

**ESTUDO SISTEMÁTICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO COM VISTAS À
DEFESA DA DEMOCRACIA**

*SYSTEMATIC STUDY OF THE STATE OF EXCEPTION WITH
DEMOCRACY DEFENSE VIEWS*

Stephany Lia BRONCA¹

Thaïs SAVEDRA de Andrade²

RESUMO

O ensaio em tela, pautado no método hipotético dedutivo, visa traçar parâmetros do que seria a democracia em sua essência, promessas deste regime a aqueles Estados que a adotam como sendo sua forma de governo, visando demonstrar suas rachaduras e difícil manutenção num possível Estado de exceção. Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica fora evidenciada uma lógica quase que cronológica do conceito de Estado demonstrando as possíveis teorias de sua criação e elementos considerados intrínsecos a sua existência, permitindo assim, que a democracia encontrasse solo fértil a estabelecer-se, transformando seu povo em soberano,

¹ Graduada em Direito pela FAE- Campus São José dos Pinhais (2009), advogada, e-mail: stephanyliabronca@gmail.com.

² Doutoranda em Direito pela UFPR, com concentração em Direito Tributário, Mestre em Direito Pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, com bolsa da Fundação CAPES, graduou-se em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e especializou-se em Direito Tributário pela mesma Instituição. Professora de Direito Tributário, Filosofia do Direito, Antropologia Jurídica e História do Direito. E-mail: thais.savedra@fae.edu.

soberania a qual é conceito de infinda importância a contextualização não só do Estado, mas, sendo ela também elemento essencial a existência da democracia. Em contrapartida, a ineficácia dos elementos estatais, sua constante modificação e evolução, a usurpação de competências, ativismo judiciário, má arquitetura da Suprema Corte, acúmulo de competências pode vir a causar uma rachadura no sistema democrático. Mostra-se ainda, insuficiente a simples separação de poderes. O que busca é uma análise subjetiva, ensejando um exame interpretativo dos elementos que compõe o Estado de exceção aos do sistema jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Estado de exceção, Soberania, Estado, Constituição.

ABSTRACT

This study, based on the hypothetical deductive method, aims to outline parameters of what democracy would be in its essence, promises of this regime to those States that adopt it as their form of government, aiming to demonstrate its breaks and difficult maintenance in a possible State of exception. Therefore, through bibliographic research, an almost chronological logic of the concept of State was demonstrated, demonstrating the possible theories of its creation and elements considered intrinsic to its existence, thus allowing democracy to find fertile soil to establish itself, transforming its people in sovereignty, sovereignty, which is a concept of endless importance, not only in the context of the State, but also in its essential element the existence of democracy. On the other hand, the ineffectiveness of the state elements, their constant modification and evolution, the usurpation of competences, judicial activism, poor architecture of the Supreme Court, accumulation of competences can come to cause a crack in the democratic system. The simple separation of powers is still insufficient. What he seeks is a subjective analysis, giving rise to an interpretative

examination of the elements that make up the State of exception to those of the national legal system.

KEYWORDS: democracy, State of exception, Sovereignty, State, Constitution.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, já em seu preâmbulo, e ao longo de todo texto constitucional, a democracia como sendo sua forma de governo. O Estado democrático de direito advindo pós períodos ditatoriais encontra-se hoje, questionado quanto a sua eficácia no sistema jurídico nacional.

O presente estudo busca demonstrar o problema da manutenção do Estado democrático e seus elementos, a partir do estudo do Estado de Exceção segundo Giorgio Agamben.

Nesse sentido, é fundamental que se conheça como se define o conceito de democracia, nascido em Atenas, sendo o resultado de uma reflexão política oriunda da construção da racionalidade proveniente de longos períodos de tirania. Pode ela ainda, ser apontada como sendo a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. Esta, também é considerada, como um instrumento de liberdade, dando ao cidadão a condição de agir como soberano na tomada de decisões do Estado.

Em continuidade, se analisará a estrutura geral do Estado, sendo este considerado uma organização política dotada de soberania, tendo em sua base o caráter de autodeterminação, verificando-se somente ser possível sua eficácia, quando há a comunhão de elementos que justifiquem sua existência.

Em seguida debruçar-nos-emos sobre os diversos elementos do Estado de exceção segundo a filosofia de Giorgio Agamben, com o fito de, identificarmos se tais características se encontram hoje veladas no cenário jurídico nacional.

Ademais, com fulcro de amoldar tal cenário na perspectiva nacional, serão explanadas quais condutas, por parte do poder judiciário, têm cooperado para que se possa encontrar a exceção nas rachaduras do sistema brasileiro. Ainda, demonstrar-se-á que a simples separação dos poderes, não tem dado eficácia a garantia da segurança jurídica.

