

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS
POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA
DO ESTADO I**

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

MARCOS ANTÔNIO STRIQUER SOARES

JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da democracia, direitos políticos, movimentos sociais e filosofia do estado I [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho; José Sérgio Saraiva; Marcos Antônio Striquer Soares –
Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-696-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da democracia e direitos políticos. 3. Movimentos sociais e filosofia do estado. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI
TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS
SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Os artigos aqui reunidos foram submetidos ao Grupo de Trabalho “Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado I”, no VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI.

A presente publicação, assim, é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate do referido grupo, no dia 21 de junho de 2023, tendo atuado como coordenadores os professores-doutores FILOMENO MORAES (Universidade Estadual do Ceará – aposentado), JOSÉ SÉRGIO SARAIVA (Faculdade de Direito de Franca/SP) e MARCOS ANTÔNIO STRIQUER SOARES (Universidade Estadual de Londrina/PR). O evento teve como parceiras institucionais da Faculdade de Direito de Franca e Universidade Estadual de Londrina, e realizou-se do dia 20 a 24 de junho do corrente ano.

Os estudos abordam uma ampla gama de temas que, por sua vez, estão relacionados, centralmente, ao debate contemporâneo acerca da teoria democrática e suas implicações políticas e institucionais. Deste modo, foram apresentados e debatidos artigos, representativos de diversos programas de pós-graduação, mantidos por instituições de ensino superior distribuídas por todo o Brasil. O que, por sua vez, indica a larga abrangência e atualidade dos problemas examinados.

Assim, na qualidade de Coordenadores do Grupo de Trabalho, após a ampla discussão e rico debate, cabe-nos recomendar a atenta leitura dos textos aqui reunidos, dada a importância que cada um representa na pesquisa dos assuntos investigados.

PROF. DR. FILOMENO MORAES

Universidade Estadual do Ceará – aposentado

PROF. DR. JOSÉ SÉRGIO SARAIVA

Faculdade de Direito de Franca

PROF. DR. MARCOS ANTÔNIO STRIQUER SOARES

Universidade Estadual de Londrina

**O ESTADO DE EXCEÇÃO E O IMPÉRIO DO DIREITO: ANÁLISE DA
INSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA, SOB ÓTICA DAS TEORIAS DE
AGAMBEN E DWORKIN**

**THE STATE OF EXCEPTION AND THE LAW'S EMPIRE: ANALYSIS OF
BRAZILIAN INSTITUTIONALITY, FROM THE PERSPECTIVE OF AGAMBEN'S
AND DWORKIN'S THEORIES**

**Henrique Ribeiro Cardoso
Kid Lenier Rezende
Yago De Santana Silva ¹**

Resumo

O presente trabalho analisa aspectos ontológicos da institucionalidade brasileira, sob ótica das principais teorias de Giorgio Agamben e de Ronald Dworkin. Apesar da dogmática constitucional brasileira entender que o Brasil vive sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o objeto do presente estudo se restringe a sobradas manifestações e os indícios da existência velada de um Estado de Exceção, com tinturas de permanência e de progressiva intensidade. Foco central da teoria de Agamben, este modelo de Estado traduz a confluência entre Política e Direito. A teoria de Agamben, quando analisada sob o contexto brasileiro, permite identificar, no limite, o extrapolamento dos limites da Judicialização como sintoma da proeminência do Poder Judiciário sobre os demais poderes da República. Ao analisar tal contexto, sob a ótica de Dworkin, é possível notar que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser, de maneira característica, geradas a partir de princípios, e não por política. A metodologia utilizada é o estudo hermenêutico literário, através de análise de livros, decisões judiciais e administrativas, artigos científicos e notícias. No que tange à relevância do presente estudo, resta claro que, no Brasil, destaques que envolvam o Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, figuram como protagonistas no debate nacional, ao abranger temas sensíveis à sociedade, tais como saúde, economia, educação e meio ambiente. Baseado nas lições de Ivy de Souza Abreu, foi possível adentrar nas implicações teóricas pertinentes à presente discussão e delinear as possíveis reflexões, ao recorrer às teorias de Agamben e Dworkin.

Palavras-chave: Institucionalidade brasileira, Estado de exceção, Império do direito, Giorgio Agamben, Ronald Dworkin

Abstract/Resumen/Résumé

The present work analyzes ontological aspects of Brazilian institutionalism, from the perspective of the main theories of Giorgio Agamben and Ronald Dworkin. Despite the Brazilian constitutional dogmatic understanding that Brazil lives under the aegis of a

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Bolsista CAPES.

