias possuem seu significado, foram desenvolvidas a partir de labor jurídico e discussão aprofundada sobre o assunto. A relativização/flexibilização dentro de um caso concreto configura-se braço do Estado de exceção e, no caso em análise, violação grave do princípio da culpabilidade e possível restabelecimento de responsabilização objetiva, algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

4.3 A irresponsabilidade penal por crime de interceptação ilegal

Durante o transcurso da chamada operação “lava jato” um dos suspeitos, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi objeto de interceptação telefônica, decretada pelo juiz Sérgio Moro, nos termos da Lei nº 9.296/96, como meio de angariar informação acerca de seu envolvimento nos crimes em apuração.

Neste cenário a então presidente da República, Dilma Rousseff, no dia 16 de março de 2016, nomeou o investigado Luiz Inácio Lula da Silva como chefe da casa civil de seu governo,

¹¹⁸ ENTREVISTA do jurista alemão Claus Roxin sobre teoria do domínio do fato. *Tribuna do Advogado*, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.oabrp.org.br/detalheConteudo/499/Entrevista-do-jurista-alemao-Claus-Roxin-sobre-teoria-do-dominio-do-fato.html>>. Acesso em: 15 jun, 2018.

conferindo a ele foro por prerrogativa de função análogo ao dos Ministros de Estado, em tese retirando o processo da competência do juiz Sérgio Moro.

Em imediata reação o juiz natural, Sérgio Moro, revogou os sigilos dos áudios captados na investigação tornando públicas diversas conversas de Luiz Inácio, entre elas conversas travadas com a então presidente da República, com seu advogado, bem como diversas conversas de seus familiares.

A conversa que mais chamou atenção se refere a um diálogo com Dilma Rousseff, de aproximadamente um minuto e trinta segundos no qual Dilma afirmava estar enviando um emissário para lhe entregar um documento (o termo de posse como “Ministro”) para que o usasse em caso de necessidade.

Com base nos áudios divulgados o ministro do STF Gilmar Mendes, no dia 18 de março de 2018, suspendeu a posse de Luiz Inácio como ministro, fundado no suposto desvio de finalidade do ato de nomeação, que visava, em tese, exclusivamente a concessão de foro por prerrogativa de função e o conseqüente deslocamento da competência para o STF.

A decisão em questão foi objeto de diversas críticas, primeiramente referente ao teor. Parte dos áudios divulgados dizia respeito a conversas travadas entre o investigado, Luiz Inácio, e a então presidente da República Dilma Rousseff, bem como o ministro Jacques Wagner, ambos possuidores de foro por prerrogativa de função,

Neste contexto, ao receber áudios que implicavam o conluio de autoridades com foro por prerrogativa de função com o investigado deveria o juiz Sérgio Moro ter remetido os autos para o tribunal competente, no caso do STF, para que fosse dado o procedimento, nos termos da lei. Ao contrário, entendeu por bem o juiz revogar o sigilo legal, tornando públicos os áudios, transgredindo assim o artigo 10 da Lei nº 9.296/96, uma vez que não dispunha de competência para revogação do sigilo.

Conforme Lenio Streck¹¹⁹,

Também não poderia ter divulgado as interceptações feitas com autoridades com foro especial. Quando entra alguém no grampo com um foro que não é do juiz que determinou, cessa tudo o que muda e um valor mais alto se alevanta: no caso, remessa ao STF, em face de Jaques Wagner (para falar só dele — aliás, quem era o grampeado? Wagner ou o presidente do PT? Bom, Wagner não podia ser... Então foi Rui Falcão; mas a PF grampeou o presidente de um partido sem que esse fosse investigado?). Nem falo do caso de Dilma, porque, neste caso, o próprio juiz admite que foi irregular (*sic*). Basta ver que a operação castelo de areia foi anulada... Justamente por causa de um grampo

¹¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio moro**. São Paulo, mar. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

ilícito. A sathiagraha também (HC 149.250/SP). Frutos da árvore envenenada, eis o nome da tese. Só que, aqui, a coisa é mais grave.

Pior ainda, analisando a movimentação processual do procedimento de interceptação telefônica percebe-se claramente que às 11h12min do dia 16 de março de 2016 o juiz Sérgio Moro determinou a interrupção das interceptações, tendo sido a autoridade policial intimada, via telefônica, da decisão às 11h44min; na sequência, por volta das 12h18min, as operadoras de telefonia foram comunicadas da suspensão das diligências.¹²⁰

Ocorre que as gravações envolvendo Luiz Inácio e Dilma Rousseff ocorreram às 13h32min, quando as interceptações já haviam sido encerradas por ordem do próprio juiz Sérgio Moro, ou seja, todos os áudios captados e divulgados foram realizados à revelia da legislação, configurando certamente o crime do artigo 10 da Lei nº 9.296/96.

Por fim, mas não menos importante, entre os áudios divulgados vários deles diziam respeito a conversas privadas entre Luiz Inácio e sua família e, pior ainda, entre seus familiares. Podemos citar aqui conversa entre Marisa Letícia, esposa de Luiz Inácio e Fábio Silva, filho de Luiz Inácio, na qual a primeira, quando questionada pelo último a respeito dos protestos ocorridos no dia 23 de fevereiro de 2016, manda os “paneiros¹²¹” enfiarem as panelas no c*.

Por mais indelicadas, agressivas e ofensivas que fossem as palavras prolatadas por Marisa Letícia, não poderiam ser divulgadas, ao contrário, deveriam ter sido inutilizadas. A Lei nº 9.296/96, em seu artigo 9º determina: “A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

Claramente uma conversa particular entre Marisa e seu filho Fábio, ainda mais com o teor acima relatado, não traz qualquer prova que interesse à apuração dos crimes apurados pela operação lava jato; ao contrário, trata-se de conversas triviais, íntimas, que por decisão singular do juiz Sérgio Moro foram levadas a público, desrespeitando frontalmente o texto da Lei nº 9.296/96.

