

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CARLOS PHILIFE POTRICH OLSEN

**A SUPREMA EXCEÇÃO:
A CRISE INSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB UMA
LÓGICA DE EXCEÇÃO PROPOSTA POR GIORGIO AGAMBEN**

**CURITIBA
2018**

CARLOS PHILIPPE POTRICH OLSEN

**A SUPREMA EXCEÇÃO:
A CRISE INSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB UMA
LÓGICA DE EXCEÇÃO PROPOSTA POR GIORGIO AGAMBEN**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. André Peixoto

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

CARLOS PHILIPPE POTRICH OLSEN

A SUPREMA EXCEÇÃO:
A CRISE INSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB UMA
LÓGICA DE EXCEÇÃO PROPOSTA POR GIORGIO AGAMBEN

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

Esse trabalho é dedicado aos
meus amores, Luciane e Camila.

AGRADECIMENTOS

Para explicar como surgiu esse trabalho e aproximar de tudo que aprendi durante o tempo que pude aproveitar das grandes mentes que compõem a Escola da Magistratura do Paraná – EMAPE, seria necessário muito mais que poucas linhas em um trabalho de conclusão como esse.

É bem verdade que os melhores momentos não podem ser capturados pelas dicas de concurso e pelas minúcias da técnica de criação de sentenças; pois foram momentos raros, quase que imperceptíveis, que surgiam em meio àquelas divagações sobre os recônditos mais escondidos do conteúdo jurídico.

Pois entre súmulas e julgados, quando comentavam artigos que o examinador iria certamente exigir nas provas, os professores deixavam fluir livremente algumas observações que, mesmo alheias aparentemente ao conteúdo que tratávamos, ao serem contextualizadas com a realidade tornaram possível que esse trabalho fosse concluso.

O maior aprendizado que magistrados, promotores, advogados e, acima de tudo, professores dignos de serem considerados mestres poderiam passar aos seus alunos é justamente a vivência.

Como o prof. Fábio Guaragni que entendia nossa sociedade muito preocupada com a amplitude do tema, em franco detrimento da profundidade. Ou o prof. Eros que julgava estarmos em um tempo “raivoso”, sem saber ao certo porque estávamos com raiva uns dos outros. Ou a crítica da magistratura como profissão que o Prof. José Orlando trouxe, aproximando o Juiz do cidadão comum, pai de família. Ou as divagações do Prof. Eduardo Novacki que alertavam aos desejosos de seguir na magistratura as inconveniências que os membros do poder legislativo aprovavam nos textos legais, ainda que tenha sempre defendido a função essencial que é o Poder Legislativo. E, por fim, mas não menos importante, todos os segredos que o Prof. Murilo fez questão de marcar em nossas mentes. Estaremos muito mais preparados para a etapa do concurso que estávamos ao entrar.

Inúmeros outros professores, todos na verdade, incluindo aqueles que utilizaram-se das facilidades tecnológicas para ministrar suas aulas à distância, todos sem exceção colocaram um pouco daquilo que sabem além do discurso e da razão. O maior aprendizado que proporcionaram, seus testemunhos enquanto operadores do direito está na experiência da pura potência de pensamento, questionando nossos intelectos e nos trazendo aquele inefável que a vida somente ensina pela vivência.

A todos os professores, funcionário e colegas da Escola da Magistratura, deixo meu agradecimento por um ano revolucionário.

*Until we return, paradise interred.
Spread your golden wings, let the sails unfurl.
(Dead Can Dance – A Passage In Time)*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O PODER JUDICIÁRIO E SUAS CARACTERÍSTICAS	11
2.1	O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	11
2.1.1	<i>Poder Executivo</i>	13
2.1.2	<i>Poder Legislativo</i>	14
2.2	PODER JUDICIÁRIO	16
2.2.1	<i>Estrutura Organizacional</i>	17
2.2.2	<i>Garantias e Vedações do Poder Judiciário</i>	18
2.2.3	<i>Conselho Nacional de Justiça</i>	21
3	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL	23
3.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS	23
3.2	COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	24
3.3	COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	24
3.3.1	<i>Competência Originária</i>	24
3.3.2	<i>Competência Relativa aos Recursos Ordinários e Extraordinários</i>	28
3.3.3	<i>Repercussão Geral</i>	30
3.4	A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	30
4	O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	35
4.1	A EXCEÇÃO COMO LIGAÇÃO DA VIDA AO PODER	35
4.1.1	<i>A Relação de Exceção</i>	35
4.1.2	<i>A Vida Insacrificável e Perfeitamente Matável</i>	38
4.2	O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO REGRA	42
4.2.1	<i>Força-de-lei: o caráter imperativo da decisão</i>	44
4.3	O MECANISMO DA EXCEÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO	47
4.4	O VAZIO DE DIREITO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	51
5	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS	57

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar qual o papel do Supremo Tribunal Federal em meio à crise institucional que o Brasil atravessa em seu período pós-*impeachment*. Ao analisar a estrutura da repartição de poderes, o Poder Judiciário e as regras do Supremo Tribunal Federal, prepara caminho para trazer uma teoria possível de ser aplicada pelos indícios que a imprensa noticia. Ao aplicar a “Teoria do Estado de Exceção como Regra”, proposta por Giorgio Agamben, o trabalho divaga sobre o papel do STF atualmente e os riscos possíveis de uma atuação fora daquilo que defende o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: STF, Operação Lava-Jato, Giorgio Agamben

1 INTRODUÇÃO

O Brasil enfrenta um período de turbulência social que testa seu Estado Democrático de Direito. Com o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff e o governo de Michel Temer, o estrato social brasileiro foi bastante abalado. Um dos maiores fatores de desestabilização foi, ainda que sua atuação seja benéfica e tenham amplo apoio popular, a Operação Lava-Jato e seus desdobramentos.

A partir da Lava-Jato, o Brasil acordou para os esquemas de corrupção endêmicos do funcionalismo estatal. Poderosos foram presos, desvios investigados e a população foi às ruas lutar pela libertação do Brasil contra a atuação do crime organizado. Encabeçada pelo exemplo do magistrado Sérgio Moro, os cidadãos brasileiros passaram a prestar atenção na esfera político-jurídica; não mais a seleção brasileira seria os onze mais observados, após a Lava-Jato esse posto passou a pertencer ao Supremo Tribunal Federal.

Protagonista semanal em todos os noticiários, os ministros que compõem o tribunal constitucional brasileiro adquirem aura de celebridades. São reconhecidos nas ruas, restaurantes e aeroportos, nem sempre de uma forma agradável, mas é inegável que são amplamente observados e seus menores deslizes estampam as manchetes de jornais, telejornais e canais das mídias sociais.

Na esfera jurídico-política o Supremo Tribunal Federal encontra-se em seu maior momento. Protagonista frente um poder executivo instaurado pela queda de um presidente e de um poder Legislativo desconexo com as camadas populares, o STF tem um papel proeminente na estabilidade do Estado brasileiro. É nele que a Constituição encontra sua última defesa.

Contudo, em razão da tempestuosa condição que o país atravessa, é necessário questionar como é possível explicar a atuação ora política, ora jurídica do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes?

É da essência de um Estado Democrático de Direito que suas instituições não sejam hegemônicas e um imperativo da liberdade que elas não sejam imunes às críticas que o cidadão porventura profira. A pertinência desse trabalho se deve justamente aos comentários que o cidadão comum tem contra o órgão máximo jurisdicional brasileiro.

Para explicar a atuação ora política, ora jurídica do Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes dever-se-á aproximá-la com a teoria do Estado de

Exceção proposta por Giorgio Agamben. Para isso será seguido o seguinte roteiro: (a) explicar o princípio da divisão dos poderes e as características do Poder Judiciário; (b) estudar o Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial; e, (c) verificar como as teses de Agamben podem fornecer um referencial importante para entender o STF nesse período jurídico-político do Brasil.

2 O PODER JUDICIÁRIO E SUAS CARACTERÍSTICAS

2.1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A divisão tripartite dos poderes, própria dos regimes democráticos, foi definida pelo art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil. Essa disposição é conhecida por “sistema de freios e contrapesos”, repartindo de forma balanceada, entre os poderes estatais, aquele poder soberano originário que fundamenta a ordem constitucional vigente¹.

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia de tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.²

Como ensina Luis Roberto Barroso:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais de constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais.³

Em linhas gerais, trata-se da separação da soberania em três esferas: executivo, legislativo e judiciário. Mas é preciso ressaltar que o poder cindido se deve apenas às exteriorizações realizadas pelos órgãos de governo. Como afirma a doutrina, em relação a divisão dos poderes: “Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *várias funções*, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa, a executiva e a judiciária*”⁴.

A Constituição de 1988, além de consagrar expressamente o *princípio da separação dos poderes* (CF, art. 2º) e protegê-lo como cláusula pétrea (CF,

¹ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 288

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 31

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108

art. 60, § 4º, III), estabeleceu toda uma estrutura institucional de forma a garantir a independência entre eles, matizada com atribuições de controle recíproco. [...] A *independência* entre os poderes tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A *harmonia*, por sua vez, exterioriza-se no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.⁵ (itálico no original)

Possui dois elementos característicos, portanto: (a) sua especialização funcional, onde a separação se dá nas áreas de atuação de cada poder, e (b) a independência orgânica, que estabelece que cada poder será autônomo na criação e gestão de sua estrutura organizacional⁶. Explicando em termos doutrinários:

A especialização funcional inclui a titulariedade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais poderes.⁷

Canotilho entende que o princípio da separação dos poderes se apresenta em duas dimensões: (a) um limitação de poder (dimensão negativa) e, (b) uma responsabilidade pelo poder (dimensão positiva). Essas dimensões, complementares entre si, tratam sobre a separação de forma que: de uma lado, dimensão negativa, diz respeito a limitação dos poderes, e, de outro lado, dimensão positiva, a separação organizacional desses poderes⁸.

O princípio da divisão como forma e meio de limite do poder (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma medida jurídica ao poder de estado e, conseqüentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de princípio positivo assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais da soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder.⁹

O sentido pertinente à presente monografia está mais próximo da dimensão negativa, ou seja, das limitações de cada poder. Em que pese que haja a separação

⁵ NOVELINO, 2015. p. 290

⁶ SILVA, 2009. p. 109

⁷ BARROSO, 2010 p. 175

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250

⁹ Ibidem.

dos poderes, a Constituição da República Federativa do Brasil previu que mesmo que houvesse a divisão, os poderes deveriam manter a harmonia entre si:

A harmonia entre poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.¹⁰

Desta forma, não há uma separação absoluta, a regra da divisão comporta suas exceções, contudo os limites são a norma. Seguindo a doutrina:

A sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale de 'rupturas da divisão do poder'. Estas rupturas ou desvios do princípio da divisão dos poderes só são, porém, legítimos se e na medida em que não interfiram com o núcleo essencial da ordenação constitucional de poderes. Com efeito quando o núcleo essencial (Kernbereich) dos limites de competências, constitucionalmente fixado, for objecto de violação pode estar em jogo todo o sistema de legitimação, responsabilidade, controle e sanção, definido no texto constitucional.¹¹

Para integralizar o conteúdo, se faz necessário uma breve explicação dos limites de cada poder, antes de se adentrar aos elementos do Poder Judiciário.

2.1.1 Poder Executivo

O tratamento dado ao Poder Executivo na presente carta constitucional é controvertida. Em momentos trata-o como função (*i.e.* art. 76) enquanto em outros como órgão (*i.e.* art. 2º). "Pode-se dizer, de modo geral, que se trata de órgão constitucional (supremo) que tem por função a prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração"¹². Sinteticamente, as atribuições do poder executivo no âmbito federal são:

No sistema presidencialista, como o adotado pela Constituição brasileira de 1988, o Chefe do Poder Executivo exerce atos de chefia do Estado, do governo e da administração. Os critérios classificatórios das funções atribuídas ao Presidente da República são bastante diversificados. Essa divergência doutrinária, no entanto, não tem grande relevância prática, uma vez que as tentativas de classificação têm apenas valor didático. Como Chefe de Estado, o Presidente da República representa o Brasil nas suas

¹⁰ SILVA, 2009. p. 110

¹¹ CANOTILHO, 2003. p. 252

¹² SILVA, Op. cit. p. 542

relações internacionais [...]. As nomeações de Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores [...], de um terço dos membros do Tribunal de Contas da União [...], assim como de magistrados dos tribunais regionais federais, do trabalho e eleitoral [...] fazem parte da função de Chefe de Estado por serem órgãos de outro Poder [...]. Como chefe de governo, trata de negócios internos de natureza política [...]. As nomeações de Governadores de Territórios, Procurador-Geral da República, presidente e diretores do Banco Central [...] também fazem parte das atribuições da Chefia de Governo. Como Chefe da Administração Pública federal, o Presidente da República exerce funções de natureza administrativa [...].¹³

Além dessas funções, existem outras com caráter especial, em razão da importância dos fatos que as justificam. São elas: a faculdade de convocar e presidir Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional¹⁴. A tônica da competência do Poder Executivo está diretamente ligada ao governo do Estado, ou, mais propriamente, à Administração Pública.