O STF desempenha, dentro do cenário brasileiro, um papel de infinda importância ao exercício da democracia e garantia da segurança jurídica daquele que o invoca. A má estrutura dentro da Suprema Corte pode causar eventos danosos ao processo democrático. Além disso, tais condutas como a mutação constitucional e o ativismo judicial devem ser analisadas, sob esta ótica a fim de haja uma apreciação crítica e ética de determinados procedimentos a manutenção do Estado democrático de direito.

A utilidade essencial de todos os elementos trazidos aos leitores deste trabalho, é justamente o diagnóstico crítico das questões essenciais, que fazem com que a democracia possa garantir a soberania ao seu povo. A ausência destes, pautada em simples necessidade de interesses próprios daqueles que representam a nação e os julgadores, ou até mesmo de uma mudança na concepção de justiça, a fim de, legitimar ações as quais o ordenamento jurídico não suporta, são perigosas a falência do Estado democrático de direito.

2 A DEMOCRACIA

A democracia exerce um papel de extrema importância em relação aos regimes que a adotam como forma de governo. Em face deste motivo, torna-se imperiosa ampla discussão e constante revisita sobre o referido instituto, a fim de entender suas origens e os princípios que a norteiam, tendo a finalidade de atribuir maior efetividade à sua aplicação. Importante frisar que a democracia e seus dados

institucionais serão objeto do presente escrito, sem, contudo, a pretensão de esgotá-los, tendo em vista ser um tema sobre o qual a construção teórica e deliberação sempre devem ser bens perseguidos, a fim do fortalecimento do instituto.

2.1.1 Características gerais da democracia

Para conceituar democracia se faz primeiramente necessária a compressão do termo. O estado brasileiro é estruturado de forma que tal instituto se encontra estabelecido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, e conseqüente explanação em todo texto constitucional, como sendo a forma de regime político brasileiro adotada em território nacional, onde o povo é quem exerce o papel de soberania, tomando as decisões políticas do Estado.

A democracia, porém, em sua extensão e aplicação é dotada de características gerais. Tais características são intrínsecas aos diversos regimes que se intitulam democráticos no mundo, sendo imprescindível apontar seus aspectos e breve análise de sua origem.

Para Norberto Bobbio (1980, p. 120) a "república compreende (...) tanto a aristocracia quanto a democracia, conforme o poder seja exercido por 'todo o povo' ou 'só uma parte'".

Quanto ao seu nascimento, nas palavras de Dallari (2007, p. 147), pode-se dizer que:

O Estado Democrático moderno nasceu das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana. Daí a grande influência dos jusnaturalistas, como Locke e Rousseau embora estes não tivessem chegado a propor adoção de governos democráticos, tendo mesmo Rousseau externado seu descrédito neles.

No século XVIII, Rousseau e Kant perceberam a valorosa relação existente entre direitos humanos e soberania popular, pois o conceito de vontade geral do genebrino e de vontade unificado do povo de Kant leva em consideração que qualquer cidadão ao deter o poder e o exercício de legislar, pode ser arbitrário. O povo, sendo assim, é quem seria então capaz de legislar por sua condição de protagonismo no cenário democrático sendo ele, em essência o principal interessado na questão legislativa, acabando assim, por não cometer injustiças (HABERMAS, 1994, p. 636-637).

Hans Kelsen (2000, p. 406) diz ser clara relação entre os direitos fundamentais e a democracia, sendo o primeiro eficaz quando o segundo atinge sua plenitude. Em suas palavras:

“Politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que ele “deve” fazer, segundo a ordem social, coincide com o que ele que fazer. Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica a vontade dos sujeitos.”

Ainda, quando se fala de democracia é imprescindível destacarmos a importante consideração de Robert Dahl (2005, p. 26) a conceituar tal instituto. Em sua concepção a essência desse instituto é a “contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais.” Considera o termo democracia um sistema político onde uma das suas principais características versa sobre a responsabilidade dos cidadãos os quais estão sob sua proteção:

Para um governo continuar sendo responsivo durante certo tempo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais, todos os cidadãos devem ter oportunidades plenas:

1. De formular suas preferências;

2. De expressar suas preferências e seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva;
3. De ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência.

