

A teoria jurídica do Estado de exceção e o TRF-4: Freisler, Mezger e Schmitt

Roberto Bueno, Professor de Direito da UFU 12/01/2018



Um grave problema se abate sobre o cenário político dos Estados dotados de pretensões democráticas, e essas nuvens nada promissoras também cobrem o Brasil, e ela une a política econômica de austeridade à sua *longa manus*, o domínio da política e assim se confirma que o soberano é quem decide sobre o Estado de exceção, e o soberano não será o povo. Se não, quem é? Como age em seu exercício do domínio? A resposta é o deslocamento da soberania para uma oligarquia transnacional que o exercerá localmente através do Estado de exceção, que é exercido através do ditador, uma figura onipotente que conhece a lei e age *fora dela*, que é regulada pelo direito e, portanto, está dentro do ordenamento jurídico, mas age contra ele, exterminando-o ou suspendendo-o, instante em que o poder soberano se afirma como tal.

O Brasil vive reconhecidamente sob o Estado de exceção desde que o TRF-4 declarou e o STF, sob o peso brutal de seu silêncio, que já desde antes assentia com graves violações de servidores do Estado e assim é que, paradoxalmente, é a legalidade que vem dando suporte ao Estado de exceção. Isso mergulhou o país no que Giorgio Agamben descreve como cenário em que a norma é separada de sua efetiva aplicação e, efeito conexo, produz a substituição do direito pela anomia. O Estado de exceção é esse espaço anômico em que a vontade escraviza o direito, construindo espaço ideal para a concretização da potência do ato decisório do poder togado transformando a sua convicção em norma individual feito jurisprudência através do não declarado conceito de força-de-lei.

O soberano ditador ascende e pontifica, mas já não se sustentará calçado exclusivamente na força bruta, e por isto recorrerá às vias de legitimação. O processo de identificação de grande parte dos indivíduos é instrumento adequado,

e foi similar a estratégia utilizada para lograr o funcionamento da ditadura nacional-socialista. Nesse particular Wilhelm Reich sustentava que a identificação das massas com o *Führer* foi ponto de ancoragem, e esta também foi estratégia decisiva para que as decisões estapafúrdias possam ser assumidas e legitimadas publicamente, prontas a ser assumidas por reacionários de classe média que descobriram-se na proposta do Estado autoritário de qualquer *Führer*. Essa encruzilhada destaca-se nos dias correntes quando improváveis soberanos togados recorrem à exposição continuada na mídia para alcançar essa identificação e a subsequente legitimidade para as suas decisões excepcionais.

O Estado de exceção é a concretização da figura do poder soberano, cujo requisito necessário é a eclosão de tempos de anormalidade, de emergência, de uma situação de necessidade. Quando o TRF-4 reafirmou que as decisões flagrantemente ilegais do juiz de primeira instância Sérgio Moro, sob o argumento do Estado de exceção, configurou-se, justo ali, um novo soberano autoproclamado, o Poder Judiciário, pois será ele quem decide sobre a sua declaração. No caso concreto não pode sobreviver o argumento do TRF-4 porque não esteve em cena qualquer elemento que justificasse conceitualmente a excepcionalidade, eis que muitos são os recursos e métodos de investigação legal, à disposição dos órgãos competentes para alcançar os resultados nos limites da estrita legalidade constitucional. Do ponto de vista teórico o TRF-4 ancorou o argumento em solo débil, pois mesmo Carl Schmitt propõe que o Estado de exceção deve ser imposto tão somente quando a ordem jurídica não ofereça solução para a situação emergencial.

Acaso a situação não se ofereça no momento, os interessados na instauração do regime excepcional logo articularão a fabricação artificial de condições críticas, descritíveis como emergenciais em alta intensidade. Sobre essa base é disseminada a cultura do apocalipse pela grande mídia, a sobrevivência de uma crise sem precedentes, e sobre tal cenário já começa a ser colocada a condição necessária para a instauração do Estado de exceção, apresentado como remédio e

força única capaz de deter o iminente mal abrumador. Esta alternativa contrapõe-se à cultura parlamentar-deliberativa, pois sob a exceção a teoria jurídica democrática perece e com ela a cultura parlamentar, dado o descrédito quanto a qualquer alternativa que a política possa oferecer.