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.¹⁵

Portanto, o Poder Executivo, de forma geral, é aquele que estará visceralmente ligado com o a política, pois através de seus representantes eleitos democraticamente, encabeçará a Administração Pública, tendo autonomia discricionária dentro dos limites da legalidade.

2.1.2 Poder Legislativo

No âmbito federal, a função legislativa é atribuída ao Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado. Nesse sentido, a Câmara dos Deputados representa o povo brasileiro e o Senado representa os Estados e o Distrito Federal. Na esfera federal têm-se um bicameralismo. Já nas esferas estadual e municipal têm-se um sistema unicameral, composto pela Assembléia Legislativa (esfera estadual), Câmara Legislativa (esfera distrital) e pela Câmara Municipal (esfera municipal).¹⁶

¹³ NOVELINO 2015. p. 721

¹⁴ Ibid. p. 721-722

¹⁵ MELLO, 2010. p. 36

¹⁶ NOVELINO, Op. cit.. p. 655

No bicameralismo brasileiro, não há predominância substancial de uma câmara sobre outra. Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis (arts. 61, §2º, e 64).¹⁷

A função legislativa pode ser dividida em duas categorias: típica e atípica. Por função típica entende-se legislar e fiscalizar. Entre as funções atípicas estão aquelas de caráter administrativo exercidas pela Câmara e pelo Senado em sua organização, polícia, provimento de cargo, etc; e competência para processar e julgar as altas autoridades nos casos de crime de responsabilidade¹⁸. Resumidamente, define-se a função legislativa como:

[...] é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.¹⁹

Sobre essa função típica do Poder Legislativo:

A edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações é função típica do Poder Legislativo. O art. 59 da Constituição Federal lista os instrumentos normativos compreendidos na regulação que o constituinte desenvolve nos dispositivos seguintes. Cogita da Emenda à Constituição, das leis complementares, das leis ordinárias, das leis delegadas, das medidas provisórias, dos decretos legislativos e das resoluções.²⁰

As inovações trazida à ordem jurídica vigente são atribuições do Poder Legislativo, que dispõe de processos legislativos próprios para cada espécie. Ainda, compete-lhe também a fiscalização dos atos governamentais:

Cabe ao Congresso Nacional, à guisa de controle externo, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (art. 70 da CF).²¹

Em termos gerais, o Poder Legislativo é quem detém a legitimidade para supervisionar a atuação governamental seja pela criação de leis ou pela fiscalização desses atos.

¹⁷ SILVA, 2009. p. 510

¹⁸ NOVELINO, 2015. p. 656

¹⁹ MELLO, 2010. p. 35-36

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 901

²¹ Ibid. p. 882

2.2. PODER JUDICIÁRIO

Constitucionalmente, o Poder Judiciário está previsto nos arts. 92 a 126. Sua estrutura organizacional é voltada para a resolução de conflitos de interesses no caso concreto. Tal função, chamada jurisdicional, se dá por meio do processo judicial com finalidade de resolver as demandas de interesses conflitantes, sendo portanto um sistema de composição de lides.²²

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.²³

A solução das lides é dada com base em “ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais”. Portanto, o poder judiciário deve atuar somente nos estritos critérios que foram estipulados pelo legislador. A sentença, produto típico da atuação do Poder Judiciário, é dada visando “uma pessoa determinada, com uma ordem individualizada e concreta sobre um bem especificado”, ao contrário da lei que destina-se aos casos gerais definindo um direito abstrato pertinente a todos que cumprirem os requisitos nela impostos.²⁴

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, é aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o Judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracterizaria a atividade jurisdicional é a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante em casos de direitos contestados ou lesados.²⁵

Em relação à administração, alguns doutrinadores encaram a jurisdição como atividade secundária, “no sentido de que ela substitui a vontade ou inteligência de alguém”, no caso do administrador, cuja atribuição seria primária pois desenvolve o interesse governamental, ou seja, da própria atividade. Já a função jurisdicional é a

²² SILVA, 2009. p. 553

²³ MELLO 2010. p. 36

²⁴ SILVA, Op. cit. p. 554

²⁵ MENDES, 2011. p. 963-964

atividade dirigida para assegurar o interesse público pela resolução de conflitos mediante “o estabelecimento de ordens concretas dirigidas aos titulares dos interesses em luta”.²⁶ Em outras palavras:

O Poder Judiciário, assim como dos demais poderes, exerce funções típicas e atípicas. Sua função típica consiste no exercício da jurisdição (*juris dicere*), atividade pela qual o Estado substitui as partes em conflito para dizer quem tem o direito (caráter substitutivo). Dentre as funções atípicas, exerce algumas de natureza legislativa, como a elaboração de seus regimentos internos (CF, art. 96, I, “a”), e outras de caráter administrativo, tais como a organização de secretarias e serviços auxiliares, o provimento de cargos, a concessão de licença, férias e outros afastamentos a membros e servidores (CF, art. 96, I, alíneas “b”, “c” e “e”).²⁷

Apesar de estar organizado pelas várias esferas federativas do Estado brasileiro, o Poder Judiciário é “uno e indivisível: não é federal, nem estadual, mas nacional”. Seus órgãos podem se dividir em esferas federais e estaduais, mais isso se deve por uma mera repartição de competências entre seus órgãos.²⁸

2.2.1 Estrutura Organizacional

Mesmo sendo uno e indivisível em sua função jurisdicional, o Poder Judiciário somente se cumpre através de sua estrutura. Os seus órgãos estão dispostos no art. 92 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:
 I - o Supremo Tribunal Federal;
 I-A o Conselho Nacional de Justiça;
 II - o Superior Tribunal de Justiça;
 II-A - o Tribunal Superior do Trabalho;
 III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
 IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
 V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
 VI - os Tribunais e Juízes Militares;
 VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.
 § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.
 § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional.²⁹

Esmiuçando o artigo *supra*, tem-se: (a) o Supremo Tribunal Federal que é “[...]”

²⁶ SILVA, 2009. p. 555

²⁷ NOVELINO, 2015. p. 742

²⁸ *Ibidem*

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Data de acesso: 02/09/2018

um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação”; (b) o Superior Tribunal de Justiça cujo papel é de “[...] articulação e defesa do direito objetivo federal”; (c) os tribunais da justiça federal; e, (d) os tribunais dos Estados, Distrito Federal e territórios.³⁰

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são considerados “órgãos de superposição”. Os demais órgãos são divididos entre a “Justiça Federal”, que compreende os Juízes e Tribunais Regionais Federais (“Justiça Federal Comum”) e os Juízes e Tribunais da Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar (“Justiça Federal Especializada”), e a “Justiça Comum” composta por Juízes e Tribunais dos Estados e Distrito Federal, atualmente, conjuntamente com a Justiça Estadual especial, formada por Juízes de Direito e Conselhos de Justiça e Tribunal de Justiça militar.³¹

Com relação ao Conselho Nacional de Justiça:

O Conselho Nacional de Justiça, apesar de incluído pela Emenda Constitucional 45/2004 na estrutura constitucional do Poder Judiciário, é um órgão de caráter administrativo, criado para exercer o controle da atuação administrativa e financeira deste poder, bem como fiscalizar os juízes no cumprimento de seus deveres funcionais.³²

Dentre os órgãos citados, maior atenção se dará ao Supremo Tribunal Federal oportunamente. No presente, é preciso brevemente elencar as garantias e vedações próprias do Poder Judiciário.

2.2.2. Garantias e Vedações do Poder Judiciário

Sobre a relação do Poder Judiciário com os demais poderes, Luís Roberto BARROSO entende que “a atuação de juízes e tribunais é preservada do contágio político por meio da independência do Judiciário em relação aos demais Poderes e por sua vinculação ao Direito, que constitui um mundo autônomo”³³.

Esta maior autonomia se traduz em prerrogativas especiais, dadas aos magistrados pela Constituição de 1988, com o objetivo de preservar a imparcialidade e independência dos juízes. Tais garantias (previstas na CF, art. 95, I a III) ao invés

³⁰ SILVA, 2009 p. 556-557

³¹ NOVELINO, 2015. p. 743

³² Ibidem

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 435

de serem privilégios, se apresentam “[...] como prerrogativas voltadas a assegurar o livre desempenho de suas funções, preservando sua independência e imparcialidade”³⁴.

Tais garantias podem ser divididas em duas categorias: (a) aquelas que protegem a independência dos órgãos judiciários; e, (b) aquela que protege a imparcialidade dos órgãos judiciários. Com relação àquela, se dividem em três: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.³⁵

A **vitaliciedade** assegura que o magistrado somente perderá o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado. No caso do juiz de primeiro grau, a vitaliciedade será adquirida após dois anos de exercício, somente podendo o juiz perder o cargo, nesse período, mediante deliberação do tribunal que estiver vinculado (CF., art. 95, I). Os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos casos de crimes de responsabilidade, nos termos do art. 52, II, e parágrafo único, da Constituição de 1988. A **inamovibilidade** garante que o juiz não seja removido do cargo *ex officio*. Não se permite, igualmente, que, mediante qualquer mecanismo ou estratégia institucional, seja ele afastado da apreciação de um dado caso ou de determinado processo. A ordem constitucional contempla a possibilidade de se efetivar a remoção do juiz – bem como a decretação de sua disponibilidade ou aposentadoria –, por interesse público, mediante decisão da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 93, VIII). A **irredutibilidade de vencimentos**, antes garantia exclusiva dos magistrados e hoje integrante da proteção dos servidores públicos em geral, completa esse elenco de garantias pessoais voltadas para assegurar a independência dos magistrados. Afasta-se aqui a possibilidade de qualquer decisão legislativa com o intuito de afetar os subsídios pagos aos juizes.³⁶

Por outro lado, as garantias de imparcialidade do Poder Judiciário se traduzem em vedações específicas aos magistrados, com intuito de evitar situações que o interesse do magistrado possa se confundir com qualquer outro que não aquele da Justiça.³⁷

Assim é que a CF, no art. 95, parágrafo único, veda-lhes: (a) exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; (b) receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; (c) dedicar-se à atividade político-partidária; (d) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (e) exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.³⁸

A proibição do exercício de função diversa, salvo a de magistério, implica na

³⁴ NOVELINO, 2015. p. 745

³⁵ SILVA, 2009. p. 590

³⁶ MENDES, 2011. p. 970-971

³⁷ SILVA, Op. cit. p. 591

³⁸ Ibid. p. 591-592

impossibilidade de exercício, ainda que em indisponibilidade, de cargo ou função que não seja de magistério, abarcando aí funções ou cargos públicos e também qualquer exercício de funções de natureza privada. “Esta vedação, além de resguardar a imparcialidade, tem por objetivo impedir que o exercício de outras atividades incompatíveis com os afazeres da magistratura”. O Supremo Tribunal Federal já indicou que, em relação a atividade de magistério, importa verificar se tal atividade inviabiliza o exercício do ofício judicante no caso concreto.³⁹

A vedação de receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo deve ser interpretada extensivamente, abrangendo toda e qualquer despesa processual, não se restringindo as despesas previstas em lei sobre expedição e movimentação dos processos.⁴⁰

Outra vedação é a que impede que juízes possam participar de atividades políticas por meio de partidos. Segundo o tema:

[...] Há proibição do exercício de atividade político-partidária. Também aqui se cuida de vedação destinada a garantir, institucionalmente, as condições objetivas de imparcialidade do magistrado. Caso decida pela atividade político-partidária, o juiz terá de afastar-se, definitivamente, da magistratura, mediante aposentadoria ou exoneração. A vedação da atividade político-partidária por parte do magistrado é prevista no texto constitucional (art. 95, parágrafo único, III). A Lei Orgânica da Magistratura Nacional contempla a mesma regra, prevendo o perdimento do cargo por parte do magistrado que exercer a referida atividade político-partidária (LC n. 35/79, art. 26, II, c).⁴¹

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe ainda duas vedações ao texto originário: (a) a de receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de qualquer entidade, pública ou privada, ressalvados os casos previstos em lei; e, (b) o exercício da advocacia no juízo ou tribunal que se afastou, pelo período de 3 (três) anos do afastamento do cargo, seja por aposentadoria ou por exoneração. Trata-se do período de “quarentena”.⁴²