¹²⁰ BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico Nº 5006205 98.2016.4.04.7000/PR**. Juiz Sérgio Fernando Moro. Disponível em: <[https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701499865861150550083652403176&evento=7014... 1/218](https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701499865861150550083652403176&evento=7014...1/218)>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹²¹ Termo usado em referência às panelas que foram batidas em protesto contra o governo do PT.

O ministro Teori Zavascki¹²² quando do julgamento da cautelar da reclamação 23.457/PR reconheceu a transgressão da norma por parte do juiz Sérgio Moro:

Procede, ainda, o pedido da reclamante para, cautelarmente, sustar os efeitos da decisão que suspendeu o sigilo das conversações telefônicas interceptadas. São relevantes os fundamentos que afirmam a ilegitimidade dessa decisão.

Em primeiro lugar, porque emitida por juízo que, no momento da sua prolação, era reconhecidamente incompetente para a causa, ante a constatação, já confirmada, do envolvimento de autoridades com prerrogativa de foro, inclusive a própria Presidente da República.

Em segundo lugar, porque a divulgação pública das conversações telefônicas interceptadas, nas circunstâncias em que ocorreu, comprometeu o direito fundamental à garantia de sigilo, que tem assento constitucional. O art. 5º, XII, da Constituição somente permite a interceptação de conversações telefônicas em situações excepcionais, “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Há, portanto, quanto a essa garantia, o que a jurisprudência do STF denomina reserva legal qualificada.

A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). 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.

Resta patente o braço do Estado de exceção com a suspensão do ordenamento contra o inimigo declarado, no caso em tela o político “corrupto”. As garantias e direitos constitucionais são afastados e até mesmo a suposta prática de um crime, de divulgação ilegal de interceptação telefônica, é tolerada.

Mais grave ainda, a tolerância do sistema com a violação não abrange somente a figura do “inimigo”, no caso Luiz Inácio, atinge inclusive seus familiares que tiveram conversas pessoais, passíveis de grave dano moral, divulgadas em rede nacional em total discrepância do previsto na Lei nº 9.296/96.

A inércia do sistema em relação à grave violação aqui apontada indica que para esta conduta o direito posto não se aplica, como se estivesse suspenso momentaneamente, voltando a vigorar tão logo encerrado o processo 5006205 98.2016.4.04.7000/PR da Justiça Federal de

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23.457/PR**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Decisão de medida cautelar. 22 mar. 2016b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-grampos-ilegais-lula-dilma.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

Curitiba/PR, retornando então seu curso normal, quando então a violação de sigilo volta a ser crime, caracterizando o Estado de exceção.

4.4 Execução da pena em segunda instância, relativização da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, inscrito constitucionalmente no artigo 5º, LVII, reproduzido no artigo 283 do CPP, constitui a garantia individual de não ser considerado nem tratado como culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

A questão envolvendo a execução da pena com condenação em segundo grau se tornou ponto central de debate no STF, existindo inclusive duas ações declaratórias de constitucionalidade do artigo 283 do CPP: a de número 43, proposta pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e a de número 44, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A redação original do CPP, em seu artigo 637, nega ao recurso extraordinário o efeito suspensivo permitindo a execução da pena, exatos termos da súmula 267 do STJ, sendo este o entendimento dominante do STF até o julgamento do HC 84.078, de 2009, quando então evoluiu a jurisprudência com a sinalização de impossibilidade de execução de sentença ainda pendente de recurso.

Através da Lei nº 12.403/11, que realizou profundas modificações no CPP, adequando-o aos direitos e garantias constitucionais, a redação do artigo 283 foi modificada passando ele a prescrever:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Recentemente, no ano de 2016, o STF novamente modificou seu entendimento perfilando-se favorável à chamada “execução provisória da pena” conforme os julgamentos do HC 126.292, com relatoria do ministro Teori Zavascki e do ARE 964.246. este último com repercussão geral.

A questão ganhou força na mídia e se tornou conhecida quando do julgamento do HC 152.752 impetrado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que buscava aguardar em liberdade o julgamento do recurso extraordinário por ele interposto.

A relativização do princípio da presunção de inocência e, conseqüentemente, a aceitação da prisão penal mesmo sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória é fundamentada em duas assertivas: (a) combate à morosidade judicial e excesso de recursos protelatórios e (b) descrédito da Justiça junto ao corpo social, fundada na demora de efetivar punições.

Como forma de reforçar o argumento da morosidade da jurisdição extraordinária, e conseqüentemente, da impunidade, o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto quando do julgamento do HC 152.752, elencou sete casos reais. Analisando detalhadamente percebe-se claramente que dos sete casos citados três tiveram como causa da impunidade a morosidade da instância extraordinária; nos demais a culpa pela demora no julgamento foi da instância ordinária.

Neste sentido vale a pena trazer estudo feito pelo *site* CONJUR através dos colonistas Andrei Zenkner Schmidt e Guilherme Boaro¹²³:

Dos sete casos citados, quatro (Pimenta Neves, Luis Estevão, Pedro Talvane e Omar Coelho Vitor) tiveram uma instância ordinária mais morosa que a instância extraordinária, ou seja, a propalada letargia da jurisdição (capaz de propiciar a extinção da punibilidade pela prescrição, a tardia execução da pena ou a contemporânea pendência de solução final do caso) não pode ser atribuída à lenta tramitação dos recursos no STJ ou no STF, ou à interposição abusiva de recursos pela defesa.