Democratic State of Law, the object of the present study is restricted to leftover manifestations and indications of the veiled existence of a State of Exception, with tinctures of permanence and progressive intensity. Central focus of Agamben's theory, this model of State translates the confluence between Politics and Law. Agamben's theory, when analyzed in the Brazilian context, makes it possible to identify, at the limit, the extrapolation of the limits of Judicialization as a symptom of the prominence of the Judiciary over the other powers of the Republic. When analyzing this context, from Dworkin's perspective, it is possible to notice that judicial decisions, even in difficult cases, must be, characteristically, generated from principles, and not by politics. The methodology used is the literary hermeneutic study, through analysis of books, judicial and administrative decisions, scientific articles, and news. About the relevance of the present study in Brazil, highlights involving the Judiciary, notably the Federal Supreme Court, figure as protagonists in the national debate, as they cover themes sensitive to society, such as health, economy, education and environment. Based on the lessons of Ivy de Souza Abreu, it was possible to enter the theoretical implications relevant to the present discussion and to outline the possible reflections, when resorting to the theories of Agamben and Dworkin.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian institutionality, State of exception, Empire of law, Giorgio agamben, Ronald dworkin

1 INTRODUÇÃO

Com o advento de movimentos constitucionais modernos, a institucionalidade brasileira vem sendo palco de transformações bastante eloquentes.

O deslocamento dos centros de Poder e a confluência entre Sistemas anteriormente distintos fazem com que novas leituras sejam trazidas ao debate jurídico nacional, a fim de explicar os novos desenhos dos principais atores do cenário democrático.

Como principais objetos a serem explicados por novas leituras têm-se o desequilíbrio e o excesso entre os poderes da República.

Dentro dessas possibilidades explicativas, surge o conceito de “Estado de Exceção”, traduzido por Giorgio Agamben tal qual um espaço indeterminado entre o Sistema Político e Jurídico.

Nessa teorização, a Lei perde seu vigor, sendo suspensa e apenas os atos do soberano passam a adquirir força normativa. Curiosamente, o autor estabelece que o vínculo entre a ordem jurídica e o estado de exceção passa a ser o soberano de turno.

Embora este pontual, provisório e controlado uso das mais diversas competências dos poderes da República seja, teoricamente, compatível com as Constituições democráticas, o observado exercício sistemático e regular do instituto vem chamado à atenção de vários especialistas acerca do tema.

A rigor, a utilização do Estado de Exceção como instrumento inerente a diversas nações é um fenômeno relativamente novo, uma vez que sua concepção e conseqüente reverberação de Poder passam a ser mais bem identificadas a partir de meados do século XX.

No âmbito do mencionado desequilíbrio e o excesso entre os poderes da República, verifica-se que a realidade judiciária brasileira envolve pretensões relativas a inúmeras prestações sociais não implementadas pelos Poderes competentes, o que, de um lado, põe o Poder Judiciário em uma situação devedora de resolução.

Ao decidir os pleitos apresentados pela população e implementar políticas públicas, por exemplo, o magistrado toma uma posição que passa a extrapolar os ditames legais. Nessa conjuntura, o juiz já não se encontra completamente isento, dado que instigado a fazer política no caso concreto por meio do exercício da jurisdição através da manipulação da vida humana colocada a sua tutela por meio das ações judiciais.

É nesse contexto que o Estado de Exceção passa a ser objeto de análise de Giorgio Agamben, o qual compreendeu se tratar de zona de indeterminação entre a Política e Direito,

sendo ainda foco de variadas compreensões epistemológicas, uma vez que é entendido como um fenômeno jurídico ou até mesmo extrajurídico.

De fato, ao verificar maior notoriedade nos contemporâneos meios analíticos-constitucionais e políticos, a análise do Estado de Exceção e a sua estrutura se faz urgente, ainda mais a partir da premissa de que, segundo o pensador italiano, a Exceção se mostra como a costume ou o nomos da era moderna.

O presente estudo tem como objeto o “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”. Outrossim, a contribuição ao debate contemporâneo sobre a lógica da segurança e vigência do sistema jurídico tradicional torna-se objeto colateral indispensável.

Ao se analisar o contexto brasileiro sob a lupa da teoria do autor italiano, apesar do termo Exceção levar o leitor à ideia de passagem e de excepcionalidade à regra, na realidade do Estado Democrático brasileiro, contornos de permanência e sensível profundidade são passíveis de observação.

Isso porque, a permanência, a naturalização e o aprofundamento do Estado de Exceção brasileiro, advém especialmente da ausência de legitimidade democrática em sobradas decisões judiciais proferidas, em sua grande parte, pelo Supremo Tribunal Federal, sobre questões alheias aos seus limites de competência, se tornando, assim, a indiscutível *sui generis* forma de Estado de Exceção.

Em verdade, convivem, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, dentro do Estado Democrático de Direito, a defesa e a garantia os direitos fundamentais, possibilidade de suspensão de todos esses direitos pelo estado de exceção, por meio da insustentável relação prática e impositiva à nação entre Direito Público e Política.