Eventuais críticas ao modelo adotado centraram-se na limitação ao exercício livre de atividade profissional. Por outro lado, a previsão procura afastar suposto perigo evidenciado pela odiosa prática do *revolving doors*, como se denomina no Direito norte-americano o trânsito entre setores públicos e privado. Refere-se a profissional que detém segredo e prestígio por conta de determinada atividade e que, em tese, exploraria o *savoir-faire* e o bom nome, em benefício próprio ou de terceiros.⁴³

³⁹ NOVELINO, 2015. p. 746-747

⁴⁰ Ibid. p. 747

⁴¹ MENDES, 2011. p. 971

⁴² NOVELINO, Op. cit. p. 747-748

⁴³ MENDES, Op. cit. p. 971-972

Em uma análise geral, essas inovações trazidas pela EC-45/2004 apenas tornavam expressas as proibições que estavam implícitas no sistema e que eram notórias entre os operadores jurídicos, que se as realizassem, estariam cometendo improbidade e se sujeitariam à sanção correspondente prevista na lei.⁴⁴

2.2.3 Conselho Nacional de Justiça

Outra inovação da EC-45/2004 foi a criação do Conselho Nacional de Justiça cuja natureza é de órgão administrativo de caráter nacional. Contudo, ainda que inserido na estrutura constitucional do Poder Judiciário, “[...] não dispõe de atribuições institucionais para exercer a fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e Tribunais”.⁴⁵

A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça com atribuição de efetivar a supervisão da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. O Conselho compõe-se de quinze membros, com mais de 35 anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução (art. 103-B, *caput*), sendo um deles o Presidente do Supremo Tribunal Federal; um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo Tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo Tribunal; um desembargador de Tribunal de Justiça e juiz estadual, indicados pelo Supremo Tribunal Federal; um juiz de Tribunal Regional Federal e um juiz federal, indicados pelo Superior Tribunal de Justiça; um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho e um juiz do trabalho, indicados pelo Tribunal Superior do Trabalho; um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.⁴⁶

Como brevemente explicado acima, o Conselho tem por objetivo “[...] o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e a fiscalização dos juízes no cumprimento de seus deveres funcionais.” Porém é preciso notar que nem a atuação no controle dos juízes no cumprimento de seus deveres, nem o controle da atuação administrativa e financeira atingem a imparcialidade jurisdicional e o autogoverno do Judiciário, “[...] porquanto não há qualquer usurpação de competência privativa dos Tribunais”.⁴⁷

⁴⁴ SILVA, 2009. p. 592

⁴⁵ NOVELINO, 2015. p. 765

⁴⁶ MENDES, 2011. p. 1034

⁴⁷ NOVELINO, Op. cit. p. 765

As competências atribuídas pela Constituição ao Conselho Nacional de Justiça estão elencadas no art. 103-B, §4º da Constituição Federativa do Brasil e não constituem um rol exaustivo. Para efetivar o controle da atuação administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário e a fiscalização dos juízes em seus ofícios judicantes, o Estatuto da Magistratura poderá ampliar as atribuições.⁴⁸

Nos termos da jurisprudência do Supremo, enquanto órgão de caráter administrativo o Conselho não tem competência para: I) fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e Tribunais em geral; II) apreciar a constitucionalidade dos atos administrativos (mas somente sua legalidade); III) interferir em acordo judicial. O órgão também não tem qualquer competência sobre o Supremo Tribunal Federal, sendo suas atribuições restritas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo dele. Na condição de órgão máximo do Poder Judiciário Nacional, o Supremo pode exercer o controle jurisdicional de atos e decisões do Conselho (CF, art. 102, I, "r", e art. 103-B, §4º).⁴⁹

As peculiaridades do Poder Judiciário devem ser contrastadas com as regras para funcionamento do Supremo Tribunal Federal, na sua composição e atuação, e, portanto, é necessário se passar ao próximo capítulo em que se tratará a respeito da instância máxima do Poder Judiciário.

⁴⁸ NOVELINO, 2015. p. 768

⁴⁹ Ibid. p. 769

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

José Afonso da SILVA traz que “a jurisdição constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”. De um lado o sistema norte-americano, fundado no critério difuso, onde a jurisdição ordinária realiza o controle de constitucionalidade, sem, no entanto, realizar o julgamento conforme valores políticos, mas apenas da decisão no caso concreto.⁵⁰

Por sua vez, o sistema europeu se pautou no controle concentrado, como “[...] uma resposta aos ataques político e ideológico da Constituição”. Tal sistema culminou na criação das corte constitucionais “[...] como os únicos tribunais competentes para solucionar conflitos constitucionais”.⁵¹

O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via da exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade.⁵²

Sendo o órgão de cúpula do Poder Judiciário da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102 da Constituição Federal, é o órgão a quem compete “[...] precipuamente, a guarda da constituição”. Além do texto constitucional, para Marcelo NOVELINO, também a Emenda Constitucional 45/2004 reforça o caráter de corte constitucional, principalmente em virtude da ampliação da

⁵⁰ SILVA, 2009 p. 558

⁵¹ Ibidem

⁵² Ibid. p. 558-559

fiscalização pela via de controle concentrado, pela exigência da comprovação de repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e a introdução da súmula vinculante.⁵³

3.2 COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo a doutrina de MENDES:

O Supremo Tribunal Federal compõe-se, atualmente, de onze ministros, escolhidos dentre pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada, maiores de 35 anos e menores de 65 anos, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. Embora não exista mandato para o exercício da função de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o prazo médio de permanência no cargo, no período de 1946-1987, não é superior a oito anos. No período de 1989-2009, essa média foi elevada para onze anos. [...] Alguns Ministros permaneceram no cargo por mais de vinte anos; outros, não mais do que dez meses.⁵⁴

É preciso completar o trecho acima, no sentido de apontar que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal está restrito aos indivíduos de nacionalidade brasileira originária (CF, art. 12, §3º, IV).⁵⁵

Atualmente o corpo de Ministros é composto por: (a) Ministro Dias Toffoli – Presidente; (b) Ministro Luiz Fux – Vice-presidente; (c) Ministro Celso de Mello – Decano; (d) Ministro Marco Aurélio; (e) Ministro Gilmar Mendes; (f) Ministro Ricardo Lewandowski; (g) Ministra Cármen Lúcia; (h) Ministra Rosa Weber; (i) Ministro Roberto Barroso; (j) Ministro Edson Fachin; e, (l) Ministro Alexandre de Moraes.⁵⁶

3.3 COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.3.1 Competência Originária

A Competência do STF pode ser dividida em três níveis: (a) aquelas referentes à atuação originária da Suprema Corte; (b) aquelas relativas aos recursos ordinários; e, (c) aquelas pertinentes aos recursos extraordinários. Tal divisão tem fundamento

⁵³ NOVELINO, 2015. p. 769-770

⁵⁴ MENDES, 2011. p. 983

⁵⁵ NOVELINO, Op. cit. p. 770

⁵⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao> Último acesso: 25/09/2018

constitucional, o que impede o estabelecimento de normas diversas por vias infraconstitucionais, sendo tais limites exaustivos.⁵⁷

As matérias de competência do STF constam do art. 102, especificadas em três grupos: (1) as que lhe cabe processar e julgar originariamente, ou seja, como Juízo único e definitivo, e são as questões relacionadas ao inc. I; (2) as que lhe incumbe julgar, em recurso ordinário, e são as indicadas no inc. II; (3) e, finalmente, as que lhe toca julgar, em recurso extraordinário, e são as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida envolve uma das questões constitucionais referidas nas alíneas do inc. III.⁵⁸

Com relação as matérias de competência originária do Supremo Tribunal Federal, traz a doutrina:

Em linhas gerais, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- b) a representação para fins de intervenção nos Estados, nos casos de afronta aos princípios elencados no art. 34, VII, que consubstanciam os chamados princípios sensíveis e a representação para assegurar execução de lei federal – CF, art. 34, VI, e 36, III;
- c) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Conta da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- e) o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- f) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- g) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da Administração indireta;
- h) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou

⁵⁷ NOVELINO, 2015. p. 770

⁵⁸ SILVA, 2009. p. 559

- indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- k) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- l) as ações contra o CNJ e contra o CNMP.⁵⁹

A competência originária do Supremo afasta, em razão de seu regime estrito, o processo e julgamento de causa de natureza civil cujo o texto constitucional não tenha previsão expressa. A razão desse afastamento se deve a taxatividade do rol consagrado, portanto, “[...] a prerrogativa de foro de que dispõem essas autoridades nas infrações comuns e nos crimes de responsabilidade, não se estende a ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares”.⁶⁰

José Afonso da Silva entende que as competências previstas nos incisos do art. 102 possuem “conteúdo de litígio constitucional”. Portanto, trata-se da “jurisdição constitucional” na qual pode ser observar três modalidades:⁶¹

(1) *Jurisdição constitucional com controle de constitucionalidade*: que, [...] pode ser por via da ação direta, interventiva ou genérica, e por via de exceção. A primeira está prevista no art. 102, I, a e p, como competência originária do STF para processar e julgar a *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, assim também o *pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade*. [...] A segunda consta do mesmo art. 102, III, que dá competência ao Pretório Excelso para julgar em recursos extraordinário as causas decididas em única ou última instância, *quando a decisão contrariar dispositivo da Constituição, ou declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição*, ou, ainda, julgar válida lei local contestada em face de lei federal (EC-45/2004) [...].⁶²

A competência para julgar o recurso extraordinário, apesar de ser citada em razão do raciocínio do doutrinador, faz parte de competência diversa da originária e será tratada posteriormente. Prosseguindo:

(2) *Jurisdição constitucional da liberdade*: assim se chama o exercício da jurisdição provocado por remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais, [...]. Como tal podemos incluir a competência do STF para *processar e julgar, originariamente*: (a) o *habeas corpus* quando o paciente for o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros ou o Procurador-Geral da

⁵⁹ MENDES, 2011. p. 986-987

⁶⁰ NOVELINO, 2015. p. 772

⁶¹ SILVA, 2009. p. 559-560

⁶² Ibid. p. 560

República (art. 102, I, *d*); (b) o *habeas corpus* quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição, quando se trate de crime sujeito a essa mesma jurisdição em uma única instância (art. 102, I, *i*); (c) o *mandado de segurança* e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado, do TCU, do Procurador-Geral da República e do próprio STF (art. 102, I, *d*); (d) a *extradição* solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, *g*); (e) o *mandado de injunção* nos termos do art. 102, I, *q*. Entra também na categoria de jurisdição constitucional da liberdade a competência do STF *para julgar, em recurso ordinário* (art. 102, II, *a e b*), o *habeas corpus*, o *mandado de segurança*, o *habeas data* e o *mandado de injunção* decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, ou do próprio STF, assim como, em certo sentido, o *crime político*.⁶³

Nos casos acima registrados, existe a incidência de um foro privilegiado dos agentes políticos em razão de expressa previsão constitucional. A jurisprudência já determinou que tal foro “[...] só prevalece enquanto o agente está no exercício do cargo, perdendo-o quando o deixa, mesmo que o fato tenha ocorrido durante aquele exercício”. Tal privilégio só é válido quando expressamente previsto em texto constitucional.⁶⁴ A menção ao recurso ordinário, assim como no trecho acima, será objeto de estudo diretamente na sequência. Prosseguindo pela doutrina:

(3) *Jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade*: assim se entende “o exercício de atribuições judicantes, para compor litígio de natureza constitucional, mas diverso do que existe no controle de constitucionalidade das leis”. Inclui-se nesse caso a competência do STF para processar e julgar: os *crimes de membros de outros Poderes*, previstos no art. 102, I, *b e c*; os *litígios* entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou Território; as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (aqui, sua atuação é mais como *Tribunal da Federação* do que jurisdição constitucional); a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais (essas três últimas hipóteses entram como uma forma de exercício da jurisdição constitucional, porque visam a tutela e preservação da competência constitucional do próprio STF: cf. Art. 102, I, *b a o*); e, finalmente, os *conflitos de competência* entre o STJ e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.⁶⁵

A previsão de competência para atuar como “Tribunal da Federação” tem por intenção resguardar o “equilíbrio federativo”, o que implica que para legitimar sua invocação é necessário que a controvérsia tenha uma “potencialidade ofensiva” apta a atingir os valores que integram o princípio fundamental regente do “pacto da

⁶³ SILVA, 2009. p. 561

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ *Ibid.* p. 561-562

Federação”.⁶⁶

3.3.2 Competência Relativa aos Recursos Ordinários e Extraordinários

Como exposto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar os recursos ordinários nos seguintes casos:

O recurso ordinário é cabível:

- (a) em *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatórias as decisões;
- (b) dos crimes políticos julgados pela Justiça Federal de primeiro grau.⁶⁷

Nos casos de recurso extraordinário, a peça recursal deve indicar tanto o dispositivo constitucional autorizador da interposição como o preceito constitucional que em tese fora violado. Ainda que a indicação do dispositivo violado seja dispensável, é fundamental que a peça contenha a tese constitucional nas razões de recurso. E preciso notar, entretanto, que é admitida a procedência de recurso extraordinário cujas razões de deferimento baseiem-se em dispositivo diverso daquele indicado.⁶⁸

O recurso extraordinário presume o “esgotamento das vias recursais ordinárias”, que, ao teor da Súmula 281 do Supremo Tribunal Federal, entende ser inadmissível o recurso “quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”. De uma forma simplificada, entende-se que só serão admitidos recursos de decisões terminativas cujos recursos ordinários da decisão, ainda que interlocutória, tenham se exaurido, desde que haja alguma das hipóteses de cabimento do art. 102, III, da Constituição Federal.⁶⁹

Além do exaurimento das instâncias recursais, existe outro pressuposto de admissibilidade:

Outro requisito de admissibilidade é o prequestionamento, consistente na exigência de demonstração pelo recorrente de que os dispositivos constitucionais apontados como violados foram enfrentados na decisão recorrida ou nos embargos de declaração. É imprescindível a emissão de juízo explícito sobre o tema, o qual pressupõe debate e decisão prévios pelo órgão prolator da decisão, não bastando a simples arguição da matéria pela

⁶⁶ NOVELINO, 2015. p. 775

⁶⁷ MENDES, 2011. p. 987

⁶⁸ NOVELINO, Op. cit. p. 777

⁶⁹ Ibid. p. 778

parte recorrente.⁷⁰

Caso a matéria não tenha sido prequestionada, é possível que se interponham os embargos de declaração com objetivo de prequestionamento do ponto omitido indevidamente. Ainda que o órgão prolator se recusar a acatar o prequestionamento, a parte poderá interpor o recurso extraordinário sobre o objeto dos embargos.⁷¹

Nas hipóteses do art. 102, III da Constituição Federal estão previstos os requisitos para cabimento do recurso extraordinário:

Caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo da Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Essa última previsão – art. 102, III, alínea *d*, da CF – decorre da EC. 45/2004.⁷²

A hipótese da alínea 'a' do art.102, III da CRFB exige que a violação seja 'direta e frontal', não se admitindo meramente a de caráter reflexo, ou seja, não serão admitidos recursos que dependam de análises de normas infraconstitucionais, como, por exemplo, nos casos em que: a) haja ofensa a direito local (Súmula 280 do STF); b) envolva a mera interpretação de cláusulas contratuais (Súmula 454 do STF); c) ofensa ao princípio da legalidade, que implique revisão de interpretação dada a normas infraconstitucionais dada pela decisão recorrida (Súmula 636 do STF); d) alteração dos requisitos de admissibilidade do recurso especial.⁷³

No segundo caso, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, dispensa-se o prequestionamento. Porém, quando se tratar de decisão proferida por Tribunais, exige-se que tenha sido observado a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB), e a decisão recorrida seja do órgão fracionário, conforme entendimento da Súmula 513 do STF.⁷⁴

Nos casos das alíneas 'c' e 'd', trata-se do conflito de leis locais (municipais ou estaduais) com o texto constitucional ou lei federal. Nesses caso, o Supremo Tribunal Federal age como “guardião da Constituição” evitando que o governo local

⁷⁰ NOVELINO, 2015. p. 779

⁷¹ Ibidem

⁷² MENDES, 2011. p. 988

⁷³ NOVELINO, Op. cit. p. 779-780

⁷⁴ Ibid. p. 780-781

possa ter entendimentos antagônicos ao texto constitucional.⁷⁵

3.3.3 Repercussão Geral

Criado pela Emenda Constitucional nº45/2004, previsto no art. 102, §3º da CRFB, o requisito de admissibilidade recursal da repercussão geral objetiva não apenas realizar uma 'filtragem recursal', mas também a função de defesa da ordem constitucional objetiva.⁷⁶

Dentre as finalidades da repercussão geral, estão firmar o papel do Supremo como Corte Constitucional, restringir a competência à análise de questões constitucionalmente relevantes, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes, cuja solução extrapole o interesse subjetivo das partes, e fazer com que o Tribunal decida cada questão uma única vez. Este filtro recursal restringe o julgamento dos recursos extraordinários às questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, §1º; NOVO CPC, art. 1.035, §1º). Trata-se de um requisito antecedente e prejudicial a qualquer outro, cabendo ao recorrente demonstrar o binômio relevância e transcendência antes mesmo de se enveredar para o apontamento de qualquer matéria, pois, do contrário, não se conhecerá do recurso extraordinário interposto.⁷⁷

A verificação da repercussão geral é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo que se uma Turma decida pela existência com, no mínimo, 4 (quatro) votos, dispensa-se a remessa ao plenário. Na hipótese de vários recursos com fundamento semelhante, é o Tribunal de origem que deve selecionar alguns mais representativos da causa, sobrestando os demais enquanto aguarda decisão do STF. Negando-se a repercussão geral nesses recursos, aqueles que foram sobrestados se consideram automaticamente não-admitidos.⁷⁸

3.4 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Quando se trata da atuação do Supremo Tribunal Federal é importante notar dois fenômenos intrinsecamente ligados: a judicialização da política e o ativismo judicial. Anteriormente a Segunda Guerra Mundial, a Constituição era considerada meramente como: “[...] um documento político, cujas normas não eram aplicáveis

⁷⁵ NOVELINO, 2015. p. 781

⁷⁶ Ibid. p. 782

⁷⁷ Ibidem

⁷⁸ Ibid. p. 781-782

diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador”. Naquele momento, despontava o supremacia do parlamento e a centralidade da lei.⁷⁹

Com a passagem para o Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, não apenas disciplinando o rito formal de criação legislativa, mas também limitando o conteúdo da produção legislativa e impor deveres para a atuação do Estado. A partir desse momento, passa a valer a “centralidade da Constituição” e a “supremacia judicial”.⁸⁰

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.⁸¹

As principais causas para o fenômeno da judicialização da política podem ser divididas em: a) no reconhecimento de um Poder Judiciário forte e independente como essencial à democracia moderna; b) pela crise de representatividade dos parlamentos geral; e, c) pela facilidade que os atores políticos preferem que o Judiciário seja o responsável por decisões polêmicas, resguardando-se do desgaste político.⁸²

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inefutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário.⁸³

Reforçando, em relação aos juízes e tribunais, uma vez provocados pela via

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Net, Rio de Janeiro, Set. 2007. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf Acesso em 02 out. 2018 p. 4-5

⁸⁰ Ibid. p. 5

⁸¹ Ibid. p. 6

⁸² Ibid. p. 7

⁸³ Ibid. p. 8-9

processual, não há outra alternativa que não seja se pronunciarem sobre a questão. Será pelo modo em que atuarão que indicará a existência ou não do ativismo judicial. Este conceito, ativismo judicial, é um termo surgido nos Estados Unidos da América, que indica um período onde: “[...] ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzidas por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais”.⁸⁴

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.⁸⁵

Com relação a atuação do tribunal constitucional brasileiro, a postura ativista pode ser identificada em diversas situações: a) com a aplicação direta do texto constitucional aos casos que o legislador não havia contemplado, como nos casos de imposição da fidelidade partidária e da vedação do nepotismo; b) na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislador ordinário, em que aplicaram critérios menos rígidos que a violação direta do texto constitucional, como, por exemplo, nos casos referentes à verticalização das coligações partidárias e cláusula de barreira; c) a imposição ou vedação de condutas ao Poder Público, como nos casos de criações de municípios ou de políticas públicas ineficientes (casos de fornecimento de medicamentos).⁸⁶

Opostamente ao ativismo judicial, está a auto-contenção judicial, que se caracteriza por um Judiciário que busca reduzir sua interferência nas ações dos demais poderes. As críticas ao ativismo judicial, que propõe, por conseguinte, a auto-contenção do Poder Judiciário, pode ser agrupadas em três objeções. Inicialmente é preciso registrar que os membros do poder judiciário não são investidos por meio do processo eleitoral democrático, ou seja, carecem da participação popular através do sufrágio. Essa dificuldade em conciliar agentes investidos sem a “vontade popular”, mas que podem interferir diretamente na atuação dos demais poderes, chama-se “dificuldade contramajoritária”.⁸⁷

A segunda objeção cuida dos limites institucionais do Poder Judiciário. Para evitar que um dos poderes possa se converter em um “indesejável instância

⁸⁴ BARROSO. 2007. p. 9

⁸⁵ Ibid. p. 10

⁸⁶ Ibid. p. 11

⁸⁷ Ibid. p. 11-12

hegemônica”, é preciso verificar, em suma: a) qual poder está melhor capacitado para tomar a melhor decisão em cada matéria (capacidade institucional), e, b) o risco de “efeitos sistêmicos”, por natureza imprevisíveis e indesejáveis, que decorrem do efeito das decisões sobre um segmento econômico ou a prestação de um serviço público.⁸⁸

E, por fim, existe a objeção com relação à amplitude do debate. Uma vez que o Poder Judiciário é eminentemente técnico, investido pelo concurso público, na maioria das vezes os juízes não estarão acessíveis ao grande contingente de pessoas que compõe a sociedade e não possuem acesso ao vocabulário e saber jurídico. Essa objeção comporta riscos de ambos os lados: se por um lado, pode o povo se acostumar com juízes ativos, os “juízes providenciais”, que fomentariam a apatia do povo pelas questões políticas, também, por outro lado, haveria o risco de uma excessiva politização dos tribunais, o que contaminariam o ambiente racional do jurídico com uma excessiva politização, fruto das paixões que permeiam a sociedade civil.⁸⁹

A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de “contraponto e complemento”. Isso se torna especialmente verdadeiro em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. As constituições contemporâneas, como já se assinalou, desempenham dois grandes papéis: (i) o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a sus instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados: e (ii) o de disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância de poder. Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.⁹⁰

Portanto, o raciocínio a ser seguido pelo ativismo judicial é o seguinte: somente em casos que estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos podem os juízes tomarem iniciativa e atuarem politicamente. Em qualquer outra situação, os juízes devem acatar as escolhas feitas pelo legislador e manter as decisões discricionárias feitas pelo administrador, para não “presumir demais de si próprio [...], supondo-se experts em todas as matérias”.

⁸⁸ BARROSO, 2007. p. 13

⁸⁹ Ibid. p. 14

⁹⁰ Ibid. p. 15

Em últimos casos, vale lembrar que a jurisdição constitucional deve ouvir, não suprimir, a voz do povo, uma vez que é desse mesmo povo que emana todo o poder, e não dos juízes.⁹¹

⁹¹ BARROSO, 2007. p. 16

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 A EXCEÇÃO COMO LIGAÇÃO DA VIDA AO PODER

Antes de iniciar, é preciso deixar claro que não se trata de um estado de exceção tal qual aqueles que as constituições modernas incluem em seu texto para tratar de momentos de insegurança. O estado de exceção proposto por Giorgio Agamben é diferente pois nele, a exceção é a regra. Nos parágrafos seguintes, tentar-se-á, de forma mais objetiva possível, explicar o que caracteriza essa nova forma de capturar o indivíduo em uma relação de poder.