Tais condições supracitadas acima são necessárias a existência da democracia, ainda que não sejam suficientes a sua plenitude. Porém, para que tais elementos existam e sejam eficazes a grandes Estados-nações se faz necessário o fornecimento concomitante de oito garantias:

TABELA 1 – Alguns requisitos de uma democracia para um grande número de pessoas

Para a oportunidade de:	São necessárias as seguintes garantias institucionais:
I. Formular preferências	<ol style="list-style-type: none"> 1. Liberdade de formar e aderir a organizações 2. Liberdade de expressão 3. Direito de voto 4. Direito de líderes políticos disputarem apoio 5. Fontes alternativas de informação
II. Exprimir preferências	<ol style="list-style-type: none"> 1. Liberdade de formar e aderir a organizações 2. Liberdade de expressão 3. Direito de voto 4. Elegibilidade para cargos políticos 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio 6. Fontes alternativas de informação 7. Eleições livres e idôneas
III. Ter preferências igualmente consideradas na conduta do governo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Liberdade de formar e aderir a organizações 2. Liberdade de expressão 3. Direito de voto 4. Elegibilidade para cargos políticos 5. Direito de líderes políticos disputarem apoio 5a. Direito de líderes políticos disputarem votos 6. Fontes alternativas de informação 7. Eleições livres e idôneas

8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência

FONTE: DAHL, Robert. A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciomik. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 27.

Tanto numa concepção histórica, como moderna, os regimes variam conforme tais elementos demonstrados acima sofrem mutações, em que estão “abertamente disponíveis, são publicamente utilizados e plenamente garantidos” ao menos para alguns membros do sistema político que queiram contestar a conduta do governo. Assim, tal escala qual represente tais condições poderiam ser usada como comparativo a diferentes regimes (DAHL, 2005, p. 28).

A democracia é instrumento da liberdade, uma vez que certos tipos de direitos, liberdades e oportunidades são essenciais para o processo democrático em si e devem existir enquanto existir o processo. Isso inclui o direito à livre expressão, à organização política, à oposição, a eleições justas e livres (DAHL, 2001, p 137,8).

Em contrapartida, para José Afonso da Silva (2016, p. 126-127), democracia é:

[...] conceito histórico, não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo lhe o conteúdo a cada etapa social, mantido sempre o princípio básico de que ela releva um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e da garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história.

A democracia, assim, expande até os limites máximos a oportunidade de autogovernar-se, de obedecer a leis que o próprio indivíduo escolheu, de ter autodeterminação, sendo isso um fim desejável a tal instituto (DAHL, 2001, p. 138).

3 O ESTADO

Para compreensão da ideia central do presente trabalho se faz indispensável a contextualização de Estado como sendo uma organização política dotada de soberania, tendo como um de seus pilares o caráter de autodeterminar-se de forma mais ampla possível, fazendo com que todo e qualquer indivíduo pertencente a ele, esteja sujeito a sua égide (LIMA, 1971, p. 21).

Segundo Darcy Azambuja (2005, p. 4):

Com exceção da família, a que, pelo nascimento o homem forçosamente pertence, mas de cuja sua tutela se liberta com a maioridade, em todas as outras sociedades ele ingressa voluntariamente e delas se retira quando quer, sem que ninguém possa obrigá-lo a permanecer. Da tutela do Estado, o homem não se emancipa jamais. O Estado o envolve na teia de laços inflexíveis, que começam antes de seu nascimento, com a proteção dos direitos do nascituro e se prolongam até depois da morte, na execução de suas últimas vontades.

3.1 Da origem do Estado

O Estado como sendo a ordem política que regula a sociedade é conhecida desde os primórdios, porém, nem sempre foi o mesmo e tão pouco abarcou a mesma realidade a qual vivemos na atualidade (BONAVIDES, p. 73, 1977).

Para Pietro de Jesus Lora Alarcón (2011, p. 63) “o estado surge como resultado das leis naturais que regem o desenvolvimento social e que também ocasionam as transformações estatais posteriore”.

O Estado, sob a concepção da antiguidade, **era** caracterizado como sendo a solidificação de todos os elementos os quais formavam uma “cidade”. Dela é que se propagavam todas as manifestações de força e poder. Assim, a cidade era ponderada como sendo a cabeça do corpo o qual formava todo o Império. (BONAVIDES,2012, p. 34).

Hoje, as concepções os quais adotamos de Estado foram fortemente influenciadas pelas civilizações antigas. Na Grécia por exemplo, dava-se o nome de “*Cidades-estados*”, utilizando-se o termo “*polis*” para representar “*cidade*”. A palavra política usada a referir-se como sendo a “*ciência do Estado*”, adveio da Grécia. Ainda, em Roma, utilizava-se o termo “*civitas*” cujo significado traduzia o mesmo sentido de “*polis*”, juntamente da expressão “*res/ publica*” (LIMA, 1971, p. 21).

Maquiavel (2000, p. 165) na história foi o primeiro a falar de Estado como sendo uma unidade política. Tal definição:

[...] a história é mestra de nossos atos e máximas dos príncipes; e o mundo sempre foi, de certa forma, habitado por homens que sempre têm paixões iguais; e sempre houve quem serve e quem ordena, e quem serve de má vontade e quem serve de boa vontade, e quem se rebela e se rende.

