



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Chile

de Souza Abreu, Ivy; Simonetti Gonçalves, Luís Cortat  
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), núm. XLI, diciembre, 2013, pp. 395-407  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173629692012>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

Revista de Derecho  
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
XLI (Valparaíso, Chile, 2013, 2<sup>do</sup> Semestre)  
[pp. 395 - 407]

**O ESTADO DE EXCEÇÃO E AS DECISÕES DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
NAS QUESTÕES MORAIS: UMA ANÁLISE DAS  
TEORIAS DE AGAMBEN E DWORKIN**

[The state of Exception and the Rulings of the Federal Supreme Court on Moral  
Issues: an Analysis of the Theories of Agamben and Dworkin]

IVY DE SOUZA ABREU\*

Facultad de Derecho de Vitoria, Brasil

LUÍSA CORTAT SIMONETTI GONÇALVES\*\*

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar el estado de excepción de Agamben basada en la legitimidad democrática de las decisiones de la Corte Suprema

ABSTRACT

This article is aimed at analyzing Agamben's state of exception based on the democratic legitimacy of the rulings of the Supreme Court on moral issues, Dwor-

RECIBIDO el 29 de julio y ACEPTADO el 9 de diciembre de 2013

---

\* Máster en Derechos y Garantías Fundamentales en la Facultad de Derecho de Vitória; Miembro del Grupo de Búsqueda “Estado, Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales” de la Facultad de Derecho de Vitória; Miembro del Grupo de Estudios, Búsqueda y Extensión en Políticas Públicas, Derecho a la Salud y Bioética de Facultad de Derecho de Vitória; máster en Gestión Ambiental; Postgrado en Derecho Público; Licenciada en Ciencias Biológicas; Abogada. Dirección postal: Rua Cacilda Werneck Fragoso, nº51, apto 301, Bairro Santa Cecília, Cachoeiro de Itapemirim-ES, Brasil. CEP: 29.307-480. Correo electrónico: ivyabreu@hotmail.com

\*\* Máster en Derechos y Garantías Fundamentales en la Facultad de Derecho de Vitória; Miembro del Grupo de Búsqueda “Estado, Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales” (“Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”) de Facultad de Derecho de Vitória; Licenciada en Derecho por la Universidad de Coimbra y Graduada en Derecho por Facultad de Derecho de Vitória; Licenciada en Física por la Universidad Federal de Espírito Santo; Abogada; Consultora Jurídica en Sostenibilidad. Dirección postal: Av. Gelu Vervloet dos Santos, 1050/806, Jardim Camburi, Vitória/ES, CEP: 29.090-100, Brasil. Correo electrónico: luisacsg@gmail.com

en asuntos morales, los “hard cases” de Dworkin. Para ello se pone en discusión el estado de excepción como paradigma del gobierno contemporáneo, la diferencia entre la legalidad y la legitimidad y la necesidad de la legitimidad democrática de las decisiones judiciales. El estado de excepción se manifiesta en el Estado Democrático de Derecho brasileño de diferentes maneras, especialmente con el desequilibrio natural y permanente entre los poderes.

#### PALABRAS CLAVE

Estado de excepción – Cuestiones morales – Giorgio Agamben – Ronald Dworkin.

kin's hard cases. To do this, we will discuss the state of exception as a paradigm of the contemporaneous government, the difference between legality and legitimacy and the need for democratic legitimacy in the court decisions. The state of exception appears in several ways in the Brazilian democratic rule of law, especially with the natural and permanent misbalance between the powers.

#### KEYWORDS

State of exception – Moral issues – Giorgio Agamben – Ronald Dworkin.

## I. INTRODUÇÃO

O estado de exceção, enquanto paradigma de governo, na realidade contemporânea, não é mais excepcional, tornou-se a regra. No Brasil, formalmente, se vive em um Estado Democrático de Direito, mas existem muitas manifestações e indícios da existência velada de um Estado de Exceção Permanente brasileiro.

O estado de exceção, objeto de estudo de Giorgio Agamben, se traduz numa zona de indeterminação entre política e direito, sendo um fenômeno extrajurídico para alguns e jurídico para outros. No estado de exceção quem decide é o soberano. A lei perde sua força, 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.