Nesses quatro casos citados, são observadas verdadeiras bizarrices processuais que contribuíram, total ou parcialmente, para a tão criticada morosidade: ação penal proposta em juízo evidentemente incompetente; juiz federal que permanece com os autos conclusos durante um ano e sete meses; tribunal que se esquece de realizar juízo de admissibilidade em recurso especial; júri anulado por teimosia de juiz presidente; acórdãos levando tempo inimaginável para publicação etc. Nada disso está relacionado com interposição abusiva de recursos, tampouco com jurisdição extraordinária morosa.

Dos sete casos citados, apenas três (Dorothy, Edmundo e Propinoduto) ilustram uma morosidade processual predominante na instância extraordinária. Em alguns deles, é verdade, foi observada a interposição de recursos protelatórios. Mas em alguns dos casos também foram notadas anomalias processuais não imputáveis a medidas defensivas. Num dos casos, dois acórdãos, em conjunto, levaram um ano e oito meses para serem publicados pelo STJ; em outro, o TRF levou cinco anos para esgotar sua jurisdição, e assim por diante. Apesar de três casos citados pelo ministro Barroso terem a sua morosidade relacionada, em alguma medida, a estratégias defensivas que até se poderiam cogitar abusivas, esses mesmos casos contaram com contribuição não menos relevante da instância ordinária.

¹²³ SCHMIDT, Andrei Zenkner; BOARO, Guilherme. **Uma lupa no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752**. São Paulo, 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opiniao-lupa-voto-barroso-hc-152752-parte2>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Neste sentido percebe-se que o argumento de autoridade utilizado pelo ministro Barroso não se sustenta. A morosidade e impunidade são problemas generalizados do sistema brasileiro, sendo certo, guardadas as devidas proporções, que o argumento “chocante” de evitar impunidade poderia ser usado inclusive para legitimar a prisão pena logo em primeira instância.

Vale aqui consignar que morosidade, impunidade e outros problemas de ordem prática são combatidos dentro do instrumento democrático, com respeito à legislação e observância dos direitos e garantias constitucionais. A bandeira de “combate à impunidade” a despeito de sedutora e apelativa, dentro de um Estado de democrático de direito deve sempre vir acompanhada do respeito à legalidade e do garantismo.

Aqui se percebe a ação do Estado de exceção. O juiz abandona sua função de defensor da legalidade e intérprete da legislação passando a atuar como “boca do povo”, como um real justiceiro que ao invés de adequar o caso prático à norma, adequa a norma ao caso prático violando claramente os limites constitucionais. Não cabe ao Judiciário a modificação ou criação de normas, nem mesmo a fixação de políticas públicas ou atuação conforme a vontade popular; ao contrário, o Judiciário muitas vezes atua contra a maioria, salvaguardando os direitos dos mais fracos e fazendo valer a lei, mesmo que desagrade o sentimento público momentâneo.

Outro argumento usado para validar a execução “provisória” da pena se concentra no histórico do STF. Conforme apresentamos no início do presente capítulo, em tese, desde a vigência do CPP até o ano de 2009 vigia a interpretação da possibilidade de execução provisória, a qual foi interrompida, retornando em 2016, perdurando até a presente data.

A leitura histórica é muito importante, demonstra o direcionamento da sociedade e permite analisar a evolução; contudo, nesta linha argumentativa são fundamentais alguns recortes e pontuação. A despeito da redação original do CPP, a atual Constituição Federal data de 1988, sendo certo que a jurisprudência e interpretação até esta data restam absolutamente prejudicadas, mais ainda quando se menciona que o fundamento de validade anterior eram duas Constituições, 1967 e 1969, que se centravam na segurança nacional, produzidas na vigência de um regime ditatorial com notória sonegação de liberdades e direitos individuais, ao passo que na atual, 1988, tem valor motriz a dignidade da pessoa humana.

A legislação inferior deve ser lida sob a ótica da Constituição e não vice-versa; o CPP, quando recepcionado pelo atual texto constitucional deve se adaptar à nova realidade, notadamente no que tange às garantias, direitos e liberdades individuais. Pior ainda, em 2011 foi alterada a redação do artigo 283 do CPP, passando a prever expressamente a exigência de trânsito em julgado para a prisão de qualquer pessoa, salvo os casos de flagrante e prisão temporária ou preventiva.

Com a mudança da legislação muda o paradigma, devendo o novo dispositivo ser objeto de análise nos termos das regras constitucionais. O artigo 283 do CPP reproduz integralmente a regra constitucional dando contornos práticos, limitando a ação do Estado fixando claramente que a prisão pena exige trânsito em julgado de sentença condenatória; sem ele a prisão deverá ser preventiva ou temporária.

Assim, a leitura histórica deve iniciar-se a partir de 2011, ano da modificação do artigo 283 do CPP, a partir dos valores preconizados pela Constituição Federal de 1988 e não sob a ótica da redação original do CPP.

A execução provisória da pena simplesmente ignora a redação do artigo 283 do CPP, ou pior, tem-na por inconstitucional, inaugurando uma nova forma de inconstitucionalidade, o excesso de proteção, como se a Constituição Federal vedasse o legislador ordinário na atuação da proteção das liberdades individuais. Tal noção representaria um verdadeiro retrocesso no sistema de proteção bem como visão extremamente limitada do papel da Carta Magna na proteção individual.

Tanto isso é verdade que no julgamento mais recente, do habeas corpus de Luiz Inácio Lula da Silva, os votos vencedores furtaram-se da análise do artigo 283 do CPP e do artigo 105 da LEP, como se não existissem.

A questão ganha maiores ares de Estado de exceção quando se passa a analisar o histórico de decisões do STF, notadamente as prolatadas pelo ministro Marco Aurélio de Mello que sistematicamente afasta a execução provisória da pena. A decisão, a nosso julgar tecnicamente correta, instaura regime de insegurança fazendo do STF uma verdadeira loteria na qual a distribuição da ação pode fazer toda a diferença entre prisão e liberdade.