De certa forma, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam.

A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.

A identificação do elemento biopolítico do “poder soberano” agambeniano quando o STF decide ignorar as normas constitucionais relativas à repartição de competência entre os Poderes, especialmente às disposições acerca do processo legislativo.

A Constituição Federal descreve o rito de elaboração de leis brasileiras a partir do artigo 59 e nenhuma das normas citadas inclui o Judiciário na atividade legiferante.

Essa indeterminação existencial, ao mesmo tempo em que fundamenta suas decisões com base no direito, procura justificá-las politicamente; e ao fazê-lo, o Tribunal se depara com as aporias de uma instituição contraditoriamente estimulada pela facticidade da política e a normatividade do Direito.

Como expoentes desse quadro institucional, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo; permitiu para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos; suspendeu o piso salarial nacional da enfermagem.

O posicionamento da Corte também permite a relação com o conceito de “*imperium*”, eis que o Supremo tipificou uma conduta como criminosa e impôs a sua normatividade a todo o território nacional, sem se utilizar do rito legislativo, de modo que editou norma com “força-de-lei”.

O STF não apenas criou um crime de homofobia, mas o equiparou a um delito inafiançável e imprescritível. Tamanhas restrições aos direitos fundamentais de eventuais réus deveriam ter sido objeto de discussão perante as duas casas legislativas.

A despeito da consequência imediatamente positiva ou do signo do papel iluminista da jurisdição constitucional, esses e vários outros *leading cases* são de competência do eminentemente legislativa, alheia ao papel contra majoritário das Cortes constitucionais.

Ao ter em vista que o aporte teórico de Agamben não parece, em geral, sistemático e progressivo, podendo, inclusive, apresentar-se como contraditório, recorre-se à ótica de Ronald Dworkin, que contribui com o debate, delimitando os aspectos e as razões pelas quais as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por política.

Os interesses de governo, de governantes ou de julgadores não devem prevalecer sobre a norma constitucional, em especial sobre a aplicação dos princípios ao caso concreto.

Adota-se como hipótese lastradora a falta histórica de lideranças democráticas, após 1988, relegando, ainda que impropriamente, ao Judiciário o papel de revisor e partícipe dos rumos nacionais.

Como hipótese secundária, sugere-se a particular relação pouco republicana entre os Poderes do Estado brasileiro e as possíveis reverberações atreladas à atuação de um Poder Judiciário independente, célere e atuante no que lhe realmente lhe compete.

A metodologia utilizada é o estudo hermenêutico literário, através de análise de livros, dissertações de mestrado, decisões judiciais, artigos científicos e notícias.

Já a estruturação do presente artigo é delineada por dois capítulos e de uma conclusão, para além desta introdução.

2 ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE: Giorgio Agamben e a releitura do Poder Judiciário como “Soberano”

Saint-Bonnet (2001, p. 28) definiu o Estado de Exceção como eixo de desequilíbrio entre Direito Público e fato político e que, semelhante à guerra civil, à insurreição e à resistência, se insere em um perigoso contexto de ambiguidade e de incerteza, na confluência entre a dimensão jurídica e a dimensão política presentes nos Estados (Fontana, 1999, p. 16).

A despeito dessa esclarecedora definição preliminar, há elementos que, se trazidos ao centro do conceito, tornam hercúlia a missão de realizar uma definição duradoura do que se passou a considerar como o fenômeno do Estado de Exceção.

Isso porque, por exemplo, a guerra civil, zona de indecidibilidade quanto ao Estado de Exceção, e resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais gravosos, no decorrer do século XX, passou a comporta a espécie de “guerra civil legal¹” (Schnur, 1983), afastando-se o grau de detalhamento necessário à uma definição conceitual satisfatória.

A rigor, Giorgio Agamben (1942) nos relembra que a tentativa mais rigorosa de construir uma Teoria do Estado de Exceção encontra-se nas reflexões de Carl Schmitt, em suas consagradas obras sobre Ditadura², “*Die Diktatur* (1921)”, e Teologia Política³, “*Politische Theologie* (1922)”.

A razão do fôlego da teoria do Autor advém do fato de Carl Schmitt ter confundido Estado de Exceção e Ditadura. No detalhe, Agamben (1942, p. 64) revela que o erro era interessado, dado que, com certeza, era mais fácil justificar juridicamente o Estado de Exceção

¹ A propósito, destaca-se a Guerra Civil Russa (1918 - 1922) e a Guerra Civil Espanhola (1936 - 1939). Remete-se o leitor às seguintes obras: “História da Guerra Civil Russa: 1917 – 1922”, de Jean-Jacques Marie (2017); e “A guerra civil espanhola: O Palco que Serviu de Ensaio Para a Segunda Guerra Mundial”, de Josép M. Buaeds (2013).