A “realidade” para declaração da exceção é suscetível de fabricação, e não raro o é, pois esta é a encruzilhada mais eficaz para interditar os mecanismos da democracia, e capaz de suspendê-la em tempo e profundidade desconhecidos, exceto pelo poder que impõe os tempos de exceção. Nesse cenário excepcional a orientação direta, mas não declarada publicamente ou assumida oficialmente, é a realização da caça específica e sem quartel a um conjunto de inimigos pré-determinados, assumidos como daninhos ao regime sob pretextos de causação de prejuízos econômicos à nação sob a forma de corrupção, e assim, reapresentando o conceito penal nacional-socialista de persecução de delinquentes natos agora representados por corruptos de um determinado partido político.

Corrupção, crime e violência é a tríade sobre a qual, invariavelmente, é assentada a justificativa para a instauração do Estado de exceção a ser conduzido por uma espécie de figura dotada de virtudes excepcionais, uma figura de herói popular. O arquétipo é o que importa, menos o conteúdo que a cada momento histórico o novo ditador irá determinar para montar o quadro perfeito da persecução do inimigo. No caso da Alemanha nacional-socialista esta figura foi Hitler, descrito por Ingo Müller como uma figura iluminada, um herói que conduziria a alma alemã para outras paragens, além dessas profundezas dessa luz. Essa figura heroica ganha diversas aparições na história, mas não tão frequentemente é encarnada na figura de juiz ou órgão jurisdicional justiceiro como ocorre nesses tempos.

A inaudita declaração do Estado de exceção pelo TRF-4 declarando vivermos um Estado de exceção adentrou no recente dos tempos heroicos em que passam a justificar quaisquer abordagens judiciais, mesmo que em amplo e público desrespeito à legalidade constitucional. Em sua ilegal declaração do Estado de

exceção o TRF-4 argumentou exatamente como o fez Schmitt, sublinhando que em face de casos extremos não é possível observar as regras gerais, que elas devem ser relegadas a segundo plano. Para a ditadura, e para o soberano que a conduz, a ordem jurídica é mera decoração superficial, adorno sem relevância para uso eventual ou, como sugere Schmitt, que “Em sentido geral, pode ser denominada como ditadura a toda a exceção de uma situação considerada como justa, pelo que essa última palavra designa uma exceção à democracia, ou uma exceção aos direitos de liberdade garantidos por uma Constituição, ou uma exceção à separação dos poderes ou ainda [...] uma exceção ao desenvolvimento orgânico das coisas”.

O TRF-4 segue nessa mesma linha quando literalmente assume no bojo de decisão judicial tomada em grau recursal sobre decisão de primeiro grau do juiz Moro no bojo da Lava Jato que “[...] *caso inédito (único, excepcional)* no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá *situações inéditas*, que escaparão ao *regramento genérico*, destinado aos *casos comuns*”. Previamente, Schmitt havia formulado que a aplicação do direito pelo ditador deveria obedecer outra lógica jurídica “[...] quando se trata de caso extremo, [*o ditador*] não pode observar normas gerais”. Schmitt descreve que a excepcionalidade não pode ser abarcada pelo direito, situação que faz perigar o Estado. No TRF-4, portanto, estava, e está em ação, o ditador, mas que age em dissonância com o conceito de ditador em Schmitt, pois o transcende, eis que o conceito desse autor repousa no empoderamento outorgado pelo órgão que existe em conformidade com a Constituição por um órgão constituído. Este é o conceito de ditadura comissária e, definitivamente, o TRF-4 rompe a ordem jurídica ao extrapolar notavelmente a sua competência.

A afirmação do Estado de exceção é de transcendental importância, pois o ditador soberano que o domina, com isto, domina o Estado, porque, como diz Schmitt, ele é quem decide quando o Estado deve existir. Eis aqui um momento crucial em que a teoria jurídica da exceção afirma que o direito é uma redução ao *decisionismo*, ou seja, que “Assim, todo direito termina por fazer referência à situação das coisas”, e nesse sentido a abstração e generalidade como características do direito

necessariamente se esvaem, sangram e perecem.

A gravidade da implementação de um Estado de exceção é que, como sustenta Karl Dietrich Bracher, que “Há muitos exemplos na história que mostram que as leis de emergências levam consigo, e que estão provavelmente a induzir, ao concreto perigo de intensificar, se não provocar, a crise que elas são designadas para prevenir”. Quando ocorre a implementação do Estado de exceção e o acultramento dessa nova realidade jurídico-política vai se tornando progressivamente mais complexa a tarefa de desembarque dessa nova realidade aplastante, para voltar ao roteiro democrático-parlamentar. Nesse sentido o mesmo Bracher argumenta com acerto que a instauração do Estado de exceção abre as portas para a sua aceitação como regra e não mais como exceção, abrindo as portas para a concretização de um golpe de Estado sem a aparência de um.