Neste sentido, inclusive no que tange à “suspensão” do artigo 283 do CPP, como medida típica de Estado de exceção, transcrevo integralmente decisão prolatada pelo ministro Marco Aurélio de Mello¹²⁴, quando do julgamento do HC 151.819/PA:

O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 151.819/PA**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgamento de Medida Cautelar. 21 maio 2018b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314423424&ext=.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

título de pena antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do aludido Código, e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, ministro Teori Zavascki – agravo em recurso extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do habeas corpus nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecido a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado habeas corpus –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ao tomar posse neste Tribunal, há 27 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por 6 votos a 4, e o seria, presumo, por 6 votos a 5, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. De todo modo, há sinalização de a matéria vir a ser julgada, com a possibilidade, conforme noticiado pela imprensa, de um dos que formaram na corrente majoritária – e o score foi de 6 a 5 – vir a evoluir.

Compactuamos integralmente com a visão do ministro Marco Aurélio de Mello sobre o tema, notadamente quando o mesmo aduz acerca da não análise do artigo 283 do CPP. Para nós a questão remete claramente à suspensão do dispositivo que deixa de ser válido em razão de uma situação escolhida pelo Judiciário; neste caso, ao que tudo indica, a vontade de fazer Justiça e de acatar a “voz da rua”, sem, claro, abandonar a figura do inimigo, no caso do HC 152.752, o “político corrupto”, nos demais casos basta a figura do criminoso, inimigo natural da sociedade e indigno de direitos, isto, claro, na ótica do Estado de exceção.

A questão ganha contornos ainda maiores quando analisada sob o ponto de vista do princípio da proporcionalidade, notadamente sob a ótica de recente decisão do STJ, quando do

juízo do Habeas Corpus 431.242 que consignou a posição da corte acerca da inadmissibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos, reproduzindo posicionamento consolidado no bojo da EREsp 1.619.087/SC, com relatoria da ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Fundamenta o Superior Tribunal sua decisão no artigo 147 da LEP: “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”, bem como na omissão do STF ao analisar a questão sob a perspectiva das penas restritivas de direitos.

Neste diapasão temos uma aplicação absolutamente desproporcional que traz nitidamente insegurança jurídica ao sistema. De um lado as penas restritivas de direitos não podem ser executadas provisoriamente por força do artigo 147 da LEP, do outro as penas privativas de liberdade, nitidamente mais graves, podem ser objeto da execução, mesmo existindo previsão idêntica na LEP, no artigo 105, bem como no artigo 283 do CPP.

O Estado de exceção fica mais factível ainda. Enquanto o artigo 147 da LEP se encontra vigente, o idêntico artigo 105 aparenta estar “suspense” não sendo aplicado às situações por força de decisão do STF, que se furta a considerá-lo.

4.5 Autorização ilegal de abortamento

A vida pode ser vista como o bem jurídico de maior importância em nosso ordenamento, sendo ela a raiz de todos os outros bens, considerada inviolável por força do “caput” do artigo 5º da Constituição Federal, figurando, inclusive como o primeiro direito tutelado. Tanto a vida é a raiz de todos os direitos que a parte especial do Código Penal é inaugurada pelo capítulo I “dos crimes contra a vida” do título I, tipificando as condutas de homicídio, induzimento, auxílio e instigação ao suicídio, infanticídio e abortamento.

Os crimes de homicídio e abortamento se complementam. A despeito de ambos tutelarem a vida o primeiro atinge a chamada vida extrauterina, enquanto o segundo a vida intrauterina, consolidando assim a proteção integral da vida pela legislação penal. O aborto sempre foi conduta criminalizada nas legislações tipicamente brasileiras.

O Código Criminal do Império, de 1830, em seus artigos 199¹²⁵ e 200¹²⁶ tipificava as condutas de praticar aborto na gestante com ou sem seu conhecimento, bem como a conduta de fornecer drogas que possam causar o aborto, deixando de imputar a conduta de autoaborto.

O Código Penal da República de 1890 manteve a punição pelo aborto provocado, artigo 300¹²⁷, criando inclusive uma qualificadora em caso da morte da gestante, artigo 300, §1º, bem como o aborto provocado com o consentimento da gestante, artigo 301¹²⁸, inaugurando a punição pelo autoaborto, conforme artigo 301, parágrafo único.

Nossa atual legislação penal adota três tipos penais neste sentido: (a) Artigo 124 do CP, “aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento”; (b) Artigo 125 do CP, “aborto provocado por terceiros”, sem o consentimento da gestante e (c) Artigo 126 “aborto provocado por terceiros”, com o consentimento da gestante.

Em paralelo a essas previsões o código entendeu por bem prever excludente especial de ilicitude, artigo 128 do CP, tornando impunível o aborto praticado por médico quando: (a) “[...] não há outro meio de salvar a vida da gestante” e (b) “[...] a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

¹²⁵ Art. 199. “Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.
Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.
Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.
Penas - dobradas.”

¹²⁶ Art. 200. “Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.
Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.
Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.
Penas - dobradas.”

¹²⁷ Art. 300. “Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:
No primeiro caso: - pena de prisão cellular por dous a seis annos.
No segundo caso: - pena de prisão cellular por seis mezes a um anno.
§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:
Pena - de prisão cellular de seis a vinte e quatro annos
§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:
Pena - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.”

¹²⁸ Art. 301. “Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:
Pena - de prissão cellular por um a cinco annos.
Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime fôr commettido para occultar a deshonra propria.”