² Carl Schmitt (1921) concebe a ideia do Estado de Exceção, através da figura da ditadura, sinônimo possível do Estado de Sítio, uma vez que se apresenta como uma suspensão do Direito, apesar do Autor realizar a devida distinção entre o que definiu como “ditadura comissária”, que visa a defender ou a restaurar a constituição vigente, e a “ditadura soberana”, na qual, como representação da Exceção, alcança-se, sua massa crítica ou seu ponto de fusão.

³ Carl Schmitt (1922), passa a apresentar, de fato, a ideia de Estado de Exceção, o “*Ausnahmezustand*”, oportunidade na qual o Autor realiza paradoxal vinculação do Estado de Exceção à dimensão jurídica, ao asseverar que “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” (Schmitt, 1922, p. 18 ss.).

inscrevendo-o na tradição prestigiosa da ditadura romana do que restituindo-o ao seu autêntico, porém mais obscuro, paradigma genealógico no direito romano: o *iustitium*⁴.

Nesse contexto, ao longo do século XX, Agamben se propõe ao saneamento e à organização de elementos e de limites acerca do Estado de Exceção, uma vez que tal configuração era cada vez mais urgente, em especial.

Isso porque tinha como vista dar base à compreensão de quais fatos estariam eminentemente no terreno político e não no jurídico-constitucional; identificar de qual forma ocorreria a devida confluência entre tais dimensões; e identificar as principais reverberações de tal indeterminação, conforme leciona Martino (1973, p. 320).

É nesse contexto que o Estado de Exceção passa a ser objeto de análise de Giorgio Agamben, o qual compreendeu este ser uma zona de indeterminação entre a Política e Direito, uma vez que as ordens do soberano, que decide sobre o estado de exceção, têm força de lei, apesar de não serem, tecnicamente, lei.

Essa concepção concebe, inclusive, compreensões epistemológicas distintas, uma vez que é entendido tal qual um fenômeno jurídico ou até mesmo extrajurídico, apesar de justificadas pelo mesmo motivo, mas analisadas por ângulos diversos.

Portanto, o exame e a desse paradigmático e paradoxal instituto jurídico, que consiste unicamente na produção de um vazio jurídico, desencadearam tanto o estudo detido da sistemática do direito público, quanto do ponto de vista filosófico-político.

Ivy de Souza Abreu (2013) sintetiza tal quadra do pensamento de Agamben, ao afirmar que, no estado de exceção quem decide é o soberano. A lei perde sua força⁵, é suspensa e os atos do soberano adquirem força de lei. O vínculo entre a ordem jurídica e o estado de exceção é o próprio soberano.

O fenômeno tratado situa-se em 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”, conforme explica Agamben (1942, p. 53).

⁴ Giorgio Agamben (1942, p. 58) trabalha com as origens e a evolução semântica do termo e rememora que, quando tinha notícia de alguma situação que punha em perigo a República, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia aos cônsules (ou a seus substitutos em Roma, interrex ou pró-cônsules) e, em alguns casos, também aos pretores e aos tribunos da plebe e, no limite, a cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado. O termo *iustitium* significa, literalmente, “interrupção, suspensão do direito”, e implicava, pois, uma suspensão não apenas da administração da justiça, mas do direito enquanto tal.

⁵ O sintagma “força de lei” vincula-se a uma longa tradição no direito romano e no medieval, onde (pelo menos a partir da Dig. De legibus I, 3: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire) tem o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar, conforme leciona Agamben (1942, p. 51).

Neste espaço de anomia onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei, acrescentando Agamben (1942, p. 53) que:

Tal força de 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. Como se pode pensar tal elemento “místico” e de que modo ele age no estado de exceção é o problema que se deve tentar esclarecer.

Esta complexidade⁶ provoca, para além de tal consequência imediata, sua reverberação mediata, qual seja, o fato de “o Estado de Exceção apresentar-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”, nas palavras de Agamben (1942, p. 14).

Precipuamente, depreende-se que o Estado de Exceção foi pensado para ser utilizado em situações extraordinárias, porém, como observa Agamben (1942), sua utilização se tornou um instrumento político e uma constante técnica de Governo na modernidade democrática⁷.

De fato, relembra Agamben (1942, p. 20) que embora um pontual, provisório e controlado uso dos plenos poderes da República seja teoricamente compatível com as constituições democráticas, um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia.

Em suma, Agamben nega qualquer tentativa de fundamentar o Estado de Exceção na necessidade ou no *status necessitatis*. Entretanto, Agamben (1942, p. 79) reputa como falsas todas as doutrinas que tentam vincular diretamente o Estado de Exceção ao Direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no Estado de Exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os “plenos poderes”).