Dentro do paradigma do estado de exceção o desequilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e os excessos praticados pelos mesmos ficam evidentes. 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.

Um desses excessos enfrentados hodiernamente pela sociedade brasileira é a da ausência de legitimidade democrática das decisões judiciais, em especial, quando se trata do ativismo judicial e da resolução de casos difíceis, os “hard cases” de Ronald Dworkin, pelo Supremo Tribunal Federal. As questões

morais não têm resolução com previsão expressa pela legislação vigente são os chamados casos difíceis, daí o alto grau de discricionariedade do Judiciário quanto à tomada de decisão.

Assim, indaga-se: Como o paradigma do Estado de Exceção tem influenciado nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre questões morais, os chamados “hard cases”? Eis a problemática que será trabalhada no presente artigo.

A hipótese de trabalho está pautada na falta de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, em especial para decidir sobre questões morais, o que reflete o atual contexto de estado de exceção permanente agambeniano.

## II. O ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE EM AGAMBEN

Giorgio Agamben, em sua obra “Estado de Exceção: Homo Sacer II”, traz reflexões importantes acerca do estado de exceção, conduzindo os leitores pelos raciocínios da compreensão deste instituto e de como o mesmo tem se manifestado enquanto paradigma de governo na política contemporânea.

A definição do estado de exceção é tarefa complexa, uma vez que este instituto se situa entre a política e o direito, para alguns um fenômeno essencialmente político (situação de fato), para outros um instituto jurídico que deve constar expressamente no direito positivo (situação de direito). De uma forma ou de outra, esta zona de indeterminação, este espaço vazio (zona de anomia), precisa ser preenchido para o pleno funcionamento e ordem do Estado.

A própria definição de Giorgio Agamben traduz esta complexidade paradoxal: “o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”<sup>1</sup>. E mais, o estado de exceção 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’<sup>2</sup>.

Assim, no estado de exceção a lógica do ordenamento jurídico se inverte: a lei perde sua força (e é suspensa, portanto, não aplicável) e os atos do poder soberano (do Führer), que não têm *status* de lei, passam a ser aplicados e a viger. A palavra de uma única pessoa se sobrepõe a todo o ordenamento jurídico de uma nação.

As ordens do soberano (“Führer”), que decide sobre o estado de exceção, têm força de lei, apesar de não serem, tecnicamente, lei. Daí a expressão “força de lei” utilizada por Agamben. O estado de exceção é um espaço anômico

---

<sup>1</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção, Homo Sacer*, 2 (São Paulo, Boitempo, 2004), p. 12.

<sup>2</sup> Ibíd., p. 61

onde “o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei)”<sup>3</sup>.

Agamben trabalha com as origens e a evolução semântica do termo *iustitium* (do estado de exceção ao luto público pela morte do soberano ou de um parente próximo dele), chegando a poder explicar a relação do soberano com a “norma viva”: “Se o soberano é um *nomos* vivo, se, por isso, anomia e *nomos* coincidem inteiramente em sua pessoa, então a anarquia (que, à sua morte – quando, portanto, o nexo que une à lei é cortado – ameaça libertar-se pela cidade) deve ser ritualizada e controlada, transformando o estado de exceção em luto público e o luto, em *iustitium*”<sup>4</sup>.

Complementando-se essa noção de poder, há que se ter em mente que a *uctoritas* é prerrogativa essencial do Senado, enquanto a *potestas* e o *imperium* dependem do povo, sendo que a *uctoritas*, na visão do autor, é um poder que suspende ou reativa o direito, porém sem a mesma vigência formal.

No atual sistema jurídico ocidental, essas instituições podem ser identificadas com os dois elementos heterogêneos que as compõem: um normativo e jurídico em sentido estrito (*potestas*) e outro anômico e metajurídico (*uctoritas*). O estado de exceção atinge seu máximo desdobramento quando ambos coincidem numa só pessoa, o soberano.