A proteção aqui dispensada e principalmente as causas legais de abortamento são objetos de diversas críticas doutrinárias, existindo certa pressão sobre o legislador para uma real adequação da norma aos dias atuais. Neste sentido Cezar Roberto Bitencourt¹²⁹:

O Código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costumes e hábitos dominantes na década de 30. Passaram-se mais de sessenta anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mas principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a Medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão eventual anomalia do feto e, conseqüentemente, a inviabilidade de vida extrauterina. Nessas condições, é perfeitamente defensável a orientação do Ante-projeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso.

Temos, portanto, um sistema complexo centrado na proteção da vida intrauterina com a indicação de tipos penais protetores bem como excludentes, que em casos pontuais e específicos justificam a interrupção da gravidez.

A grande questão e ponto de divergência diz respeito ao início da vida intrauterina. Quando do julgamento da ADPF 54/DF, que discutia a possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo, o ministro Celso de Mello¹³⁰, quando de seu voto, compilou as diversas teorias a este respeito: (a) Tese genética: A vida inicia-se com a fertilização, encontro do óvulo com o espermatozoide uma vez que com a fecundação há a formação de estrutura celular com código genético único; (b) Tese embriológica: A vida tem início com a nidação, aproximadamente no 14º dia, com a formação da linha primitiva. A partir deste momento o embrião se configura como estrutura individual, não podendo mais se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro; (c) Tese neurológica: O sistema nervoso central marcará o início da vida, sendo que a partir da oitava semana surgem as primeiras estruturas que lhe darão origem e na vigésima semana o sistema ter-se-á por completo. Trata-se de argumento centrado no mesmo fundamento no mesmo princípio da morte cerebral. (d) Tese ecológica: O marco inicial da vida é a formação da última estrutura vital, o pulmão, que se dá entre a vigésima e vigésima

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 2. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. p. 184.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54/DF**. Inteiro teor do acórdão, 12 abr. 2012b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-interruptcao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018. p. 340/341.

quarta semana de gestação. A partir desse momento o feto possui capacidade potencial de sobreviver autonomamente fora do útero materno.

Neste julgamento, discutindo-se a possibilidade de interrupção antecipada do parto em razão de feto anencéfalo, não houve declaração de inconstitucionalidade, mesmo porque desnecessário, adotou-se tão somente interpretação da norma penal conforme a Constituição, uma vez que tecnicamente o anencéfalo por não possuir atividade cortical, não tem capacidade de vida extrauterina, inexistindo, portanto, qualquer espectro do bem jurídico “vida” para ser tutelado pela norma.

Neste sentido inclusive o voto do ministro Marco Aurélio de Mello¹³¹:

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.

[...]

Diria, Presidente, que, interpretado o próprio Código Penal, ter-se-ia na possibilidade do que se aponta no preceito como aborto, e aqui não se cogita sequer de aborto, mas de interrupção terapêutica da gravidez, base para a providência, considerada a preservação da saúde da mulher, no que a gestação de feto anencéfalo apresenta risco maior. Mas veio o Tribunal a ser convocado, a meu ver, em boa hora, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, nessa ação nobre que é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a emitir entendimento a respeito da matéria.

Percebe-se claramente que a leitura adotada pelo STF respeita a dignidade da pessoa humana da mãe, bem como o disposto na norma dando interpretação conforme a norma, já que não se pode falar de crime contra a vida, quando não há vida, nem mesmo potencial. Aqui estamos diante da judicialização de uma questão, sem, contudo, configurar ativismo judicial. Em momento algum o Poder Judiciário desconsiderou qualquer norma que seja ou reescreveu a lei conforme seu senso de justiça; ao contrário, deparado com situação da vida deu fiel interpretação à norma, limitando seu raio de ação.

Igual atuação não vemos no julgamento do HC 124.036/RJ no qual se discutia a possibilidade de interrupção voluntária da gravidez até o terceiro mês sem que isso configurasse crime de abortamento.

¹³¹ BRASIL, 2012b, p. 47 e 80.

Em apartada síntese, quando de seu voto, concedendo a ordem, o ministro Luís Roberto Barroso assentou que a criminalização do aborto, até o terceiro mês, ofendia direitos fundamentais da mulher, notadamente sua autonomia, sua integridade física e psíquica, seus direitos sexuais e reprodutivos e a igualdade de gênero.

Serviu também como fundamento a discriminação social e o impacto desproporcional sobre a mulher pobre¹³²:

Por fim, a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito.

Na sequência o ministro Luís Roberto Barroso introduz sua argumentação jurídica abordando, preliminarmente, um suposto descompasso entre as regras do Código Penal, de 1940, com os anseios sociais, sustentando que qualquer tipificação penal deve obedecer a três regras: “(i) ser adequada à tutela do direito à vida do feto (adequação); (ii) não haver outro meio que proteja igualmente esse bem jurídico e que seja menos restritivo dos direitos das mulheres (necessidade); e (iii) a tipificação se justificar a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito).”¹³³

No campo da adequação o ministro sustenta que a norma é ineficaz na proteção do bem jurídico, já que não consegue efetivamente impedir a prática delituosa. Na esfera da necessidade afirma-se existirem meios alternativos à criminalização para o controle do aborto. Por fim, no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, sustenta-se que não há equilíbrio entre a proteção dos direitos do feto e da liberdade de escolha da mulher.

Sobre o voto do ministro Luís Roberto Barroso transcrevemos crítica registrada por Lênio Streck em conjunto com Rafael Giorgio Dalla Barba¹³⁴:

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.036/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. 29 nov. 2016a. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/11/HC-Voto-Aborto-1-1.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2018. p. 11.

¹³³ Ibidem, p. 12.