No momento da implementação do Estado de exceção não é revogada necessariamente a totalidade da ordem jurídica, mas uma inovadora lógica axiológico-jurídica passa a vigorar amparada em um determinado conjunto de normas jurídicas que atingem o núcleo duro do sistema democrático até então vigente, sejam elas emanadas de qualquer dos três poderes.

A emersão da figura togada do soberano ditador é compatível com a descrição schmittiana do personagem cuja atividade é de alcançar um determinado fim exitosamente, ou seja, vencer um determinado inimigo, enfrentar um adversário político que deve ser “acalmado” ou mesmo aplastado. No nacional-socialismo essa persecução contava com a introdução de alteração no Código Penal alemão (§2º, apartados 1 e 2) em que, à raiz da admissão do conceito de analogia, contemplando a flexibilização do direito punitivo, o “sentimento do povo” passaria a embasar as persecuções penais, o que fundamentaria a ação jurídico-política de eliminação dos inimigos do Estado.

A aceitação dessa opção é clara no texto schmittiano, para quem “O adversário

político está moralmente corrompido, é um escravo ao qual há que tornar inofensivo. Se se demonstra que a maioria caiu na corrupção, então, a maioria virtuosa pode empregar todos os meios de poder para ajudar ao triunfo da *virtú*". A lógica ditatorial também praticada pelo nacional-socialismo foi a da fragmentação do campo político-ideológico, sendo ocupado por partícipes do projeto da virtude e, por outro lado, pelos seus inimigos, e aos condutores do regime não restava outra opção para um sistema zeloso pela virtude do que eliminar a todos os degenerados que não cultivavam a honra, a virtude e nem o sentido do dever presente no direito penal nacional-socialista, algo que segundo Edmund Mezger, permitia ao Judiciário extirpar do convívio social os elementos inapropriados. A teoria jurídica do Estado de exceção ditatorial fixará a campanha punitiva nos inimigos, definidos como aqueles que não compõem a "sua" comunidade, cujos elementos variam historicamente a ser definidos conforme a raça ou opção política. Esta é vereda percorrida nesses dias quando o extermínio dos "inferiores" se dá diretamente através da supressão de políticas públicas que lhes favorece, aliada à persecução judicial de suas lideranças políticas.

Esse cenário é compatível com a descrição de Müller de que, como foi o caso na Alemanha nacional-socialista, a posição mais segura para os juristas, era a de adotar as ideias do Führer, mesmo quando inexistissem normas específicas para tanto, replicando, assim, o modelo de transgressão instaurado. Assim, os juízes em muitos casos estavam "[...] liberados de suas obrigações em face da lei e apenas limitados pela incomparável e mais restritiva "obrigação aos princípios centrais do governo do *Führer*". O que estava sendo praticada era uma orientação teleológica do Poder Judiciário o êxito em sua consecução das finalidades punitivas, e legitimando todos os meios, dentre eles, a aplicação na área penal de "[...] sanções que foram criadas fora das cortes criminais através da instituição da "prisão preventiva", sobre a qual a polícia tem exclusivo controle", pervertendo a garantia jurídica básica de que a execução da pena depende de decisão final de órgão jurisdicional.

O magistrado que opera no âmbito do Estado de exceção orienta as suas decisões pela lógica típica do nacional-socialismo apontada por Ernst Niekisch, que ao descrever o novo juiz emergente daquele trágico momento histórico indicava que ele deveria julgar os seus casos “[...] não sob a base de uma pesquisa analítica de seus elementos, mas apenas como um todo, e concretamente, após agarrar-se à sua essência”. De forma similar, para Georg Dahm a nova legislação nacional-socialista apontava que as ações e decisões judiciais não deveriam ser conduzidas exclusivamente por razões lógicas, mas em vez disso, através do sentimento e da experiência como um membro do *Volk* pela virtude e de seu vínculo estreito com ele. Sob essas circunstâncias poderiam operar alegremente juízes do naipe de Roland Freisler, assim como alguns de seus homólogos em colegiados jurisdicionais podem jurisdicionar à semelhança do funcionamento do Tribunal do Povo (*Volksggerichtshof*).

Foi sob a teoria jurídica do Estado de exceção o sistema judicial deu azo a julgamentos sob a égide de uma doutrina penalista de Freisler que realizava a distinção entre os conceitos cruciais de “tentativa” e “consumação”, expandindo o conceito de “empreendimento” (*Unternehmung*) – até então apenas previsto para crimes de alta traição – para equiparar tentativa e consumação, equiparação que, definitivamente, apenas pode ser realizada em um sistema ditatorial cuja jurisdição despreza a existência de provas e condena a qualquer que divirja e ameace o poder estabelecido. A teoria jurídica penal do nacional-socialismo de Freisler bastaria o autor dar início a ação considerada típica pela ditadura para que fosse reconhecido ao Estado o direito de persecução punitiva. Nesta esquina deparamos com a firmeza do direito penal da vontade à disposição dos regimes ditatoriais, sejam quais forem as suas vestes históricas.