4.1.1 A Relação de Exceção

Os gregos antigos distinguiam dois tipos de vida: uma vida característica de todos os seres vivos, incluindo-se homens, animais e até mesmo os deuses – que era chamada de *zoé*, e outra, própria daqueles seres que viviam na cidade (*pólis*), e indicava uma forma de vida própria de um grupo – chamada *bíos*. Entretanto, a partir do surgimento da biopolítica no século XIX, quando não mais o homem político, mas seu corpo biopolítico (estatístico) passa a ser alvo da política, o ser humano perde seu *status* de vida política e retorna ao estado de ser vivente (*zoé*).⁹²

Esse retrocesso da condição do ser humano de vida política para vida nua é o mecanismo que conjuga direito e vida em um mecanismo de poder. Ou seja, é a exclusão da vida política que funda a cidade dos homens na política ocidental, essa criação do corpo biopolítico que indica a contribuição original do poder soberano.⁹³

Essa genealogia necessita que a discussão tome por foco o Poder Soberano e sua condição paradoxal de estar sempre, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico. Isso porque é ao soberano que cabe decidir sobre a suspensão ou não do ordenamento jurídico, colocando-se assim, legalmente, fora da lei. Entendendo a exceção como aquilo que, subtraída da hipótese geral, não se

⁹² AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 9-11

⁹³ *Ibid.* p. 14-5

pode reportar. Para a aplicação da norma é preciso antes que haja um ambiente estável, justamente aquele que o soberano “[...] cria e garante a situação como um todo na sua integridade”, sendo essa característica (decisão sobre a exceção) muito mais representativa da soberania do que o monopólio da sanção e do poder.⁹⁴

O que está para ser incluído na exceção não pode ser definido por meio de normas, pelo contrário, somente pela suspensão do ordenamento jurídico, que abandona aquele que foi capturado por ela. “Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela”, assim sendo, a relação de exceção é aquela onde algo é incluso unicamente através de sua exclusão.⁹⁵

Na exceção soberana trata-se, na verdade, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto, antes de tudo, de criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor. Ela é, neste sentido, a localização [...] fundamental, que não se limita a distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos, mas traça entre eles um limiar (o estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento.⁹⁶

Para a genealogia da “exceção”, o pressuposto central é de que o estado de exceção se tornou a regra na atualidade do Ocidente, e o espaço visível desse mecanismo está muito mais próximo do “campo de concentração” do que da prisão, onde vigora o direito carcerário, incluso no ordenamento jurídico normal.⁹⁷

A validade de uma norma jurídica não coincide com sua aplicação ao caso particular, por exemplo, em um processo ou em um ato executivo; ao contrário, a norma, justamente por ser geral, deve valer independentemente do caso particular. Aqui a esfera do direito mostra a sua essencial proximidade com aquela da linguagem. Como uma palavra adquire o poder de denotar, em uma instância de discurso em ato, um segmento da realidade, somente porque ela tem sentido até mesmo no próprio não denotar (isto é, como *langue* distinta de *parole*: é o termo na sua mera consistência lexical, independentemente de seu emprego concreto no discurso), assim a norma pode referir-se ao caso particular somente porque na exceção soberana, ela vigora como pura potência, na suspensão de toda referência atual. E como a linguagem pressupõe o não linguístico como aquilo com o qual deve poder manter-se em relação virtual (na forma de uma *langue*, ou, mais precisamente, de um jogo gramatical, ou seja, de um discurso cuja denotação atual é mantida indefinidamente em suspenso), para poder depois denotá-lo no discurso em ato, assim a lei pressupõe o não jurídico (por exemplo, a mera violência enquanto estado de natureza) como aquilo com o qual se mantém em relação potencial no estado de

⁹⁴ AGAMBEN, 2010 (A). p. 22-3

⁹⁵ Ibid. p. 25

⁹⁶ Ibid. p. 25-6

⁹⁷ Ibid. p. 26-7

exceção. A exceção soberana (como zona de indiferença entre natureza e direito) é a pressuposição da referência jurídica na forma de sua suspensão.⁹⁸

A relação de exceção pode ser contraposta com o “exemplo”. Enquanto a exceção é uma “exclusão inclusiva”, o exemplo seria uma “inclusão exclusiva”. Explicando, o exemplo é um paradigma em sentido etimológico, tal como a palavra “casa”, que será um substantivo para o exemplo de verbo de “casar” e um verbo para o exemplo do substantivo de “casa”. Na exceção é diferente. “Enquanto o exemplo é excluído do conjunto na medida em que pertence a ele, a exceção é incluída no caso normal justamente porque não faz parte dele”.⁹⁹

Mas o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela. A exceção soberana é, então, a figura em que a singularidade é representada como tal, ou seja, enquanto irrepresentável. Aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma de exceção. [...] Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual está desde sempre incluído. O que emerge nesta figura-limite é a crise radical de toda a possibilidade de distinguir com clareza entre pertencimento e inclusão, entre o que está fora e o que está dentro, entre exceção e norma.¹⁰⁰

Esta zona de indiferenciação é o vetor para um entendimento acerca da decisão do soberano. Não se resume apenas uma expressão de vontade de um sujeito hierarquicamente superior a outro, mas a própria “[...] implicação originária do ser vivente na esfera do direito”. Essa captura (da vida no direito) não se dá por meio da sanção, mas da culpa – entendida em seu sentido originário que indica um estar-em-débito – que não pressupõe uma transgressão (um limite entre o lícito e o ilícito), “[...] mas a pura vigência da lei, ao seu simples referir-se a alguma coisa”.¹⁰¹

A estrutura “soberana” da lei, o seu particular e original “vigor” tem a forma de um estado de exceção, em que fato e direito são indistinguíveis (e devem, todavia, ser decididos). A vida, que está assim *ob-ligata*, implicada na esfera do direito pode sê-lo, em uma última instância, somente através da pressuposição da sua exclusão inclusiva, somente em um *exceptio*. Existe uma figura-limite da vida, um limiar em que ela está, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, e este limiar é o lugar da soberania.¹⁰²

Diz Agamben em suma que a “relação de exceção” é a “[...] estrutura

⁹⁸ AGAMBEN, 2010 (A). p. 27

⁹⁹ Ibid. p. 28-9

¹⁰⁰ Ibid. p. 31

¹⁰¹ Ibid. p. 32-33

¹⁰² Ibid. p. 33

originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão”, não sendo exclusiva nem da política, nem do direito, ou, “[...] nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen)”. E tal relação se dará na forma de “bando”, em cujo sentido se diz: “[que] aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem”.¹⁰³

4.1.2 A Vida Insacrificável e Perfeitamente Matável

Para explicar o que é a vida capturada pela relação de exceção, Agamben traz uma figura arcaica do direito romano, o *Homo Sacer*. Tal figura se caracterizava pela situação contraditória entre a sacralidade de sua vida e a autorização de sua morte. Apesar de ser perfeitamente matável, o *homo sacer* não poderia ser morto nas formas sancionadas pelo rito (não se poderia aspergi-lo com o unguento destinado ao sacrifício).¹⁰⁴

Pela consagração um objeto deixava a esfera profana (pertencente ao *ius humanum*) para ingressar na esfera divina (*ius divinum*), porém, “[...] no caso do *homo sacer* uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina”. Assim como na relação de exceção existe uma dúplice exclusão inclusiva. Pois “[...] a lei aplica-se de fato ao caso excepcional desaplicando-se, [...] do mesmo modo o *homo sacer* pertence a Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade”.¹⁰⁵

O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como uma excrescência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera. [...] Aquilo que é capturado no *bando* soberano é uma vida humana matável e insacrificável; o *homo sacer*. Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, dispomos ainda de um princípio de resposta para o quesito benjaminiano acerca da “origem do dogma da sacralidade da vida”. Sacra, isto é, matável e insacrificável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que

¹⁰³ AGAMBEN, 2010 (A). p. 35

¹⁰⁴ Ibid. p. 74

¹⁰⁵ Ibid. p. 83-4

se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, e sua irreparável exposição na relação de abandono.¹⁰⁶

Para os romanos essa relação de soberania estava presente na “*vitae necisque potestas*”, que designava o poder incondicional que o *pater* possuía sobre a vida do filho. Tal poder era absoluto e não se restringia à sanção consequente à culpa, nem, tampouco, a expressão mais geral do poder do *pater* enquanto chefe da *domus*; ele era exclusivo da relação pai-filho, surgindo no momento que o pai reconhecesse seu filho varão. Ao contrário do poder sobre a mulher adúltera ou aquele poder do dominus sobre seus servos, “[...] a *vitae necisque potestas* investe ao nascer todo o cidadão varão livre e parece assim definir o próprio modelo do poder político em geral. Não a simples vida natural, mas a vida exposta à morte [...] é o elemento político originário”.¹⁰⁷

Tudo acontece como se os cidadãos varões devessem pagar a sua participação na vida política com uma incondicional sujeição a um poder de morte, e a vida pudesse entrar na cidade somente na dupla exceção da matabilidade e da insuscetibilidade. [...] Nem *bíos* político nem *zoé* natural, a vida sacra é a zona de indistinção na qual, implicando-se e excluindo-se um ao outro, estes se constituem mutuamente. Tem sido argutamente observado que o estado não se funda sobre um liame social, do qual seria expressão, mas sobre sua dissolução (*déliasion*), que veta [...]. A *déliasion* não deve ser entendida como a dissolução de um vínculo preexistente (que poderia ter a forma de um pacto ou contrato); sobretudo um vínculo tem ele mesmo originariamente a forma de uma dissolução ou de uma exceção, na qual o que é capturado é, ao mesmo tempo, excluído, e a vida humana se politiza somente através do abandono a um poder incondicionado de morte. Mais originário que o vínculo da norma positiva ou do pacto social é o vínculo soberano, que é, porém, na verdade somente uma dissolução; é aquilo que esta dissolução implica e produz – a vida nua, que habita a terra de ninguém entre a casa e a cidade – é, do ponto de vista da soberania, o elemento político originário.¹⁰⁸

Retornando a classificação grega da vida política e vida de um ser vivente, verifica-se que tal entendimento já não é comum na atualidade. O termo “vida” significa somente aquele pressuposto comum que sempre é possível isolar em qualquer forma de vida. Para Agamben, chama-se “forma-de-vida” aquela vida que é indissociável de sua forma, e, portanto, impossível de isolar uma vida nua.¹⁰⁹

Forma-de-vida é aquela em que uma vida humana, em seus atos e processos

¹⁰⁶ AGAMBEN, 2010 (A). p. 84-5

¹⁰⁷ Ibid. p. 88-9

¹⁰⁸ Ibid. p. 91

¹⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Medios sin fin: notas sobre la política**. 2.reimp. Valência: Pre-Textos, 2010. (B) p. 13

singulares, não são imutáveis, mas acima de tudo e sempre são a possibilidade de viver como potência. Não existe uma prescrição em razão de vocação biológica ou imposição pela necessidade, ao contrário, conservam em todos os momentos o caráter de uma possibilidade, um pôr em risco o próprio viver. E por tal razão, um ser de potência que pode fazer ou não fazer, suceder ou fracassar, o ser humano é o único que tem a felicidade sempre em jogo, cuja vida é irremediável e dolorosamente atribuída à felicidade. Portanto, sua vida se constitui imediatamente em vida política.¹¹⁰

En un estado de excepción que ha pasado a ser normal, la vida es la nuda vida que separa en todos los ámbitos las formas de vida de su cohesión e una forma-de-vida. La escisión máxima entre el hombre y el ciudadano es, pues, substituida por la escisión entre la nuda vida, portadora última y opaca de la soberanía, y las múltiples formas de vida abstractamente recodificadas en identidades jurídico-sociales (el elector, el trabajador por cuenta ajena, el periodista, el estudiante, pero también el seropositivo, el travestido, la estrella del porno, el anciano, el padre, la mujer) que reposan todas sobre aquélla.¹¹¹

Essa forma-de-vida que aglutina a idéia de uma vida política voltada somente a felicidade seria possível somente com a sua separação irrevogável de qualquer soberania. Porém, atualmente uma tal vida, uma vida para qual se vive a si mesmo, uma vida de potência, seria possível?¹¹²

Llamamos pensamiento al nexo que constituye las formas de vida en un contexto inseparable, en forma-de-vida. No nos referimos con esto al ejercicio individual de un órgano o de una facultad psíquica, sino a una experiencia, un *experimentum* que tiene por objeto el carácter potencial de la vida y de la inteligencia humanas. Pensar no significa sólo ser afectado por esta o aquella cosa, por este o aquel contenido de pensamiento en acto, sino ser a la vez afectado por la propia receptividad, hacer la experiencia, en cada pensamiento, de una pura potencia de pensar. [...] Sólo si no soy siempre y únicamente en acto, sino que soy asignado a una posibilidad y una potencia, sólo si en lo vivido y comprendido por mí están en juego en cada momento la propia vida y la propia comprensión – es decir si hay, en este sentido, pensamiento – una forma de vida puede devenir, en su propia facticidad y coseidad, forma-de-vida, en la que no es nunca posible aislar algo como una nuda vida.¹¹³

A experiência do pensamento se revela uma experiência de potência comum. “Comunidad y potencia se identifican sin fisuras, porque el que a cada potencia le sea inherente un principio comunitario es función del carácter necesariamente potencial de toda comunidad”. Para indivíduos que sempre foram em “ato”, sempre

¹¹⁰ AGAMBEN, 2010 (B). p. 14

¹¹¹ Ibid. p. 16

¹¹² Ibid. p. 17-8

¹¹³ Ibid. p. 18

se deram como aquilo ou aquela identidade, que já esgotaram totalmente sua potência, não poderia haver algo como uma comunidade, somente coincidências e divisões de fato.¹¹⁴