¹³⁴ BARDA, Rafael Giorgio Dalla; STRECK, Lenio Luiz. **Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF**. São Paulo, 11 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexiana-stf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

Ademais, a máxima da proporcionalidade — subdividida em três submáximas parciais —, como é apresentada no voto, é realizada de forma inadequada e inapropriada. Vejamos. A submáxima da adequação, ao seguir a lógica da eficiência de Pareto, procura eliminar os meios empregados pelo legislador que, além de não proteger a finalidade a qual se destinam, prejudicam outros bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica. Para Barroso, a tipificação do crime do aborto teria “duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;”. *Ora, se o bem jurídico tutelado é a vida do nascituro, que outro meio poderia ter sido utilizado pelo legislador para alcançar tal finalidade?* Se o número de abortos praticados no país é um argumento válido para afastar a meio legal escolhido para proteção à vida, por que não seguimos esse mesmo raciocínio para os demais crimes contra a vida? Afinal, somos o país que nos últimos anos alcançou a meta de 60 mil homicídios anuais. Não se mede a adequação de meios para obtenção de fins por meio do seu grau de eficácia social, do contrário, a própria noção de norma jurídica “iria por água abaixo” *na medida em que a sua concretização ficaria à mercê das condições contingenciais e aleatórias*. O que o ministro Barroso fez foi um retorno ao realismo jurídico por meio de uma equivocada interpretação da teoria dos princípios de Alexy.

Vamos à submáxima da necessidade. Em linhas gerais, essa submáxima determina que havendo dois meios adequados a promover determinado princípio (leia-se finalidade), deve ser escolhido aquele que interfira menos intensamente possível a outros princípios que possam ser atingidos. O ministro Barroso entende que “é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas”. É possível mesmo? *Todavia, como é possível afirmar tão categoricamente que a descriminalização de tais tipos penais poderia evitar novos abortos?* Uma coisa é descriminalizar. Outra é dizer que isso evitaria novos abortos. Afinal, qual é a prognose? *Mais: Isso deve ser realizado pelo Judiciário?* Mais ainda: a submáxima da necessidade pressupõe que o meio correto a ser empregado seja aquele que protege determinado bem jurídico e interfere o menos possível em outro(s). Pois bem. Ainda que o Estado implemente políticas de educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo a mulheres (o que, repetindo, não cabe ao Judiciário avaliar), *de que maneira tais medidas protegeriam o bem jurídico “vida” tutelado pela norma penal?* Mesmo com tais políticas públicas, não haveria nenhum mecanismo jurídico para proteger a vida do nascituro. Passando a ser lícita a conduta, a vulnerabilidade do feto aumenta expressiva e inexoravelmente, já que o Direito nada mais tem a dizer sobre isso.

Percebe-se claramente que a linha de argumentação tecida pelo ministro aponta efetivamente um grave problema social brasileiro, notadamente a questão de vitimização da mulher pobre, o possível descompasso da norma com a realidade e a prática clandestina do abortamento. Inclusive compactuamos com a ideia de necessidade de atualização e adequação da norma, contudo repudiamos qualquer forma de atalhamento.

O único caminho para a modificação de uma norma é através do processo democrático no qual o Poder Legislativo produz texto de lei, seguindo os trâmites constitucionais para sua aprovação, como expressão da vontade popular. Ao Poder Judiciário é reservado o papel de guardião da legalidade não podendo atuar como senhor da verdade popular, já que não foi eleito para tal missão, modificando norma em razão de suposta inércia ou omissão do Poder Legislativo.

Em momento algum do seu voto o ministro adentra na questão principal do debate: existência ou não da vida; ao contrário, apresenta diversos argumentos de ordem sociológica e política, claramente invadindo a esfera do Legislativo, sustentando que tais fatores impõem a necessidade de atuação do STF.

Ademais, não se vislumbra qualquer argumento por parte do julgado acerca da escolha dos “três meses” como parâmetro para a “descriminalização”. Neste sentido a crítica imposta por Lenio Streck e Rafael Giorgio Dalla Barba¹³⁵:

De igual forma, o argumento utilitarista da geração de despesas e custos para o sistema de saúde, além de se basear um argumento de política (*policies*) que visam a maximização do bem-estar geral em detrimento dos direitos genuínos do indivíduo contra maiorias — trunfos (*trumps*), como diz Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério* —, faz com que o próprio Direito seja submetido a decisões baseadas em argumentos contingenciais, a depender das condições empíricas particulares, o que gerará inevitavelmente arbitrariedade. *Não é por acaso que o critério de “três meses” estipulado no voto não é, em nenhum momento, justificado.* Alguém poderia perguntar: sim, mas... e por que três e não seis? Ou sete? *Esse é o trunfo que o Direito, enquanto norma, tem (ou deveria ter) frente a argumentos sociológicos ou empíricos.* Aliás, sobre isso Mathias Jestaedt faz uma brilhante crítica ao Tribunal Constitucional alemão. Afinal, determinado ato normativo é (ou não) constitucional porque sua disposição viola o texto constitucional, em sua dimensão formal ou material *e não por meio de argumentos contingenciais; subjetivos, se quisermos ser mais claros.* Estes (os argumentos) nada mais são do que modos em que a subjetividade ideológica do juiz encontra um resguardo para poder decidir conforme suas preferências pessoais. Por isso o apego a argumentos de política, como o “custo benefício” para o Estado, a dificuldade de acesso ao SUS ou simplesmente conceitos abstratos cujo conteúdo é preenchido livremente pelo intérprete. Ora, o Direito é, por definição, um mecanismo contrafactual. Ele opera no plano do dever-ser. É deontológico. Se assim não o fosse, não haveria qualquer sentido a noção de norma jurídica, pois sua normatividade ficaria submissa ao subjetivismo do juiz. No caso em discussão, ficou.