Todavia, resta evidente que o estado de necessidade não se transforma em um “estado do direito”, mas, sim, em um “espaço sem direito⁸”.

⁶ Guilherme de Andrade Campos Abdalla (2010, p. 120) contribui ao sintetizar que o estado de exceção agambeniano transcende o estado de emergência, o estado de calamidade pública, o estado de guerra e o estado de sítio em sua indeterminação.

⁷ Danigui Renigui Martins de Souza (2018, p. 14) esclarece que o Estado de Exceção, enquanto dispositivo jurídico-político que suspende a ordem existente, foi criado pelo Estado de direito. Antes, nos Estados absolutistas, não existia a figura do Estado de exceção, pois a vontade do soberano era lei e, por isso, a exceção era a norma.

⁸ Danigui Renigui Martins de Souza (2018, p. 22), nos situa ao asseverar que na exceção, a vida humana é excluída através de sua inclusão numa zona de anomia onde a suspensão do direito coloca a vida sob total vulnerabilidade. A exceção exclui dos direitos fundamentais e inclui numa zona de anomia em que o arbítrio da vontade soberana se torna lei. Com ela, a vida não fica simplesmente excluída (como no exílio), mas é incluída numa outra condição, a do Homo Sacer, a vida abandonada à violência sem delito.

E nesse sentido, para Agamben (1942, p. 38):

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.

Sob a égide da modernidade, a questão torna-se cada vez mais complexa, quando concatenada com a falta de equilíbrio entre os Poderes da República. O Executivo escolhe membros da instância máxima da Justiça por interesses de governo (questões políticas), o Judiciário decide questões de extrema complexidade e relevância social sem critérios previamente estabelecidos e sem preocupação com os anseios sociais; e o Legislativo distancia-se cada vez mais da detida preocupação Republicana confiada pelos milhões de eleitores.

Cumprir destacar que o Estado de Exceção, apesar do nome, se tornou regra na realidade do Estado Democrático brasileiro, possuindo contornos de permanência e sensível profundidade.

A naturalização das desigualdades sociais e os abusos cometidos pelos Três Poderes são fatores que contribuíram para tal identificação fática. Com a permanência e a naturalização do Estado de Exceção, a legitimidade democrática das decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal⁹ sobre questões alheias aos seus limites de competência, se torna indiscutível uma *sui generis* forma de Estado de Exceção.

Ao arrepio da lógica jurídica, convivem, a defesa e a garantia os direitos fundamentais, possibilidade de se suspender de todos esses direitos pelo estado de exceção, por meio da insustentável relação prática e impositiva à nação entre Direito Público e Política.

Ator ostensivo da arena política, no âmbito dessa dicotomia entre vencedores e vencidos, que cria respectivamente “amigos e inimigos” da Corte, sobradas são as decisões da Suprema Corte brasileira que tornaram alvo, com maior ênfase nos últimos anos, de ataques

⁹ Vale destacar que o Supremo Tribunal Federal tem por prerrogativa constitucional (art. 102, da Constituição Federal (Brasil, 1988)) ser o intérprete final e, em alguns casos, exclusivo, do Direito, contudo não é o dono do texto constitucional ou do poder a ele confiado. O sentido, o alcance, a própria legitimidade e os limites das interpretações constitucionais são fixados, de tempos em tempo, em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiram o acatamento e a legitimidade do Tribunal, uma vez que, dentro de um cenário constitucional não há razão absoluta sem voto.

advindos de diferentes meios e origens ideológicas, especialmente a partir do fenômeno da expansão das redes sociais.

Ao se fazer um paralelo para com a teoria de Giorgio Agamben, a Suprema Corte parece padecer do que Ivy de Souza Abreu (2013) denominou de indeterminação existencial, porque ao mesmo tempo em que fundamenta suas decisões com base no direito, procura justificá-las politicamente; e ao fazê-lo, o Tribunal se depara com as aporias de uma instituição contraditoriamente estimulada pela facticidade da política e a normatividade do Direito.

É, portanto, por isso que a singela ideia de crise se mostra profundamente insuficiente, quando o cotejo de evidências nacionais é iluminado pelo esquema de pensamento de Agamben, que traz conclamação muito mais profunda.

Os concatenados cenários alertam para o perecimento ou esvaziamento do próprio *nomos* do direito – a sua substância – que passa a ser substituído por um preocupante cenário de anomia.

Como tributos dessa anomia, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁰; permitiu para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos¹¹; suspendeu o piso salarial nacional da enfermagem¹².

Com o respaldo popular conquistado com a concessão de prestações sociais, não demorou para que o Supremo exorbitasse de suas competências constitucionais em outros ramos do Direito, como no Penal.