Portanto, o oposto da vida nua é aquela forma-de-vida que não se restringe ao indivíduo imutável, mas uma comunidade que faz experiência da potência de pensamento. É preciso abandonar a ideia de um modo de vida articulado com a produção social em prol de uma ideia em que a unidade da energia se encontra na multiplicidade de vidas inserida no conceito vida. Para combater a soberania estatal, que se reforça somente ao separar todos em suas áreas de vida nua, o indivíduo somente pode se reunir incessantemente a sua forma-de-vida e impedir que seja dissociado dela.¹¹⁵

Para aquela vida capturada pela exceção, resta somente uma relação de bando. O sentido desse “bando” vem da figura do “bandido”, do fora-da-lei. No antigo direito germânico, o qual se fundava na paz (*fried*), o malfeitor que era excluído da sociedade, tornando-se “sem-paz” (*friedlos*), podia ser morto por qualquer um, sem que nisso incorresse em homicídio. A condição do bandido era muito similar àquela do “homem-lobo” (“*wargus, werwolf, loup garou*” – o lobisomem), um monstro que se situava em uma zona onde humanidade e bestialidade eram indiscerníveis. Aquele que foi banido da comunidade, o bandido, se encontrava nesse limiar da indiferença, habitando a selva e a cidade, sem pertencer a nenhum dos dois.¹¹⁶

A relação de abandono é, de fato, tão ambígua, que nada é mais difícil do que desligar-se dela. O bando é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em bando é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente, capturado. [...] Torna-se assim compreensível a ambiguidade semântica, já anteriormente registrada, pela qual *in bando*, *a bandono* significam originalmente em italiano tanto “à mercê de...” quanto “a seu talante, livremente” (como na expressão *correre a bandono*), e bandido significa tanto “excluído, banido” quanto “aberto a todos, livre” [...]. O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois polos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano. Somente por isto pode significar tanto a insígnia da soberania [...] quanto a expulsão da comunidade.¹¹⁷

Concluindo, a vida nua é aquela que foi capturada por uma relação de

¹¹⁴ AGAMBEN, 2010 (B). p. 18-9

¹¹⁵ Ibid. p. 19-20

¹¹⁶ AGAMBEN, 2010 (A). p. 104-5

¹¹⁷ Ibid. p. 109-10

exceção. Seu caráter é definido pela dúplice exclusão inclusiva da perfeita matabilidade e de sua insacrificabilidade. O seu oposto, a forma-de-vida é aquela que busca a felicidade ao experimente a pura potência de pensamento, ou seja, a impossibilidade de ser tornada imutável em sua vida. Mas, ao contrário dessa, a vida nua nada pode esperar do poder soberano que a aprisionou, somente testemunhar seu abandono.

4.2 O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO REGRA

Ao revisar a teoria que defendia que o “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”, Agamben considerava as experiências totalitárias do século XX, onde o estado de exceção se mostrava, ao invés de uma medida extrema da resposta estatal, uma verdadeira instauração de uma “guerra civil legal”. E, portanto, o que caracterizaria o totalitarismo seria exatamente essa “criação voluntária de um estado de exceção”.¹¹⁸

Tal 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”. Em aparência, ele se mostra um estado de “plenitude de poderes”, como se fosse um retorno ao estado “pleromático” anterior à separação dos poderes; o que se deve ao aumento dos poderes de governo, especialmente àqueles que permitem ao executivo emitir decretos de lei. Contudo, mais certo é considerar o estado de exceção como um estado “kenomático”, ou seja, um vazio de direito.¹¹⁹

Esta seria a característica essencial do estado de exceção, o fato que nele pode-se observar a “[...] abolição provisória de distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário”, pois a atribuição de “plenos poderes” tem por consequência a erosão do poder legislativo “[...] que hoje se limita, com frequência, a ratificar disposição promulgadas pelo executivo sob a forma de decretos com força-de-lei”.¹²⁰

Observando as tradições jurídicas dos Estados ocidentais, não é relevante que o estado de exceção esteja inscrito no corpo dos ordenamentos constitucionais. Em muitos casos, o estado de exceção é regulamentado por meio de lei, ou até

¹¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2.ed. 1.reimp. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 11-3

¹¹⁹ Ibid. p. 15-7

¹²⁰ Ibid. p. 19

mesmo não regulamentado explicitamente. Ainda que, tratando-se de constituição formal essa distinção seja relevante (pois implicaria que os atos de governo, realizados contrariamente ou fora da lei, poderiam ser considerados ilegais e exigiriam uma correção por meio de uma *bill of indemnity*), nas constituições materiais, o estado de exceção existe em todos os ordenamentos, e após a Primeira Guerra Mundial, sua formalização se deu independentemente de qualquer formalização constitucional ou legislativa.¹²¹

Sua primeira utilização moderna ocorreu na França, em meio a Revolução Francesa. Naquele caso, a Assembleia Constituinte definiu um “estado de sítio fictício ou político”, e as constituições seguintes incorporaram ao soberano o poder de “[...] ‘fazer os regulamentos e os decretos necessários para a execução das leis e a segurança do Estado’”. Esse foi o marco da utilização do estado de exceção para enfrentar os períodos de crise constitucional que ocorreram nos séculos XIX e XX.¹²²

Em sua trajetória, a ampliação dos poderes governamentais progride para casos de “emergência econômica”, especialmente na Constituição de Weimar, onde foi utilizado extensivamente no período de 1919 à 1933, causando uma verdadeira “ditadura presidencial”. Importante notar que nesse caso, a ditadura constitucional que vigorou durante a República de Weimar acabou se dissolvendo, em seu lugar restando uma “democracia protegida”, demonstrando o paradigma de que as ditaduras constitucionais funcionam somente como fase de transição para a instauração de um regime totalitário.¹²³

Tentar situar o estado de exceção em sua relação com o ordenamento jurídico acaba por se revelar uma tarefa inútil. Pois, se verificado, 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”. Uma vez que o ordenamento é suspenso, o que de forma alguma significa sua abolição, a zona de anomia instaurada se apresenta como o limite próprio da ordem jurídica.¹²⁴

Mesmo as teorias que tentam aproximar o estado de exceção de um “direito da necessidade” não conseguem escapar do fato que “[...] mais que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso

¹²¹ AGAMBEN, 2008. p. 22-3

¹²² Ibid. p. 24-5

¹²³ Ibid. p. 28-9

¹²⁴ Ibid. p. 38-9

específico por meio de uma exceção”. Ou seja, a necessidade necessariamente implica em “[...] uma avaliação moral ou política (extrajurídica) pela qual se julga a ordem jurídica e se considera que é digna de ser conservada”. Em último caso, a necessidade vai se reduzir a uma decisão onde “[...] aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo indecível de fato e de direito”.¹²⁵

Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a remediar. Um princípio que diz respeito ao poder judiciário estende-se, assim, ao poder executivo. Mas, na verdade, em que consiste a lacuna em questão? Será ela, realmente, algo como uma lacuna em sentido próprio? Ela não se refere, aqui, a uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência. Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação.¹²⁶

Em outras palavras, o direito contém em si uma “fratura essencial”, em que, para garantir-lhe a existência, em um caso extremo, é necessário a suspensão de todo o ordenamento jurídico, que cria uma zona de anomia, onde “[...] essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”.¹²⁷

4.2.1 Força-de-lei: o caráter imperativo da decisão

Na teoria de Carl Schmitt, o estado de exceção se apresenta como uma ditadura. Ela pode ser de duas ordens: (a) a ditadura comissária, que visa defender ou restaurar a constituição vigente; e, (b) a ditadura soberana, onde a figura de exceção atinge seu auge. O que Schmitt tentava era inscrever o estado de exceção em um contexto jurídico, onde “[...] o estado de exceção é sempre algo diferente da anarquia e do caos e, no sentido jurídico, nele ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica”.¹²⁸

Essa inscrição do estado de exceção no contexto jurídico se daria, na ditadura comissária pela articulação entre “normas de direito” e “normas de realização do direito”. Portanto, a ditadura comissária suspende a aplicabilidade da constituição

¹²⁵ AGAMBEN, 2008. p. 40-7

¹²⁶ Ibid. p. 48

¹²⁷ Ibid. p. 48-9

¹²⁸ Ibid. p. 53-4

para poder defendê-la, para criar as condições que permitam a efetiva aplicação do direito. Nesse sentido, “[...] a constituição pode ser suspensa quanto à sua aplicação, ‘sem, no entanto, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão significa unicamente uma exceção concreta’”.¹²⁹

Por outro lado, na ditadura soberana, a inscrição do estado de exceção em um contexto jurídico se dá pela articulação entre o “poder constituinte” e o “poder constituído”. Nesse caso não se limita a suspender uma constituição com base em um direito nela contemplado, mas sim de criar um espaço que seja possível a instauração de uma nova constituição.¹³⁰

Como ambas as ditaduras se confundiam na prática, Schmitt fixa o operador da inscrição do estado de exceção na ordem jurídica na distinção entre “norma” e “decisão”. Outrossim, quando em condições normais, a norma deverá preponderar, e a decisão, por sua vez, é reduzida ao patamar mínimo. Na exceção, ao contrário, a norma é anulada, mas “continua sendo acessível ao conhecimento jurídico, porque os dois elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito jurídico”.¹³¹

O soberano que pode decidir sobre o estado de exceção, garante aqui a sua ancoragem na ordem jurídica. Mas, enquanto a decisão diz respeito aqui à própria anulação da norma, enquanto, pois, o estado de exceção representa a inclusão e a captura de um espaço que não está nem fora nem dentro (o que corresponde à norma anulada e suspensa), “o soberano está fora [...] da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence [...] a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in toto* da constituição”. [...] Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção.¹³²

Destarte, na ditadura comissária, a aplicação do direito se realiza autonomamente à norma, que está naquele momento suspensa mas continua válida, portanto, “[...] um estado de lei em que esta não se aplica, mas permanece em vigor”. Por sua vez, na ditadura soberana, a antiga constituição perdeu sua validade ao passo que a nova constituição representa um “mínimo de poder constituinte”, ou seja, um estado onde a lei se aplica, sem vigorar formalmente.¹³³

Jacques Derrida entendeu ser importante assinalar uma característica da expressão anglo-saxã “*to enforce the law*” (que significa “aplicar a lei”), que seria justamente a perda na tradução do sintagma “enforce”. Esse sintagma revela todo o

¹²⁹ AGAMBEN, 2008. p. 54-5

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ Ibid. p. 56

¹³² Ibid. p. 56-7

¹³³ Ibid. p. 58

sentido da “[...] alusão direta, literal, à força que vem do interior, lembrando-nos que o direito é sempre uma força autorizada, [...] mesmo que essa justificação possa ser julgada, por um lado, injusta ou injustificável”. Essa aplicabilidade (“*enforceability*”) não é alheia ao direito, mas intrinsecamente contida no conceito da justiça enquanto direito.¹³⁴

Montaigne falava de fato, são suas palavras, de um “fundamento místico” da autoridade das leis: Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve. Visivelmente, Montaigne distingue aqui as leis, isto é, o direito, da justiça. A justiça do direito, a justiça como direito não é a justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra “crédito” porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter “místico” da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento.¹³⁵

Feitas essas considerações, pode-se agora tratar da discussão entre a “eficácia” da lei, “[...] que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos”) e sua “força” de lei, “[...] um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico”). Especialmente nos atos promulgados pelo poder executivo, a expressão “força-de-lei, [...] define, pois uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos [...], que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua 'força'”.¹³⁶

Porém, do ponto de vista técnico, o aporte específico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, sobre a qual já se insistiu bastante, quanto o isolamento da “força-de-lei” em relação à lei. Ele define um “estado da lei” em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem “força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua “força”. No caso extremo, pois, a “força-de-lei” flutua como elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força-de-lei). Tal “força-de-lei”, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia.¹³⁷

Isso significa que a norma jurídica ao ser aplicada não pode se restringir ao

¹³⁴ DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 07-8

¹³⁵ Ibid. p. 21

¹³⁶ AGAMBEN, 2008. p. 60

¹³⁷ Ibid. p. 61

seu próprio conteúdo. Para se referir ao caso concreto, é preciso um processo, que terá uma pluralidade de sujeitos, e será terminado por uma sentença, ou seja, “[...] de um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais”. Dessa forma, a aplicação da norma acaba por pressupor o direito processual.¹³⁸

4.3 O MECANISMO DA EXCEÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO

No Direito Romano, havia um instituto similar ao estado de exceção conhecido por *iustitium*. Quando a República estivesse em perigo, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum*, declarando o *tumultus* (significando uma situação de emergência em Roma) e proclamava o *iustitium* (que significa literalmente “interrupção, suspensão do direito”). O efeito dessa proclamação era um vazio jurídico.¹³⁹