No caso em tela todos os argumentos tecidos pelo ministro, por mais relevantes e sensíveis que sejam, bem como alinhados com os reais problemas da criminalização do aborto

¹³⁵ BARDA; STRECK, 2016.

no Brasil, não são suficientes para a modificação da norma. Na verdade, tais argumentos poderiam muito bem figurar como uma exposição de motivos de um eventual projeto de modificação normativa.

Aqui vislumbramos o braço do Estado de exceção, consubstanciado no ativismo judicial, mesmo que com finalidade supostamente nobre. Neste caso o Poder Judiciário se coloca como “gestor” da vontade popular, afastando o Poder Legislativo de suas atividades fazendo clara modificação na lei penal, inserindo uma terceira excludente no artigo 128 do CP, consistente na anuência da vítima quando a gravidez não ultrapassar a terceira semana.

O Estado de exceção se manifesta principalmente nesta quebra de harmonia entre os poderes, notadamente quando o Judiciário invade a esfera do Legislativo sustentando “atraso da legislação” ou até mesmo “inércia”, quando na verdade a não modificação da norma e sua manutenção representa a visão do Legislativo da vontade popular, que inclusive os elegeu para atuar em seu nome. Não se invalida uma lei com argumentos políticos ou sociológicos, mas sim com princípios.

Frisamos que o Estado de exceção não se consubstancia exclusivamente na perseguição de inimigos; ao contrário, ele pode ter finalidade nobre, sem, contudo, deixar de representar regra excepcional, afastamento do direito posto e fonte de insegurança jurídica, ou seja, medida incompatível com o Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito representa inegável avanço no que diz respeito à proteção das liberdades e direitos individuais, bem como um adendo essencial ao pacto social condicionando as ações do Estado em prol da evolução. A adoção de políticas públicas voltadas à igualdade é medida necessária para o exercício pleno da democracia. Dentro dessa ótica democrática é de fundamental observância a separação dos poderes com atribuições bem delimitadas no texto constitucional e instituições compromissadas.

Dentro da normalidade democrática o sistema deve ser pleno a ponto de poder lidar com seus problemas e vicissitudes de maneira interna, com pleno respeito à ordem jurídica constituída e aos direitos e garantias individuais. Quando na presença de situações absolutamente calamitosas e que coloquem a própria existência do Estado em risco historicamente, os soberanos se socorriam do chamado Estado de exceção, consistente na suspensão temporária do ordenamento, para resolução do problema, restabelecendo-se, então, a ordem jurídica.

Da formulação original, rastreada até o *iustitium* romano, até a presente data, o significado e finalidade do Estado de exceção sofreram alterações, notadamente perdendo sua finalidade “nobre”, de instrumento de salvaguarda ou de manutenção do Estado, quase como uma perfeita analogia à legítima defesa ou ao estado de necessidade, para uma forma distorcida de instrumento de governo, com suspensão seletiva de garantias e liberdade gerando constante insegurança jurídica, representando um eterno flerte com o estado de polícia e/ou absoluto.

Neste cenário temos construção interessante. Ao invés do modelo antigo com Estados bem delimitados, os quais identificamos como modelos democráticos ou autoritários, passamos a vislumbrar uma nova forma de política marcada pela coexistência de regimes democráticos com atuações excepcionais, aqui o signo moderno do Estado de exceção.

O Estado de exceção moderno se manifesta de forma ampla e grave, dissimulando sua presença mantendo sempre a aparência de democracia. Trata-se de mecanismo de governo, voltando à manutenção do *status quo* com a perseguição de inimigos declarados ou a imposição unilateral e antidemocrática de visão pessoal da sociedade, muitas vezes com finalidade até nobre, mas contrariando o processo democrático. Ambas as formas são danosas, primeiro por serem fonte de insegurança jurídica, relativizando o ordenamento e enfraquecendo a força cogente da norma, segundo por atingirem pilares do regime democrático, fragilizando a separação dos poderes.

Os casos apresentados nesta dissertação servem como indicativo de uma atuação destoante da norma. Uma fragilização de um sistema jurídico já tão atingido e fragilizado, para nós são indicativos de um problema que surge, são prelúdios de um Estado de exceção.

Por óbvio não sustentamos que o Brasil experimenta um regime policial ou absoluto, nem mesmo um Estado de exceção permanente. Ao contrário, temos crença de que nosso modelo democrático se aperfeiçoa; contudo, em momentos pontuais, a praxe brasileira flerta com a exceção, algumas vezes buscando uma finalidade “nobre”, como, por exemplo, a “atualização” de uma norma, em tese obsoleta, em outros verificamos a face macabra do Estado de exceção, com a perseguição de inimigos e o direcionamento do direito criminal, penal e processual penal, como instrumento de governo, como forma de consolidação de uma atuação ilegal contrária à vontade popular.

Para nós o único real soberano é o povo, mas não a vontade popular de momento, aquela traduzida por situações graves, que muitas vezes reage sem pensar. A vontade popular que defendemos é aquela consolidada no texto constitucional, notadamente em seu artigo 1º, como tradução de uma sociedade justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana. O presente estudo não se apresenta como panaceia, solução para todos os problemas do Brasil, mas sim como forma de crítica acadêmica aos rumos do direito, notadamente o Direito Penal e Processual Penal. Os julgamentos de ocasião, os inimigos eleitos e o ativismo judicial, a nosso ver, enfraquecem o Direito como um todo colocando em questionamento sua função e validade dentro do corpo social.

Para nós a principal missão do direito se concentra na segurança jurídica, representada na confiança do corpo social no regime jurídico do Estado. Trata-se da visão individual da certeza da resposta a determinada conduta. Com o estado de exceção a resposta se torna incerta, duvidável, trazendo descrença e enfraquecimento. Somente como a segurança o Direito poderá buscar a harmonia, justiça e paz social.