Assim, o Tribunal extrapolou toda a cartilha de prerrogativas institucionais ao tipificar condutas criminais e negar garantias constitucionais de previsão expressa através da manipulação e da interpretação das normas jurídicas.

Assim, o ativismo judicial das prestações sociais redundou em casuísmo completo nas decisões judiciais e extrajudiciais da Corte, de modo que o órgão de cúpula do Judiciário nacional se comportava como que se possuísse carta branca para emitir posicionamentos sem vinculação ao ordenamento jurídico, mas sim à vontade de seus membros.

A despeito da consequência imediatamente positiva ou do signo do papel iluminista da jurisdição constitucional, esses e vários outros *leading cases* são de competência do eminentemente legislativa, alheia ao papel contra majoritário das Cortes constitucionais.

¹⁰ ADPF n° 132 e ADI n° 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹¹ ADPF n° 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹² ADI N.º 7222, Rel. Min. Roberto Barroso.

Nessa linha, importa mencionar que a aporia do “imperium” do magistrado se revela em harmonia com a atuação do STF no mencionado Inquérito, em razão de personificarem a supremacia estatal em si de maneira semelhante aos juízes romanos cum imperium.

No detalhe, a decisão política, como regra geral, deve ser pensada, proposta e posta em vigência por legítimos representantes da vontade popular. Filhos do poder que emana do povo, os Poderes Legislativo e Executivo têm uma preferência geral tratar, não tratar ou tratar de forma discricionária das matérias de interesse do Estado e da sociedade.

Um saudável desenho do Estado confia à jurisdição constitucional a gloriosa competência de impor, verificada evidente contrariedade à Constituição, afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático, pontuais ou até abstratos controles e reformas das ações públicas, sendo, entretanto, próprio de um legítimo Estado de Exceção, independente da justificativa hermenêutica-constitucional, o desempenho de um papel de maior destaque que o Poder Legislativo, ainda que discricionariamente inerte.

Esclareça-se que esta pesquisa não pretende apresentar uma solução à problemática da perpetuação da exceção normativa pela Suprema Corte. Tampouco se tem a intenção de afirmar categoricamente que o Tribunal possui um projeto coeso de concentração dos poderes da República por meio da exceção.

As discussões acerca do tema ainda não evoluíram suficientemente para que esta pesquisa faça afirmações conclusivas sobre a manutenção do sistema exceptivo pelo STF nos próximos anos.

3 IMPÉRIO DO JUDICIÁRIO: Ronald Dworkin e o déficit de legitimidade democrática do Ativismo Judicial

Norberto Bobbio (2000, p. 674) conceitua legalidade como a conformidade de um ou diversos atos para com a lei com a lei, sendo, inclusive, um atributo e um requisito do poder.

Paralelamente, Ivy de Souza Abreu (2013, p.6) delinea o conceito de legitimidade como próprio aspecto das normas jurídicas e das decisões judiciais. Isso porque, procedendo-se a análise da legitimidade, o conteúdo enunciado pela lei (e pela decisão) será sobremaneira considerado, os valores trazidos e as ideologias expressas são indispensáveis, uma vez que a legitimidade se vincula umbilicalmente com a vontade da coletividade em determinado momento histórico, com os interesses e anseios da sociedade.

Assim, se o conceito de legalidade se insere na dimensão jurídico-formal, é correto considerar “legal” o que determinado está na lei. Todavia, a legitimidade, por estar inserida em

uma batuta sociológica-política, verifica-se os valores e os ideais dos grupos, ou seja, “legítimo” é o que, mesmo à margem da lei, se exerce atentando aos interesses da sociedade para qual se destina.

É sob tais premissas que Ronald Dworkin (1999) começou a sustentar que, frente a realidade de que decisões judiciais, princípios constitucionais e fatos políticos não deixariam confluír como fonte do Direito, caberia ao magistrado aplicar padrões jurídicos obrigatórios, direitos e obrigações jurídicos, de forma que, em casos de zona de penumbra, ou nos casos em que existem cânones de interpretação relacionados à regra existente, o juiz não pode simplesmente criar o direito a partir de um discernimento discricionário. Deve, em contrário, efetuar uma análise e um estudo acerca de quais os princípios jurídicos que sustentam aquele caso concreto, orientando-se por eles.

Declara Dworkin (1999, p. 66) que se trata de uma estratégia mais sofisticada de defesa do positivismo, que admite, nos casos que usamos como exemplo, que os advogados e juízes pensavam estar divergindo sobre o direito, mas argumenta que, por uma razão um tanto diversa, essa autodescrição não deve ser interpretada literalmente.

O objetivo, a rigor, é o combate ao arbítrio¹³ presente na discricionariedade dos juízes, sob pena da instauração de um poder discricionário que ignore princípios e políticas que façam parte do Direito, considerando-os meras referências, abandonando a noção precípua da segurança e da vigência do sistema jurídico tradicional.