Nesse tipo de cenário habitado por figuras que sofisticam as práticas da teoria jurídica de Freisler fica caracterizado o exercício ditatorial do poder punitivo do Estado, mesmo quando a sua encarnação seja uma mera fantasia de outros poderes ocultos. Contudo, a estrutura do Estado demanda a existência dessa figura

singular para desde um único ponto de poder neutralizar os outros dois conhecidos, e assim o Poder Legislativo e o Poder Judiciário formalmente fazem naufragar a teoria da separação dos poderes para cumprir os fins de sua associação íntima. Formal e empiricamente, portanto, assiste razão à Schmitt ao indicar que sob a ditadura um poder anula aos demais. Hoje o Brasil conhece a prática de funcionamento de um Estado sem divisão de poderes. A realidade brasileira exilou Montesquieu e elaborou um sistema hierárquico de poder em duplo nível, no qual o primeiro deles é singular e o segundo, triádico, ou seja, no primeiro, age a oligarquia econômica e sua doutrina pós-neoliberal que decide, e no segundo, os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, auxiliados pela mídia), subordinados, e que apenas executam as ordens do primeiro nível hierárquico de poder. Esse é o novo cenário de aplicação da teoria do Estado de exceção schmittiano, e que essa é a nova configuração da realidade do poder em diversos Estados com pretensões democráticas é uma verdade autoevidente.

Os tempos ditatoriais desprezam o direito democraticamente constituído e a sua fundamentação democrática. Desprezam, por exemplo, a limitação da ciência jurídica quanto a previsibilidade do futuro, e nessa medida as lacunas do direito sempre foram um objeto de pesquisa para que a resolução dos casos concretos possam ser as mais estáveis que resulte possível. Vencer definitivamente essa debilidade jurídica, sem embargo, não está no horizonte de sociedades democráticas, e fazê-lo é um alvo de sociedades ditatoriais. Exemplo disto foi a indicação de Werner Brinkman de que “O reconhecimento de que é impossível para as normas legais individuais cobrir todos os possíveis casos que surjam, e que seria preferível não fazê-lo através de uma lista exaustiva das transgressões e sim fornecer ao juiz diretrizes na forma de poucos princípios gerais, conforme os quais ele deveria determinar a natureza criminal de uma transgressão”. Isto estava em perfeita consonância com a doutrina nacional-socialista expressa pelo então Ministro da Justiça Franz Gurtner (1881-1941), cujo teor era basicamente que “[...] os juízes devem estar obrigados a levar em consideração não apenas as leis escritas mas também ‘o conceito de justiça por trás delas’ e as ‘sãs emoções

populares””, algo que atualmente no Brasil é expresso pela grande mídia, constitutiva da opinião pública.

Relativamente aos seus nefastos efeitos, é indiferente que o órgão jurisdicional se desempenhe segundo a lógica da pára-legalidade por força de uma estrutura política na qual opera ou, então, que o faça por assumir ilegalmente tal função, pois em qualquer caso é forte âncora para o desenvolvimento de um regime ditatorial. A tomada de decisões judiciais nesse quadro jurídico-político está para além dos critérios propostos pelo jovem Schmitt, a saber, dentro do quadro de previsibilidade legal. Indubitavelmente, as decisões tomadas no bojo do lavajatismo constituem uma perversão da ordem constitucional e dos princípios basilares do garantismo próprio da cultura jurídica romano-germânica e anglo-saxônica, tal como da imparcialidade judicial, do princípio da presunção da inocência, do juiz natural, do *in dubio pro reo*, da ampla defesa, do direito do acusado a manter a prerrogativa profissional de seus defensores, julgamento conforme as provas constantes nos autos, submissão do magistrado às normas da Lei Orgânica da Magistratura e, por fim, a absoluta submissão à legalidade constitucional.

A fundamentação teórica que justificaria a implementação do Estado de exceção seria a verificação de um estado de necessidade. Contudo, a real motivação para impor o Estado de exceção em tempos não marcados por enfrentamento bélico e nem por situações de necessidade ou emergência costuma ser rebaixada e bem diminuída a exigência de gravidade, em clara infração conceitual. Em tempos turbulentos o conceito tende a ser utilizado de forma leviana, não sendo raro que a animosidade ou insatisfação eleitoral venha a ser objeto de justificativa para a implementação de um Estado de exceção por parte dos insatisfeitos derrotados ao pressentir que a população não oferece horizonte aos perdedores por não convergir com as ideias e os ideais daqueles que podem acessar os mecanismos para a imposição de um Estado de exceção. Contudo, hoje há nova demanda de articulação com o poder togado (magistratura e Ministério Público), poder financeiro e poder midiático.