Walter Benjamin em seu texto “Sobre o conceito de história”, item VIII, chama a atenção: “A tradição dos oprimidos ensina-nos que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas a que assistimos ‘ainda’ poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável”<sup>5</sup>.

O estado de exceção, apesar do nome, se tornou regra na realidade do Estado Democrático brasileiro. A naturalização das desigualdades sociais e os abusos cometidos pelos Três Poderes são fatores que contribuíram para esta trágica constatação.

O soberano “tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se

<sup>3</sup> Ibíd., p. 61.

<sup>4</sup> Ibíd., p. 107.

<sup>5</sup> BENJAMIN, Walter, *Sobre o conceito de história*, en BENJAMIN, Walter, *Obras escolhidas*, I: *Magia e técnica, arte e política, ensaios sobre literatura e história da cultura* (8<sup>a</sup> edição, São Paulo, Brasiliense, 2012), p. 245.

legalmente fora da lei”<sup>6</sup>, possibilitando o progressivo alargamento dos limites do estado de exceção e consequentemente, a permissividade ao regime totalitário.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político<sup>7</sup>.

Alertam Agamben que “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”<sup>8</sup> e Pelbart que “o soberano é aquele que decide do valor ou da falta de valor da vida enquanto tal [...]”<sup>9</sup>.

Com a permanência e a naturalização do estado de exceção a legitimidade democrática das decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal sobre questões morais, se torna discutível. Convivem ao mesmo tempo, paradoxalmente, dentro do Estado Democrático de Direito, a defesa e a garantia os direitos fundamentais e a possibilidade de suspensão de todos esses direitos pelo estado de exceção.

### III. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E AS QUESTÕES MORAIS NO PENSAMENTO DE DWORKIN

Inicialmente, se faz mister distinguir as terminologias legalidade e legitimidade, ambas ligadas diretamente a atuação dos poderes constituídos e indispensáveis a compreensão da atuação de tais poderes, em especial do Judiciário.

A legalidade está vinculada à existência de normas jurídicas, é um conceito baseado apenas no aspecto formal da norma, sem juízo de valor acerca da mesma. É a máxima: “está na lei”, sem qualquer análise valorativa do conteúdo expresso pela norma. Em síntese, Norberto Bobbio<sup>10</sup> conceitua legalidade como a conformidade com a lei (estabelecida ou, pelo menos, aceita), é um atributo e um requisito do poder.

Em se tratando de decisão judicial, a legalidade se expressa na vinculação da decisão à sua fundamentação (motivação obrigatória –artigo 93, inciso

<sup>6</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer, o poder soberano e a vida sua* I (2<sup>a</sup> edição, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2010) I, p. 22.

<sup>7</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção*, cit. (n. 1), p. 13.

<sup>8</sup> Ibíd., p. 13.

<sup>9</sup> PELBART, Peter Pál, *Vida capital. Ensaios de biopolítica* (São Paulo, Iluminuras, 2003), p. 64.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política* (Brasília, UnB, 2000b), II,5, p. 674.

IX da *Constituição da República*: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]*”) e no cumprimento das demais formalidades exigidas pela lei.

Já o conceito de legitimidade se relaciona com o aspecto material da norma jurídica e da decisão judicial. Ao proceder 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.

Se o conceito de legalidade é um conceito jurídico-formal, ou seja, considera-se o que determinado está na lei, a legitimidade, pelo contrário, é um conceito sociológico-político, interessando-lhe valores e ideais dos grupos, ou seja, legitimo é aquele poder que, mesmo à margem da lei, se exerce atentando aos interesses da sociedade para qual se destina<sup>11</sup>.

Para Bobbio legitimidade é consenso suficiente à garantia da obediência da lei sem o uso da força, “consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força”<sup>12</sup>, é um atributo do Estado.

Destarte, a validade das normas jurídicas pode ser discutida não apenas por ter infringido regras de habilitação relacionadas ao órgão e procedimento legislativo, mas também porque seu conteúdo esteja em desacordo com o definido por certos valores políticos ou morais<sup>13</sup>.