Segundo as lições de Dworkin (1999, p. 132), as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas. Os interesses de governo (ou de governantes) não devem prevalecer sobre a norma constitucional, em especial sobre a aplicação dos princípios ao caso concreto.

Dworkin (1999, p. 15) recusa-se, dessa maneira, a assistir razão às concepções como o convencionalismo e o pragmatismo, defendendo uma teoria do direito como e com integridade, uma vez que consigna que a adjudicação feita num caso deve parecer ser trazida de outras decisões passadas, aquilo que chamou de “força gravitacional”, e que essa obrigação contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz.

Essa sustentação leva à radical ideia da existência de uma única resposta correta (2006), mesmo nos casos difíceis, isto é, em questões complexas de direito e moralidade política, posição esta situada no âmbito da crítica à escola positivista e ao uso que dois dos seus maiores expoentes, Hans Kelsen e Herbert Hart, deram à discricionariedade judicial.

¹³ Maus (2000, p. 183) alerta que quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.

Nesse sentido, Dworkin (1999, p. 197) esclarece que:

Os indivíduos têm um direito à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deve defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja.

A legitimidade, concatenada com a imparcialidade do julgador, são fundamentais para existência e realização efetiva da democracia, conceituada por Bobbio (2000, p. 327) como:

o conjunto de regras que permitem a participação mais ampla e mais segura da maior parte dos cidadãos, seja de forma direta, seja indireta, nas decisões políticas, ou nas decisões que interessam toda a coletividade. As regras são basicamente as seguintes: sufrágio universal ativo e passivo, pluralismo político, princípio da maioria e do respeito às minorias.

Este ideário impõe deveres a todos os Poderes públicos. Destarte, cabe também ao Judiciário efetivar o princípio democrático em sua atuação, notadamente pela autocontenção de suas competências, voluntarismo e injustificada discricionariedade, uma vez que o conceito de democracia não se ao pleito eleitoral, tampouco ao ato de votar e poder ser votado ou a própria eleição de determinado candidato, por maioria de votos.

4 CONCLUSÃO

Como visto, Giorgio Agamben, filósofo italiano que desenvolveu a ideia de "Estado de Exceção", que se refere a uma situação na qual o governo suspende ou limita certos direitos e liberdades civis em nome da segurança nacional ou do interesse público. Essa condição é caracterizada por uma suspensão temporária das normas e regras constitucionais e pela ampliação dos poderes do Estado.

Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 494) identifica a judicialização dos conflitos como uma reação à inércia do Poder Executivo, o que permite aproximar o fenômeno a um conflito político.

O enfraquecimento do Direito como instrumento promotor da emancipação social se verifica quando o Estado Democrático de Direito reduz o combate da problemática social coletiva à concessão de direitos prestacionais àqueles indivíduos que tiveram acesso à justiça.

Ao se ter em vista a hipótese lastradora da falta histórica de lideranças democráticas, após 1988, relegando, ainda que impropriamente, ao Judiciário o papel de revisor e partícipe dos rumos nacionais, verifica-se que, verificada a liderança democrática, o Judiciário passa a ser beneficiar do decaimento da ação e da organização comunitária, o que reforça a ideia de que aquele apenas estaria preocupado em ampliar seu controle sobre a sociedade através da jurisdição.

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) a despeito de ser o órgão responsável por interpretar a Constituição Federal e garantir a sua aplicação passa a assumir o papel de ator ostensivo da arena política, no âmbito dessa dicotomia entre vencedores e vencidos, que cria respectivamente “amigos e inimigos” da Corte, sobradas são as decisões da Suprema Corte brasileira que tornaram alvo, com maior ênfase nos últimos anos, de ataques advindos de diferentes meios e origens ideológicas, especialmente a partir do fenômeno da expansão das redes sociais.

Desse modo, pelo fato de o Brasil enfrentar diversas crises políticas e institucionais que se levantam questões sobre o estado de exceção e o papel do STF. Em resumo, o estado de exceção em Agamben e o papel do STF no Brasil estão interconectados, pois ambos se referem à relação entre o Estado e os direitos dos cidadãos em momentos de crise política ou institucional.

Em um contexto nacional de Estado de Exceção, a legitimidade democrática das decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal sobre questões alheias aos seus limites de competência, se torna indiscutível uma *sui generis* forma de Estado de Exceção.

Ao arrepio da lógica jurídica, convivem, ao mesmo tempo, paradoxalmente, dentro do Estado Democrático de Direito, a defesa e a garantia os direitos fundamentais, possibilidade de suspensão de todos esses direitos pelo estado de exceção, por meio da insustentável relação prática e impositiva à nação entre Direito Público e Política.