No *iustitium* não se tratava de instituir uma ditadura, onde era criado uma nova magistratura (o ditador) que recebia amplos poderes para governar Roma. Pelo contrário, o *iustitium* investia todos os cidadãos de um “*imperium* flutuante e anômalo”, onde é possível dizer que o Senado “[...] como autoridade suprema da comunidade, ao declarar o estado de exceção [...], limita-se a aconselhar que se organizem da melhor maneira possível as defesas pessoais necessárias”.¹⁴⁰

Nissen é o primeiro a ver de modo claro que a compreensão usual do termo *iustitium* como “férias judiciárias” [...] é totalmente insuficiente e que, no sentido técnico, também deve ser distinguido do significado mais tardio de “luto público”. [...] *Stillstand des Rech*, “interrupção e suspensão do direito”, é a fórmula que, segundo Nissen, traduz literalmente e define o termo *iustitium*. O *iustitium* “suspende o direito e, a partir disso, todas as prescrições jurídicas são postas de lado. Nenhum cidadão romano, seja ele magistrado ou um simples particular, agora tem poderes ou deveres”.¹⁴¹

O *iustitium* marca o limite constitucional da ordem jurídica romana. Ao contrário das ditaduras (onde um magistrado recebia amplos poderes), ou seja um estado “pleromático” de poderes, o *iustitium* apresentava o estado de exceção como um estado “kenomático”, ou seja, um vazio de direito.¹⁴²

¹³⁸ AGAMBEN, 2008. p. 62-3

¹³⁹ Ibid. p. 67-8

¹⁴⁰ Ibid. p. 70-1

¹⁴¹ Ibid. p. 72

¹⁴² Ibid. p. 74-5

Tentaremos enunciar, sob a forma de teses, os resultados de nossa pesquisa genealógica sobre o *iustitium*. 1) 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. [...] O estado de necessidade não é um “estado do direito”, mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito). 2) 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. [...] 3) O problema crucial ligado à suspensão do direito é o dos atos cometidos durante o *iustitium*, cuja natureza parece escapar a qualquer definição jurídica. À medida que não são transgressivos, nem executivos, nem legislativos, parecem situar-se, no que se refere ao direito, em um não-lugar absoluto. 4) É essa indefinibilidade e a esse não-lugar que responde 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 [...], de que tanto o poder quanto seus adversários, tanto o poder constituído quanto o poder constituinte tentam apropriar-se.¹⁴³

O fato do *iustitium* ser declarado pelo unicamente pelo Senado revela um caráter “*ex auctoritate patrum*”, de “*auctoritas*”, em contraposição com o caráter de “*potestas*” que pertencia ao povo. No direito privado romano, a *auctoritas* era propriedade exclusiva de um *auctor*, ou seja, da “pessoa *sui juris* (o *pater familias*)”, que ao intervir pronunciando a fórmula técnica “*auctor fio*” (“eu aprovo” em uma tradução livre), conferia validade jurídica ao ato daquele que era incapaz de, sozinho, realizar um negócio jurídico. O próprio sentido do termo *auctoritas* é derivado do verbo *augeo*, que corresponde a aumentar, crescer ou aperfeiçoar o ato. Portanto, a *auctoritas* sempre pressupõe um ato, o qual ela autoriza ou ratifica. O ato somente será perfeito se “aquele que é munido de *auctoritas*” e “aquele que toma a iniciativa do ato em sentido estrito” estiverem coincidindo.¹⁴⁴

De todo o modo, é certo que a *auctoritas* não tem nada a ver com a *potestas* ou com o *imperium* dos magistrados ou do povo. O senador não é um magistrado e, em seus “conselhos”, quase nunca se encontra o emprego do verbo *iubere*, que traduz as decisões dos magistrados ou do povo. Entretanto, em grande analogia com a figura do *auctor* no direito privado, a *auctoritas patrum* intervêm para ratificar e tornar plenamente válidas as decisões dos comícios populares. [...] A analogia não significa aqui, necessariamente, que o povo deva ser considerado como um menor em relação ao qual os *patres* agem como tutores: o essencial é, sobretudo, que também nesse caso se encontra a dualidade de elementos que, na esfera do direito privado, define a ação jurídica perfeita. *Auctoritas* e *potestas* são claramente distintas e, entretanto, formam juntas um sistema

¹⁴³ AGAMBEN, 2008. p. 78-80

¹⁴⁴ Ibid. p. 117-8

binário.¹⁴⁵

Uma vez que no *iustitium* o direito estava suspenso, e “[...] os cônsules são reduzidos à condição de simples particulares [...], enquanto cada particular age como se estivesse revestido de um *imperium*”, a *auctoritas* aparentemente suspenderia a *potestas* onde ela se encontrava, e causava a reativação dela onde já não mais vigorava. Portanto, a *auctoritas* “[...] é um poder que suspende ou reativa o direito, mas não tem vigência formal como direito”. E apresenta, em sua forma mais pura, quando invalidada pela *potestas* do magistrado, como “[...] o que resta do direito se ele for inteiramente suspenso (nesse sentido, [...] não direito, mas vida, direito que se indetermina com a vida)”.¹⁴⁶

Em uma passagem das *Res gestae*, ao reivindicar a *auctoritas* “como fundamento do próprio *status* de *princeps*”, Augusto definiu a especificidade de seu poder “constitucional”, e não como uma espécie de *potestas* (a qual ele já possuía e dividia com os demais magistrados). Ele se colocava como “fiador em uma *mancipatio*”, transferindo a República “de suas mãos para o Senado”. Isso significa, que o principado romano, que remete ao termo “imperador”, não se funda em um *imperium* de um magistrado, mas, ao contrário, em uma *auctoritas* elevada a sua máxima potência.¹⁴⁷

A magistratura é uma forma de poder onde o indivíduo é investido no cargo e nele funda sua fonte de poder. A *auctoritas* deriva, ao contrário, da própria condição pessoal do indivíduo, “como algo que se constitui através dela, vive somente nela e com ela desaparece”. Augusto recebe do povo todas as magistraturas, contudo é seu próprio ser que “legitima e garante toda a vida política romana”. Por essa razão, Augusto “tornou pública toda a sua casa [...] de modo a morar, ao mesmo tempo, em público e em privado”.¹⁴⁸

No entanto, é justamente porque o soberano era antes de tudo a encarnação de uma *auctoritas* e não somente de uma *potestas*, que a *auctoritas* era tão estreitamente ligada à sua pessoa física que tornava necessário o complexo cerimonial da confecção de cera de uma cópia idêntica do soberano no *funus imaginarium*. O fim de uma magistratura enquanto tal não implica de modo algum um problema de corpos: um magistrado sucede a outro sem ser necessário pressupor a imortalidade do cargo. Somente porque o soberano, a partir do *princeps* romano, expressa em sua própria pessoa uma *auctoritas*, somente porque, na vida “augusta”,

¹⁴⁵ AGAMBEN, 2008. p.120

¹⁴⁶ Ibid. p. 121-3

¹⁴⁷ Ibid. p. 123-5

¹⁴⁸ Ibid. p. 125-6

público e privado entram em uma zona de absoluta indistinção, é que se torna necessário distinguir dois corpos para garantir a continuidade da *dignitas* (que é simplesmente sinônimo de *auctoritas*). Para compreender fenômenos modernos como o *Duce* fascista e o *Führer* nazista, é importante não esquecer sua continuidade com o princípio da *auctoritas principis*. Como já observamos, nem o *Duce* nem o *Führer* representam magistraturas ou cargos públicos constitucionalmente definidos – ainda que Mussolini e Hitler estivessem investidos, respectivamente, do cargo de chefe de governo e do cargo de chanceler do Reich, como Augusto estava investido do *imperium consulare* o da *potestas tribunicia*. As qualidades de *Duce* e de *Führer* estão ligadas diretamente à pessoa física e pertencem à tradição biopolítica da *auctoritas* e não à tradição jurídica da *potestas*.¹⁴⁹

Ao aceitar-se a preeminência da *auctoritas* sobre a *potestas*, é aparente uma “figura da imanência do direito à vida”. Ainda que não exista um “tipo humano eterno”, que vez ou outra se encarne em um Augusto, Napoleão ou Hitler, mas somente dispositivos jurídicos similares (“o estado de exceção, o *iustitium*, a *auctoritas principis*, o *Führertum*”), o poder “carismático” é ligado ao conceito de *auctoritas* e elaborado em uma doutrina do *Führertum* como poder original e pessoal de um chefe”, ou seja, “uma identidade de estirpe entre chefe e seguidores”. Isso significa que o poder não se baseia em uma ordem jurídica preexistente, mas decorre do carisma pessoal.¹⁵⁰

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica de *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *auctoritas*. O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado, mas, por outro lado, a *auctoritas* só pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão da *potestas*. Enquanto resulta da dialética entre esses dois elementos em certa medida antagônicos, mas funcionalmente ligados, a antiga morada do direito é frágil e, em sua tensão para manter a própria ordem, já está sempre num processo de ruína e decomposição. O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma da *auctoritas*, da lei viva ou da força-de-lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos – como na Roma republicana, na contraposição entre Senado e povo, ou na Europa medieval, na contraposição entre poder espiritual e poder temporal –, sua dialética – embora fundada sobre uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas, quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal.¹⁵¹

¹⁴⁹ AGAMBEN, 2008. p. 126-7

¹⁵⁰ Ibid. p. 127-8

¹⁵¹ Ibid. p. 130-1

Essa é a ficção que está no centro dos “segredos do poder”; é um espaço vazio, “[...] onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida”. E, ressalte-se, que tal máquina “continuou a funcionar quase sem interrupção a partir da Primeira Guerra Mundial, por meio do fascismo e do nacional-socialismo, até nossos dias”. É dizer que, cotidianamente, a normatização do direito pode ser, “impunemente”, eliminada, dando espaço para uma “violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito”.¹⁵²

4.4 O VAZIO DE DIREITO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 28 de janeiro de 2018, Conrado Hübner Mendes publicou no jornal “Folha de São Paulo” um artigo tecendo severas críticas ao Supremo Tribunal Federal. Em seu texto, levantou questões sobre a atuação do STF, dando a ele um lugar de “[...] protagonista de uma democracia em desencanto”.¹⁵³ Segundo o professor de direito constitucional, o STF deveria esclarecer alguns pontos duvidosos, como:

[...] e Delcídio do Amaral (PT-MS), Eduardo Cunha (MDB-RJ), Renan Calheiros (MDB-AL) e Aécio Neves (PSDB-MG) detinham as mesmas prerrogativas parlamentares, por que, diante das evidências de crime receberam tratamento diverso? Se houve desvio de finalidade no ato da presidente Dilma Rouseff (PT) em nomear Lula (PT) como ministro, por que não teria havido o mesmo na conversão, pelo presidente Michel Temer (MDB), de Moreira Franco (MDB) em ministro? Se o STF autorizou a prisão após a condenação em segunda instância por que ministros continuam a conceder *habeas corpus* contra a orientação do plenário, como se o precedente não existisse? E a restrição ao foro privilegiado já tem oito votos favoráveis, pode um ministro pedir vista sob alegação de que o Congresso se manifestará a respeito? Pode ignorar o prazo para devolução do processo? Se lá chegam tantos casos centrais da agenda do país, como pode um magistrado, sozinho, manipular a pauta pública ao seu sabor (por meio de pedidos de vista, de liminares engavetadas, etc.)? Se o auxílio-moradia para juízes, criado em 2014, custa ao país mais de R\$ 1 bilhão por ano, como pôde um ministro impedir que o plenário se manifestasse até aqui? Se a criminalização do porte de drogas responde por grande parte do encarceramento em massa brasileiro, como pode um pedido de vista interromper, por anos, um caso que atenuaria o colapso humanitário das prisões? Se um ministro afirma que Ricardo Lewandowski “não passa na

¹⁵² AGAMBEN, 2008. p. 131

¹⁵³ MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP**. Em Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em 02 out. 2018 p. 02

prova dos 9 do jardim de infância do direito constitucional”, que Luís Roberto Barroso tem moral “muito baixinha”, que Marco Aurélio é “velhaco”, que Luiz Fux inventou o “AI-5 do Judiciário”, que Rodrigo Janot é “delinquente” e que Deltan Dallagnol é “cretino absoluto”, e além disso tem amigos espalhados entre o empresariado e a classe política julgados pelo STF, como expressará isenção nesses casos? Se a Lei Orgânica da Magistratura proíbe juízes de se manifestarem sobre casos da pauta, como podem ministros antecipar posições a todo momento nos jornais?¹⁵⁴