Como afirma Moreira: “A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”<sup>14</sup>. Destarte: “[...] assegurando-se o acesso do cidadão, por exemplo, em casos que envolvam direitos fundamentais, assegura-se maior democraticidade do instituto do controle da constitucionalidade e, por consequência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade sob essa perspectiva, especialmente aos olhos do cidadão comum”<sup>15</sup>.

Conclui Tavares que “só se poderá assegurar uma efetiva proteção das minorias, ou uma proteção mais intensa, bem como a promoção de uma

<sup>11</sup> DANTAS, Ivo, *Teoria do Estado* (Belo Horizonte, Del Rey, 1989), p. 115.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política*, cit. (n. 10), p. 675.

<sup>13</sup> SANCHÍS, Luis Pietro, *Constitucionalismo e Garantismo*, en QUARESMA, Regina e outros (coordinadora) *Neoconstitucionalismo* (Rio de Janeiro, Forense, 2009), p. 169.

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, legitimidade e limites da justiça constitucional*, en BRITO, J. Sousa e outros, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional* (Coimbra, 1995), p. 178.

<sup>15</sup> TAVARES, André Ramos, *Tribunal e jurisdição constitucional* (São Paulo, IBDC, 1998), p.87.

pluralidade, quando se promove a legitimidade pelo acesso participativo amplo”<sup>16</sup>.

Toda essa discussão acerca de legalidade, legitimidade e legitimação democrática se aplica à atuação do Poder Judiciário, em especial no que tange às decisões proferidas pelo do Supremo Tribunal Federal nos chamados casos difíceis (“hard cases”) de Ronald Dworkin.

Os processos judiciais, para Dworkin, em princípio, suscitam três tipos de questões: as de fato, as de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade. As questões de fato são evidentes. Caso pare alguma dúvida acerca dessas, o magistrado sabe sobre o que é a divergência e como resolver a questão, por exemplo, com o tipo de prova a ser produzida. As questões de moralidade e fidelidade já se relacionam como os conceitos de certo e errado, moralmente estabelecidos. E as questões de direito perpassam por dúvidas acerca da aplicação da norma ao caso concreto<sup>17</sup>.

Em relação à problemática envolvendo decisões sobre casos difíceis, se indaga: “quando não existe uma resposta certa para uma questão de Direito?”<sup>18</sup>. Destarte, haverá inter-relação entre as questões de direito e as questões morais.

Acerca dos casos difíceis, traz a lume: “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra”<sup>19</sup>.

Os casos difíceis são, portanto, situações em que não existe norma jurídica específica aplicável ao caso concreto, seja por omissão legislativa (inexistência de lei), seja pela própria complexidade da questão, que se submeteria a cláusulas de textura aberta, sendo aplicável ao caso, por exemplo, mais de um princípio constitucional. Por não haver nenhuma regra previamente estabelecida, a decisão, *a priori*, poderá ser proferida em qualquer direção, com base no “poder discricionário” do julgador.

Uma ponderação importante diz respeito à supremacia dos princípios constitucionais sobre qualquer aspecto político. Mesmo em se tratando de

---

<sup>16</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional* (São Paulo, Saraiva, 2005), p. 513.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald, *O império do direito* (2<sup>a</sup> edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007b), pp. 5-6.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio* (São Paulo, Martins Fontes, 2000), p. 177.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério* (2<sup>a</sup> edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007a), p. 127.

casos difíceis, os princípios constitucionais devem nortear e fundamentar a decisão do magistrado e não as políticas públicas de determinado governo.

Enfatiza Dworkin: “[...] as decisões judiciais [...], mesmo em casos difíceis [...] são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”<sup>20</sup>. Os interesses de governo (ou de governantes) não devem prevalecer sobre a norma constitucional, em especial sobre a aplicação dos princípios ao caso concreto.

Outra ponderação e, não menos importante, se coaduna com a postura firme e imparcial do magistrado, que não pode ter medo de proferir uma decisão impopular e contra-midiática, e ao mesmo tempo, manter a humildade, uma vez que decidir sobre casos difíceis é tarefa complexa e consideravelmente sujeita a falibilidade humana: “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”<sup>21</sup>.