Essa zona de fluidez da Política e o Direito, uma vez que as ordens do soberano, que decide sobre o estado de exceção, têm força de lei, apesar de não serem. Essa concepção concebe, inclusive, compreensões epistemológicas distintas, uma vez que é entendido tal qual um fenômeno jurídico ou até mesmo extrajurídico, apesar de justificadas pelo mesmo motivo, mas analisadas por ângulos diversos.

Conclui-se que, apesar da teoria constitucional dominante, nas últimas décadas, tem desenvolvido um discurso de justificação e legitimação democrática desse processo histórico. Paralelamente a esse rearranjo institucional, a complexidade da vida moderna, potencializada pela diversidade e pelo pluralismo, levou a tal Estado de Exceção, marcado pelo aumento da indeterminação do direito, com a transferência de maior competência decisória a juízes e Tribunais, que passaram a fazer valorações próprias diante de situações concretas da vida.

E nesse contexto, sob a égide da modernidade, restou claro que esse Estado de exceção, apesar do nome, se tornou regra na realidade do Estado Democrático brasileiro, possuindo contornos de permanência e sensível profundidade. A despeito da consequência imediatamente positiva ou do signo do papel iluminista da jurisdição constitucional, esses e vários outros *leading cases* são de competência do eminentemente legislativa, alheia ao papel contra majoritário das Cortes constitucionais.

No detalhe, a decisão política, como regra geral, deve ser pensada, proposta e posta em vigência por legítimos representantes da vontade popular. Filhos do poder que emana do povo, os Poderes Legislativo e Executivo têm uma preferência geral tratar, não tratar ou tratar de forma discricionária das matérias de interesse do Estado e da sociedade.

Um saudável desenho do Estado confia à jurisdição constitucional a gloriosa competência de impor, verificada evidente contrariedade à Constituição, afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático, pontuais ou até abstratos controles e reformas das ações públicas, sendo, entretanto, próprio de um legítimo Estado de Exceção, independente da justificativa hermenêutica-constitucional, o desempenho de um papel de maior destaque que o Poder Legislativo, ainda que discricionariamente inerte.

Os concatenados cenários alertam para o perecimento ou esvaziamento do próprio *nomos* do direito – a sua substância – que passa a ser substituído por um preocupante cenário de anomia.

Como tributos dessa anomia, o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁴; permitiu para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos¹⁵; suspendeu o piso salarial nacional da enfermagem¹⁶.

¹⁴ ADPF nº 132 e ADI nº 142, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹⁵ ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁶ ADI N.º 7222, Rel. Min. Roberto Barroso.

Com o respaldo popular conquistado com a concessão de prestações sociais, não demorou para que o Supremo exorbitasse de suas competências constitucionais em outros ramos do Direito, como no Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. **O estado de exceção em Giorgio Agamben – Contribuições ao estudo da relação Direito e Poder**. 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- ABREU, Ivy de Souza; GONCALVES, L. C. S. . **O Estado de Exceção e as decisões do Supremo Tribunal Federal nas questões morais: uma análise das teorias de Agamben e Dworkin**. Revista de Derecho Valparaíso, v. XLI, p. 395-407, 2013.
- AGAMBEN, Giorgio, **Estado de Exceção, Homo Sacer, 2**. São Paulo, Boitempo, 2004.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da filosofia do direito**. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- Bobbio, Norberto, **Dicionário de Política** (Brasília, UnB, 2000b), II,5, p. 674.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao
- DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 41.
- _____. **O Império do Direito**. Martins Fontes São Paulo 1999.
- FONTANA, A. “**Du droit de résistance au devoir d’insurrection**”. In: ZANCARINI, J.- C. (Org.). **Le Droit de résistance**. Paris, ENS, 1999.
- FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel; FERRAZ JR., Tercio Sampaio (orgs.). **A invenção do futuro: um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade**. Barueri: Manole, 2005.
- MARTINO, F. De. **Storia della costituzione romana**. Nápoles, Jovene, 1973.
- Maus, Ingeborg, **Judiciário como superego da sociedade**. Novos Estudos. São Paulo, CEBRAP, 2000.
- PATTON, Paul. **Agamben and Foucault on biopower and biopolitics**. In: CALARCO, Matthew; DECAROLI, Steven (ed.). **Giorgio Agamben: sovereignty and life**. Stanford, California: Stanford University Press, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SAINT-BONNET, F. **L'État d'exception**. Paris, PUF, 2001.

SCHMITT, C. **Die Diktatur**. Munique-Leipzig, Duncker & Humblot, 1921.

_____. **Politische Theologie**, München, 1922.

SCHNUR, R. **Revolution und Weltbürgerkrieg**. Berlin, Duncker & Humblot, 1983. [Ed. it.: Rivoluzione e guerra civile. Milano, Giuffrè, 1986.