No campo penal e processual penal, dada sua atuação mais gravosa no campo das liberdades individuais, mais ainda, o combate à exceção deve ser intransigente. O Direito Penal e Processual Penal que deveria ser o maior aliado da população no combate ao autoritarismo acaba sendo deturpado, servindo de instrumento de violação de direitos. O Estado de exceção faz uso da esfera criminal como forma de silenciar e coibir o cidadão, sonhando direitos e abusando de seu poder.

REFERÊNCIAS

- ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. **O Estado de exceção em Giorgio Agamben: contribuições ao estudo da relação direito poder**. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALVES, Jamil Chaim. Princípio da personalidade da pena e execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 899, p. 431-454, 2010. Disponível em: <http://www.pucsp.br/cienciascriminais/agenda/site_nucci_personalidade_pena.doc>. Acesso em: 11 out. 2017.
- AZEVEDO, Estenio Ericson Botelho de. **Estado de exceção, Estado penal e o paradigma governamental da emergência**. 2013. 222 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- BARDA, Rafael Giorgio Dalla; STRECK, Lenio Luiz. **Aborto – a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF**. São Paulo, 11 dez. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/aborto-recepcao-equivocada-ponderacao-alexynana-stf>>. Acesso em: 10 maio 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Rio de Janeiro, dez. 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BATISTA, Nilo. Bases Constitucionais do Princípio da Reserva Legal. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, n. 35, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **A teoria do domínio do fato e a autoria colateral**. São Paulo, nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- _____. **Tratado de direito penal: parte especial 2**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017a.
- _____. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.
- BONESANA, Césare (Beccaria). **Dos delitos e das penas**. Tradução de Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BORGHI, Wellington; GONÇALVES JUNIOR, Dolivar. **Ativismo judicial e ofensa à democracia**. Florianópolis, maio 2017. Disponível em: <emporiododireito.com.br/leitura/ativismo-judicial-e-ofensa-a-democracia-1508244135>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônico Nº 5006205 98.2016.4.04.7000/PR**. Juiz Sérgio Fernando Moro. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701499865861150550083652403176&evento=7014...1/218>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal 470/MG**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 17 dez. 2012a. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em habeas corpus 156157/PR**. Inteiro teor do acórdão, 19 nov. 2018a. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&dpcID=748719183>. Acesso em: 03 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54/DF**. Inteiro teor do acórdão, 12 abr. 2012b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-interruptcao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.036/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. 29 nov. 2016a. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/11/HC-Voto-Aborto-1-1.pdf>>. Acesso em 31 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 151.819/PA**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgamento de Medida Cautelar. 21 maio 2018b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314423424&ext=.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Inteiro Teor do Acórdão, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 23.457/PR**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Decisão de medida cautelar. 22 mar. 2016b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-grampos-ilegais-lula-dilma.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral: volume 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 1 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftnref1>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CARREIA, Guilherme Sarri. **O princípio da segurança jurídica e a superação do precedente judicial**. 2013. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Informativo da Rede Justiça Criminal** – os números da justiça criminal no Brasil, n. 8, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

D'URSO, Flávia. **Perspectivas sobre a soberania em Carl Schmidt, Michel Foucault e Giorgio Agamben**. 2014. 264 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduados em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ENTREVISTA do jurista alemão Claus Roxin sobre teoria do domínio do fato. **Tribuna do Advogado**, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/detalheConteudo/499/Entrevista-do-jurista-alemao-Claus-Roxin-sobre-teoria-do-dominio-do-fato.html>>. Acesso em: 15 jun, 2018.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Ponte. **Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito**: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GIACOMOLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDEN, Gregory K. **Crisis management during the Roman Republic**: the role of political institutions in emergencies. 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Rosita D'Angina. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**, volume I, tomo I: arts. 1 ao 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

IZAIAS, Rafael Silva. **A legitimação do Estado democrático de direito na modernidade periférica**: uma observação a partir do caso brasileiro. 2010. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

LEUTÉRIO, Alex Pereira. **Estado de exceção na obra de Giorgio Agamben**: da politização da vida à comunidade que vem. 2014. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. **Revista de doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 15, 22 nov. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60849/devido_processo_legal_substancial.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A rebelião dos zumbis**. São Paulo, 2017a. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/rebeliao-dos-zumbis>>. Acesso em: 15 de mar. 2018.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Segurança pública versus direitos humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Cláudio. Capitalismo e gozo: Marx e Lacan. **Tempo da Ciência**, v. 11, n. 22, p. 9-24, 2004. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/tempodaciencia/article/view/143/88>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

OLIVER, Luciana Zanchetta. **Ativismo Judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação**. 2016. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, Bauru, v. 05, n. 01, p. 167-190, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direito humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROTONDARO, Nora Magnólia Costa. Devido processo legal. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região**, Campinas, n. 13, p. 79-91, out./dez. 2000. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/111653>>. Acesso em: 15 set. 2017.

SALES, Dimitri Nascimento. **Avançar no Estado democrático de direito: a participação política na democracia brasileira**. 2007. 281 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Direito processual civil: princípio do contraditório e vedação da decisão surpresa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; BOARO, Guilherme. **Uma lupa no voto do ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752**. São Paulo, 25 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-25/opinio-lupa-voto-barroso-hc-152752-parte2>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk; coordenador e supervisor: Luiz Moreira. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. As incongruências da doutrina: O caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 56, p. 97-111, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/SRC%2056_miolo.pdf#page=97>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **Nas escutas, juristas se revelam mais moristas do que o próprio moro**. São Paulo, mar. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/lenio-streck-escutas-juristas-revelam-moristas-moro>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. **O que é ativismo?** São Paulo, jan. 2016b. Disponível em: <www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>. Acesso em: 10 jul. 2018.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2017.

_____. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.