Esclarece Sarmento: “Quando um problema jurídico qualquer nos é apresentado, o nosso inescapável ponto de partida para equacioná-lo não é o texto da norma jurídica, como costumava proclamar a doutrina mais tradicional, mas a visão que já temos da questão, que é inevitavelmente impregnada pelos valores da cultura em que nos inserimos. [...] Não somos máquinas de interpretar, nem seres dotados de razão abstrata que consiga se desvincilar completamente do seu meio e das suas circunstâncias. [...] Neste cenário de fragmentação axiológica, torna-se muitas vezes difícil fundar a legitimidade das decisões estatais sobretudo as judiciais – em um *ethos* comum, na medida em que as pessoas não compartilham necessariamente as mesmas crenças e visões de mundo”<sup>22</sup>.

Daí outra ponderação de Dworkin: “[...] um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ibíd., p. 132.

<sup>21</sup> Ibíd., p. 197.

<sup>22</sup> SARMENTO, Daniel, *Por um constitucionalismo inclusivo, história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010), pp. 220-221.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, cit. (n. 19), p. 203.

#### IV. AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE QUESTÕES MORAIS “LEGITIMADAS” PELA EXCEÇÃO PERMANENTE

A legitimidade, portanto, é fundamental para existência e realização efectiva da democracia, conceituada de forma preponderante 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”<sup>24</sup>.

Para melhor compreensão das ideias encerradas na expressão democracia: “A democracia já passou por inúmeras concepções e perspectivas, tendo experimentado, logicamente, diversas mutações. Atualmente, o mundo se encontra em um momento confuso, no qual seu conceito e concretização são difusos e multifacetados. O desafio, pois, é cada vez maior, mesmo que se trate do âmbito interno dos Estados-nação”<sup>25</sup>.

E esse desafio estende-se a todas as esferas do Poder público. Logo, cabe também ao Judiciário efetivar o princípio democrático em sua atuação. Democracia não se restringe apenas ao processo eleitoral, ao ato de votar e ser votado ou a eleição de determinado candidato por maioria de votos.

A defesa dos direitos fundamentais, a proteção das minorias e o respeito aos direitos humanos também são abarcados pela democracia. E para realização destas nuances da democracia pelo Estado Jurisdição a tomada de decisões impopulares e contrárias aos interesses governamentais se fazem necessárias.

O desequilíbrio entre os poderes com a prevalência de um sobre os outros é um indício da instauração do estado de exceção permanente como paradigma de governo. Segundo Agamben, uma das características essenciais do estado de exceção é “a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário”<sup>26</sup> que se torna prática duradoura de governo.

Um exemplo de prevalência de um poder da República sobre os outros é a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Os ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República depois da aprovação pelo Senado Federal, por conseguinte, a participação

---

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política*, cit. (n. 10), p. 327.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Luís Cortat Simonetti, *Um Passo na Direção do Uso de Ferramentas Democráticas no Âmbito Internacional, a experiência dos Diálogos pelo Desenvolvimento Sustentável na Rio+20*, en XXII Encontro Nacional do CONPEDI, Niterói, 2012 (no prelo).

<sup>26</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção, Homo Sacer*, cit (n. 1), I p. 19.

do povo na escolha dos membros da Corte Constitucional é indireta, os políticos eleitos –representantes do povo– são quem decide.

Deste modo, a nomeação dos ministros, que decidem sobre as questões morais, é uma escolha de governo, é uma opção política, pautada na ideologia e, principalmente, nos interesses dos políticos –em especial do Presidente da República– e não uma decisão democrática. Da forma como está estabelecida, a nomeação possibilita a perpetuação dos interesses de determinado governo e, mais, demonstra a ingerência do Poder Executivo no Poder Judiciário.

A preponderância do Executivo sobre o Judiciário com a escolha e nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da Justiça brasileira, é uma clara demonstração do paradigma do estado de exceção como constitutivo da ordem jurídica no Brasil.

Acerca dos excessos do Poder Executivo, de sua preponderância perante os outros poderes e da consequente instauração do estado de exceção com a desarmonia entre os três poderes, rememora Agamben que “a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido”<sup>27</sup>.