O ditador migrou da política e vestiu a toga, abandonou a legislação como instrumento e agora utiliza as sentenças como arma eficiente. Essas forças judiciais mal-formadas ignoram um fato básico da vida política e bem expresso por Bracher, a saber, que a “A história política mostra que as crises são melhor abordadas com o envolvimento de todas as forças parlamentares, sindicatos e a imprensa livre, mas não através da exclusão deles do processo político. Nós mal julgamos a real natureza da democracia se reconhecemos isto como uma forma de jogo para ser jogado apenas quando os tempos são bons [...]”, ou seja, que a crise se resolve por dentro da lógica democrática, e não através de recursos que fogem à mobilização das forças políticas da sociedade livre.

Resolutamente o que a comunidade golpista-lavajatista despreza, e não se trata de falta de compreensão, é que se trata de uma fabricada, e dentre os seus elementos centrais se encontra a estratégia econômica de implementar políticas econômicas que produzam a recessão. Rigorosamente, não convém que a reação às crises genuínas seja a declaração de Estado de exceção, mas sim que sob a rudeza das circunstâncias, que concedamos razão a Bracher acerca de que “Todos os componentes de um Estado democrático e de uma sociedade democrática devem estar plenamente envolvidos em um regime de emergência. Uma crise apenas pode ser superada através de uma cooperação democrática, através do controle e responsabilização [...]”. Esta perspectiva não é compartilhada pelas forças político-econômicas interessadas na derrocada da democracia.

Nesse sentido a realidade brasileira evidencia aplicação teórica desses conceitos da teoria jurídica do Estado de exceção e que vem orientando a Lava Jato de forma direta, rasa e simples, registrada em suas deletérias consequências no texto de Schmitt a respeito do ocasionalismo tão típico das ditaduras. Para Schmitt “Onde tudo depende do Estado de coisas concreto e do êxito concreto a alcançar, a diferença entre o justo e o injusto se converte em uma formalidade inútil [...]”, como também desprezível é o próprio ordenamento jurídico sob o qual jurisdicionam os seus órgãos. De fato, esta perversão da lógica jurídica democrática não chega a ser

um problema para quem age no mundo segundo a lógica da quase-divindade, conforme um “[...] verdadeiro soberano [que] não reconhece por cima dele mais do que a Deus”. Esta perversão dos atores jurídicos tende a criar as condições armadilhosas para a sua permanência, consolidando-se assim, como sugere Agamben, um conceito de Estado de exceção permanente operante em diversos Estados contemporâneos.

O poder togado que intervém e decide em períodos de exceção atua conforme a lógica tipicamente decisionista de tais regimes, decisões que não emanam da fundamentação no ordenamento jurídico, mas do “nada” (*ex nihilo*), liberta-se de qualquer vínculo normativo, ela é “ditada”, é constituída tão somente a partir da vontade do emissor da ordem transformada em decisão judicial. Em um Estado de exceção as decisões dessa natureza são corriqueiras, e já não há magistrados ou câmaras as quais recorrer, e a carreira criminosa do togado nacional-socialista Roland Freisler é esclarecedora a esse respeito, que acabou em meio a sessão de seu Tribunal do Povo, cujo bombardeio em momento de trabalhos impôs petardo em seu plenário que atingiu o ignóbil Freisler, mas salvando da iminente condenação ao réu Schlabrendorff, embora antes a sua bárbara fúria tivesse consumido muitas outras vítimas fatais como os irmão Scholl que conheceu um de seus pontos “alto” no julgamento em 20 de julho de 1944 do conjunto dos acusados de planejar o atentado contra Hitler.

Por vezes a história é realmente irônica e, às vezes, até repetidamente, mas quando os ventos mudam e o céu desanuvia, os radicais perseguidores antidemocratas de ontem voltam atrás, e logo passam a trajar novas vestes adequadas aos novos tempos, tal como fez Mezger. Mas enquanto não chegam esses novos dias, é preciso ouvir Agamben e reconhecer quão próxima é a relação entre o Estado de exceção e a consolidação do direito de resistência.



Fonte:

<http://www.frentepelasoberania.com.br/politica/a-teoria-juridica-do-estado-de-excecao-e-o-trf-4/>