O autor considera que mais perguntas poderiam ser feitas, mas interrompe por aí, considerando que “[...] as respostas terão menos relação com o direito e com a Constituição do que com inclinações políticas, fidelidades corporativistas, afinidades afetivas e autointeresse”.¹⁵⁵ E prossegue:

A separação de Poderes conferiu lugar peculiar ao Supremo. O Parlamento é eleito, o STF não. O parlamentar pode ser cobrado e punido pelos seus eleitores, os ministros do STF não. O presidente da República é eleito e costuma ser o primeiro alvo das ruas, os membros do STF estão longe disso. A corte suprema tem o poder de revogar decisões de representantes eleitos. É um tribunal que se autorregula e não responde a ninguém.¹⁵⁶

Existem vários posicionamentos para justificar o poder e imunidade do Supremo frente ao controle democrático. O autor cita pelo menos dois: (a) a integridade constitucional exigiria um órgão que estivesse sobre os conflitos partidários para assumir, de forma imparcial, o papel do poder moderador; e, (b) o tribunal deveria, para além de sua faceta moderadora, inspirar respeito aos seus argumentos jurídicos na construção da jurisprudência. Mas o autor defende um posicionamento próprio, de que o STF “[...] apresentou-se como a última trincheira dos cidadãos, incumbido da missão de salvar a democracia de si mesma, domesticar maiorias, amparar e incluir minorias”.¹⁵⁷

Por não conseguir encarnar o papel de árbitro, o tribunal tornou-se partícipe da crise. Já não é mais visto como aplicador equidistante do direito, mas como adversário ou parceiro de atores políticos diversos. Desse caminho é difícil voltar. Atado a uma espiral de autodegradação, o poder moderador converteu-se em poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos. O ator que deveria apagar incêndios fez-se incendiário. Não foi vítima da conjuntura, mas da própria inépcia. A vanguarda iluminista na aspiração descobriu-se vanguarda ilusionista na ação (e na inação).¹⁵⁸

Essa atuação do STF, segundo o autor, pode ser resumida em duas regras: “[...] quando um não quer, 11 não decidem; quando um quer, decide sozinho por

¹⁵⁴ MENDES, 2018. p. 02-3

¹⁵⁵ Ibid. p. 03

¹⁵⁶ Ibid. p. 4

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸ Ibid. p. 5

liminar e sujeita o tribunal ao seu juízo de oportunidade. Praticam obstrução passiva no primeiro caso, e obstrução ativa no segundo”. Na prática, não existe nenhuma contradição entre essas regras, valendo a “[...] lógica do ‘cada um por si’”.¹⁵⁹

O ministro Gilmar Mendes, por exemplo, é praticante rotineiro dessa técnica. [...] Invoca o direito abstrato à liberdade, do qual ninguém discordará, e se desvia das críticas contra suas decisões recentes. As críticas às quais Mendes reage nunca miraram o HC em si, mas as evidências de suspeição para julgar, de forma monocrática, pessoas do seu círculo pessoal e político. O ministro se apresenta como defensor da liberdade, mas suas decisões passam a impressão de ser defensor dos amigos. Para dissipar essa impressão, basta que se declare suspeito – o que se recusa fazer. Manha ilusionista: discursar sobre o ideal revolucionário da liberdade e silenciar sobre a liberdade concedida a amigos indiciados.¹⁶⁰

Por tal motivo não tem sido útil indagar-se se o texto constitucional é lido conforme as melhores técnicas interpretativas, se o STF pratica o ativismo ou a deferência. Trata-se de conhecer “[...] a biografia do ministro e sua capacidade de atender a ética da imparcialidade, da responsabilidade e da colegialidade”. Sobre aquela ambição que o Estado de Direito tem de criar um “governo das leis, não dos homens”, não significa que o aparato judiciário deva ser composto por personagens sobre-humanos (como o juiz Hércules de Ronald Dworkin), perfeitamente imparciais, “[...] mas apenas que esses sujeitos devem ter compromisso ético para decidir com maior isenção e ponderação analítica, além de gozar de garantias contra a pressão da barganha política”.¹⁶¹

A prática do STF pede adaptação daquela máxima: a interpretação constitucional deve estar submetida ao “governo do Supremo, não dos ministros”. O tribunal, porém, tem sido governado pelo voluntarismo incontinente de seus membros. É muito poder individual de fato (e de legalidade duvidosa) para ser usado com tanta extravagância.¹⁶²

O tempo também se curva perante a atuação dos ministros. Segundo o autor, “o tempo do STF é místico. A corte pode tomar uma decisão em 20 horas ou em 20 anos”. Tal duração não guarda nenhuma coerência em razão da complexidade jurídica da causa, da amplitude política ou do excesso de demandas que o tribunal enfrenta. “É fruto, sim, da idiosincrasia e do instinto de cada julgador. E, às vezes, de negociações nos bastidores palacianos e corporativos”.¹⁶³

¹⁵⁹ MENDES, 2018. p. 5-6

¹⁶⁰ Ibid. p. 6

¹⁶¹ Ibid. p. 7

¹⁶² Ibid. p. 8

¹⁶³ Ibid. p. 8

A definição arbitrária de seu tempo decisório é mais uma faculdade que o Supremo conferiu a si mesmo e não explicou a ninguém, um dos poderes mais antidemocráticos que um tribunal pode ter. Pede-se a tribunais que produzam segurança jurídica e previsibilidade. Esse fim costuma ser entendido apenas como demanda de conteúdo: que pudéssemos estimar, com algum grau de certeza, à luz das decisões passadas da corte, o que decidirá em casos semelhantes no futuro. Não é um objetivo possível de realizar por completo, pois muitos casos, apesar de sua similaridade de superfície, suscitam variações interpretativas genuínas. Ainda que frustrate expectativas, é desejável que a jurisprudência tenha um grau de elasticidade. Mas existe uma faceta mais básica da segurança jurídica: e expectativa de que tomará uma decisão em tempo razoável ou sabido. Trata-se de previsibilidade de segunda ordem. O STF, no entanto, não só tirou a credibilidade da noção de jurisprudência como também nos sonega a possibilidade de saber quando uma decisão será tomada. Em certos casos, não estamos seguros sequer de que haverá decisão, qualquer que ela seja.¹⁶⁴

Essa dificuldade temporal, com a “loteria de agenda”, só causam prejuízos ao processo democrático, pois impede que sejam formados espaços de discussão, que se tragam os atores envolvidos a participar da resolução do conflito. “Esperam apenas que seus argumentos sejam respondidos e uma decisão seja tomada em tempo publicamente justificado”.¹⁶⁵

Às vésperas dos 30 anos da Constituição de 1988, temos um tribunal constitucional desencontrado. O STF promete mais do que deve, entrega menos do que pode, disfarça o tanto quanto consegue. Habitou-se à prática do ilusionismo e dela faz pouco caso. Criou uma espécie de zona franca da Constituição, onde reina a discricionariedade de conjuntura e aonde o Estado de Direito não chega. E não chega por obra dos próprios ministros e ministras, que não promoveram um único aperfeiçoamento digno de nota na última década: nem na forma, nem no conteúdo; nem nos ritos, nem na ética institucional. Não sabem conjugar a primeira pessoa do plural. Mediocrizaram a tarefa da interpretação constitucional e a própria instituição, cujo status se evapora. Com ele vai a esperança de efetividade da Constituição, a mais avançada que tivemos.¹⁶⁶

As críticas contundentes contra o Supremo Tribunal Federal, realizadas pelo Professor Conrado Mendes devem ser contextualizadas com um período turbulento da atuação institucional. Desde o início do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, o Brasil entrou um período político-jurídico marcado pela turbulência. A seção seguinte tentará fazer um apanhado geral dos vários eventos que compõe esse espectro exceptivo de atuação do STF.

¹⁶⁴ MENDES, 2018. p. 9

¹⁶⁵ Ibid. p. 9-10

¹⁶⁶ Ibid. p. 11-2

5 CONCLUSÃO

Resumindo, o Brasil enfrenta uma crise institucional generalizada. A dimensão da corrupção que assola o país tende a se evidenciar ainda mais com uma possível investigação do Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES. Se depender do apoio popular, a Operação Lava-Jato deverá prosseguir sem nenhuma forma de represálias alheias a ordem jurídica.

Contudo, uma posição essencial no combate à corrupção sempre foi ocupada pelo Supremo Tribunal Federal. Especialmente durante o escândalo do “Mensalão”, a suprema corte gozava da confiança resoluta dos brasileiros. Fato que, inclusive, gravou no conhecimento do cidadão o nome do Min. Joaquin Barbosa. Então, como explicar que o STF esteja com um grau mínimo de aprovação popular atualmente?

As ações individuais dos ministros ajudam a dar uma ideia da causa dessa rejeição. Fatos que antes causariam surpresa e espanto, hoje são noticiadas diariamente. Entre tais fatos, causa estranheza as relações muito próximas entre magistrados e réus, como ocorre sempre que algum partido tenha interesse em algum julgamento. Não apenas relações casuais, próprias do cotidiano governamental.

As decisões proferidas por alguns ministros, em processos onde são partes familiares, amigos ou colegas de profissão também são proferidas sem que qualquer ministro se declare impedido. Outras causas são defendidas por escritórios dos cônjuges de ministros, e a prática continua sem que se observe todas aquelas disposições constitucionais que, em tese, impedem que haja conflito de interesse.

Ou como o Prof. Conrado Hübner Mendes apontou, qual razão explicaria a celeridade inigualável no mundo, mas somente para julgar causas afeitas a certas personalidades políticas. Adiantaria toda a jurisprudência tratar da impossibilidade de acúmulo de funções quando ministros pausam o julgamento de recursos penais para cumprir seus compromissos alhures em algum lugar da Europa.

A verdade aparente é de uma “suprema soberania”; o STF age como se os grilhões constitucionais não passassem de meras recomendações ao julgador. E sempre que fora questionado, se valia de explicações políticas para questões jurídicas e vice versa.

Pelo presente trabalho, é possível enumerar ao menos uma tese que explique tal comportamento. Ao agir como instância soberana, decidindo quando aplicar o

ordenamento e quem estará capturado, o Supremo Tribunal Federal ensaia um dispositivo de exceção, capaz de suspender a lei, tornando tudo possível através de uma decisão.

Cortes constitucionais que caminham por esse sentido não costumam manterem-se democráticas em princípio. Após algum tempo perdem seu caráter de Estado de Direito. Infelizmente, o fim é conhecido pelas nações vizinhas. É o totalitarismo.

O Supremo Tribunal Federal que decide como quer, individualmente até, cria um espaço “kenomático” de direito, uma zona de anomia onde os ministros estão dentro e fora do ordenamento jurídico e toda decisão tem força-de-lei. Tal dispositivo pode parecer inofensivo, ou até mesmo distante demais para preocupações. Contudo, a história já provou que quando um governo concentra a *auctoritas* e a *potestas* em um único ente, tal “máquina” seria inteiramente letal.

O cidadão capturado por tais decisões está verdadeiramente em uma relação de abandono. Jogado em uma realidade difícil, insegura, raivosa; cada vez mais morrendo nas formas mais banais (especialmente pelo suicídio), enquanto assiste a consagração da sacralidade da vida, onde tudo é dignidade da pessoa humana, mas tudo somente no discurso.

Há um alerta importante. Quando o trabalho foi concebido, as previsões sobre o Supremo Tribunal Federal eram mais negativas. Não se sabia como agiriam alguns ministros e o pior sempre tende a aparecer mais.

Uma vez que neste ano as eleições renovam os poderes legislativo e executivo, a probabilidade de arbitrariedades diminui. E até mesmo a postura de alguns ministros, cuja história o aproximaria demais da política, surpreende a comunidade jurídica pela sensatez no comando da corte constitucional.

Esse trabalho não deseja criar confusão acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, nem seria capaz, tampouco tem a pretensão de julgar as excelências que o compõem. Trata-se, somente, de uma preocupação. Se o Supremo Tribunal Federal deseja ser o guardião da Constituição, talvez seja melhor adotar uma postura mais comedida e participar democraticamente da construção de uma solução para a crise. Caso contrário, e tendo em vista que ambos os pólos políticos que disputam a presidência já assinalaram que já cogitaram alterar plenamente o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal se reduziria a mero “guardião de constituições”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2.ed. 1.reimp. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2.ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010 (A).

_____. **Medios sin fin: notas sobre la política**. 2.reimp. Valência: Pre-Textos, 2010 (B).

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Net, Rio de Janeiro, Set. 2007. Disponível em: http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf Acesso em 02 out.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Data de acesso: 02/09/2018

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao> Último acesso: 25/09/2018

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agrirem a democracia, escreve professor da USP**. Em Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em 02 out. 2018

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009