Para que a nomeação dos ministros fosse mais democrática e menos política, alguns critérios importantes deveriam ser considerados, como a pluralidade na constituição do órgão com a escolha de juristas que efetivamente representassem grupos distintos e não interesses governamentais. A nomeação de profissionais com formação acadêmica, valores, ideologias, crenças diferentes, seria uma tentativa de representar o maior número de grupos sociais possíveis, para se evitar que uma maioria esteja seja bem presente e, consequentemente, bem protegida e uma minoria tenha seus interesses esquecidos ou ignorados.

Provavelmente, quanto maior for a pluralidade de representatividade no Supremo, maior será a aceitação social das decisões da Corte Constitucional, uma vez que os cidadãos se sentirão devidamente representados e se reconhecerão na decisão proferida. Isto é legitimidade.

Uma das maiores críticas que se estabelece ao sistema constitucional norte-americano, acerca da decisão de casos difíceis, é sobremaneira aplicável ao Brasil e ao contexto de estado de exceção:

O Supremo Tribunal terá de decidir, o que significa que os juízes deverão responder a questões difíceis e profundas de moral política que os filósofos, estadistas e cidadãos já vêm debatendo há séculos, sem chegar a uma perspectiva de consenso.

Essa forma de governo concede grande poder aos juízes. Para todos os

<sup>27</sup> Ibíd., p. 18.

efeitos práticos, os tribunais federais e, por fim, o Supremo Tribunal tem a última palavra sobre quais direitos a Constituição afirma e protege e, portanto, sobre o que os governos nacionais e estaduais não podem fazer. Desse modo, algumas das mais importantes decisões políticas que uma comunidade deve tomar –decisões que, na maioria das outras democracias, já foram ou seriam tema de grandes lutas políticas– foram decididas para os norte-americanos pelos juízes, não pelos representantes eleitos pelo povo<sup>28</sup>.

Quando se tratam de questões morais (“hard cases”), a decisão final é do Poder Judiciário. Independentemente da legitimidade democrática, a decisão deverá ser acatada por toda a sociedade. Nos dizeres de Agamben, “as palavras do Führer têm força de lei”<sup>29</sup> no estado de exceção. É exatamente o que acontece com a posição do Supremo Tribunal Federal hoje nos “hard cases”. A decisão judicial tem força de lei.

Maus 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”<sup>30</sup>. Controle este que é endógeno ao Estado Democrático de Direito! Não há que se tratar de Estado Democrático de Direito sem que seus poderes, órgãos e instituições sofram alguma forma de fiscalização pela sociedade.

E pior, a supervalorização do Judiciário caminha para uma “representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”<sup>31</sup>. A religião é pautada na fé, os dogmas não são questionados, não são discutidos e quem o faz, normalmente, sofre sanções morais. O Judiciário não deve ser pautado em dogmas, deve ser pautada na legitimidade democrática! Os cidadãos não têm que ter fé no Estado, mas sim, verificar que suas decisões são justas e atendem aos anseios sociais.

Este cenário que se descontina é preocupante: o estado de exceção se tornou permanente no Brasil. Não de modo formal e legalmente instituído, mas de forma mascarada, velada, o que é muito pior. Injustiças ocorrem, os poderes se digladiam para medir forças, o Judiciário se arvora como consciência máxima da sociedade e decide questões morais, sem maiores preocupações com a legitimidade democrática de suas decisões. *Hard cases* são decididos sem critérios democraticamente legítimos, prevalecendo as pressões políticas e midiáticas. A famigerada “discricionariedade” dos juízes e ministros continua esplendorosa no formalmente “Estado Democrático

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald, *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdade individuais* (São Paulo, Martins Fontes, 2003), pp. 167-168.

<sup>29</sup> AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção, Homo Sacer*. 2, cit. (n. 1), p. 61.

<sup>30</sup> MAUS, Ingeborg, *Judiciário como superego da sociedade. Novos Estudos* (São Paulo, CEBRAP, 2000), pp. 183-202.

<sup>31</sup> Ibíd., pp. 183-202.

de Direito” brasileiro, que é na verdade, materialmente, “Estado de Exceção Permanente” brasileiro.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado de exceção se manifesta como paradigma de governo brasileiro com diferentes facetas. Uma delas é com a desarmonia entre os três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário tentam medir forças, acabam se imiscuindo nas funções um dos outros, gerando insegurança e ferindo o princípio democrático. Um exemplo disso é a ausência de legitimidade democrática na atuação do Judiciário.

A legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil hodierno está longe de ser, no mínimo, tolerável. As decisões, em via de regra, não se coadunam com o ideal democrático. Sobra o excesso de zelo com o formalismo e faltam a participação efetiva dos cidadãos e o comprometimento com os interesses sociais.

Quando se trata da análise dos casos difíceis o problema piora. A função primordial do Supremo Tribunal Federal como “guardião da Constituição” é zelar pelo fiel cumprimento de suas normas e não definir valores morais, assumindo o papel de “consciência-mor” da sociedade, tampouco, se apropriar da função legislativa, exercendo ao mesmo tempo dois poderes. A palavra final do Supremo acaba por ter força de lei. Este é um indicativo do estado de exceção permanente.

O compromisso dos ministros deve ser sempre com o povo, detentor do poder Constituinte e que legitimou a Constituição, e não com o governo. Os interesses sociais devem sempre prevalecer sobre os interesses politiqueiros. O texto constitucional deve ser interpretado de modo a buscar maior integração constitucional e não para garantir a governabilidade do chefe de Estado que nomeou o ministro. Outra evidência da naturalização do estado de exceção no Brasil: o Executivo prevalecendo e interferindo diretamente no Judiciário.

O estado de exceção se tornou permanente no Brasil. Alguns atos dos poderes são soberanos, têm força de lei, mesmo não advindo do exercício legislativo. De forma sorrateira e maquiada, o “Estado Democrático de Direito” se transmuda em “Estado de Exceção Permanente”. A transformação não é abrupta, não é formal, é velada e vagarosa para que a sociedade brasileira não sinta o regime totalitário novamente se firmando.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção, Homo Sacer*, 2 (São Paulo, Boitempo, 2004).
- BENJAMIN, Walter, *Sobre o conceito de história*, en BENJAMIN, Walter, *Obras escolhidas*, I, *Magia e técnica, arte e política, ensaios sobre literatura e história da cultura* (8ª edição, São Paulo, Brasiliense, 2012).
- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer, o poder soberano e a vida sua* I (2ª edição, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2010).
- PELBART, Peter Pál, *Vida capital. Ensaios de biopolítica* (São Paulo, Iluminuras, 2003).
- BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política* (Brasília, UnB, 2000).
- DANTAS, Ivo, *Teoria do Estado* (Belo Horizonte, Del Rey, 1989).
- SANCHÍS, Luis Pietro, *Constitucionalismo e Garantismo*, en QUARESMA, Regina e outros (coordinadora) *Neoconstitucionalismo* (Rio de Janeiro, Forense, 2009).
- MOREIRA, Vital, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, legitimidade e limites da justiça constitucional*, en BRITO, J. Sousa e outros, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional* (Coimbra, 1995).
- TAVARES, André Ramos, *Tribunal e jurisdição constitucional* (São Paulo, IBDC, 1998).
- DWORKIN, Ronald, *O império do direito* (2ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007).
- DWORKIN, Ronald, *Uma questão de princípio* (São Paulo, Martins Fontes, 2000).
- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério* (2ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007).
- SARMENTO, Daniel, *Por um constitucionalismo inclusivo, história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010).
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti, *Um Passo na Direção do Uso de Ferramentas Democráticas no Âmbito Internacional, a experiência dos Diálogos pelo Desenvolvimento Sustentável na Rio+20*, en XXII Encontro Nacional do CONPEDI, Niterói, 2012 (no prelo).
- DWORKIN, Ronald, *Domínio da vida, aborto, eutanásia e liberdade individuais* (São Paulo, Martins Fontes, 2003).
- MAUS, Ingeborg, *Judiciário como superego da sociedade. Novos Estudos* (São Paulo, CEBRAP, 2000).