Tal conceito, encontra-se ultrapassado aos conceitos de Estado Moderno. O Estado não pode ser confundido com a sociedade em particular, nem mesmo com a sociedade em geral. O seu objetivo central é de ordem e defesa social, diferenciando-o de outros institutos organizacionais. Para que se possa atingir tal finalidade a qual é pautada no conceito de bem público, o Estado se utiliza de vários meios que variam conforme sua época, o povo o qual está sob sua égide, costumes e cultura. Diante disso, entende-se que o Estado existe para a realização do bem público e por isso tem autoridade, dispondo de poder o qual manifesta-se pela força para fazer valer a sua soberania (AZAMBUJA, 2005, p. 5).

Assim, é possível afirmar que o Estado só adquire forças quando advém da vontade geral, a qual é o objetivo central deste instituto, sendo ele o bem comum, pois “se a oposição dos interesses particulares tomou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que as tornou possível.” Tais fatores representam o liame que se faz entre interesses antagônicos. Se não houvesse tal ligação a qual harmoniza os conflitos, não haveria como se falar em sociedade. A sociedade, assim sendo é pautada na existência dos interesses comuns (ROUSSEAU, 2014, p. 41).

Por fim e não menos importante, tal qual o consideramos hoje, o Estado pode ser visto como instituição jurídica, tendo o poder de promover normas, sendo essa sua principal função: a legislativa. Ao Estado cabe editar normas comportamentais visando a convivência pacífica dos seus integrantes, e, executá-las, julgando as respectivas infrações cometidas por seus cidadãos através do poder judiciário (BASTOS, 2004, p. 65).

3.3 O Estado Moderno

O Estado evolui de acordo com a sociedade, e por isto, é considerado mutável. Assim, segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 59):

O estado nunca está imóvel ele se encontra em transformação permanente acompanhado a própria evolução da sociedade, o desenvolvimento da estrutura das classes, a heterogeneidade das situações da vida social.

A modernidade traz consigo o sentido de “guerra total” em que a capacidade de destruição total fora ampliada quando do uso das armas de guerra (armas nucleares). Tal conceito produz diversas formas sociais, tal qual a mais importante refere-se ao “Estado-nação”. A sociologia trata a sociedade como seu objeto. Tal sociedade numa concepção moderna é chamada de estado-nação mesmo em muito

sendo velada, agora exteriorizada. Partindo do ponto de vista de um organismo sociopolítico o estado-nação é antagônico a outros tipos de ordem tradicional (GIDDENS, 1991, p. 21).

O Estado moderno, se inaugura em uma primeira versão dotado do caráter absolutista, visando atender as necessidades do capitalismo o qual transcendeu o período medieval. O Estado devido a sua constante evolução, se aperfeiçoa a todo tempo. Leva-se em consideração ao desenvolvimento do Estado as condições “econômicos-sociais” que o fazem agir de certa forma a garantir que tais condições venham a ser atendidas de forma eficaz (STRECK; MORAIS, 2006, p. 28).

3.4 O Estado de Exceção

3.4.1 Características do Estado de exceção

A teoria que versa sobre o estado de exceção apresenta uma série de impasses a fim da contextualização ligada à sua terminologia. Para Rafael Valim (2017, p. 17-18): “É comum a confusão entre os significados que a exceção assume nos diversos domínios do conhecimento o que naturalmente dificulta ainda mais seu exame”.

O Estado, tem, em sua essência dentro do seu território manter a pacificidade, tal qual determina a sua manutenção. Já a exceção é pautada na necessidade de manutenção da Constituição a qual garante aos indivíduos que estão sob a égide do Estado, paz social (DYNIEWICZ, 2016, p. 30).

No campo da dogmática- jurídica a exceção é apresentada sob diversos aspectos. Pode ser figurada como a “teoria das circunstâncias excepcionais” no direito administrativo, convencionado pelo Estado Francês no aresto *Heyriès*, onde, em períodos de crise o poder público fora dotado de artifícios os quais não integravam um ordenamento jurídico, objetivando a garantia da prestação e continuidade dos serviços

públicos. Sob a égide constitucional, o estado de exceção é intitulado como “estado de urgência”, “estado de emergência”, “estado de sítio”, “ditadura constitucional” e “governo constitucional de crise”. Nesse aspecto, a exceção é apontada como a prerrogativa que o poder executivo se equivale de situações as quais não se encontravam previstas em seu ordenamento, ultrapassando os limites da normalidade, intituladas como situações de “calamidade”. Em termos constitucionais conhecemos como sendo Estado de defesa e Estado de sítio (VALIM, 2017, p. 20).

Ainda, no sentido da teoria política, a exceção é considerada como um modelo de governo de praxe nos tempos modernos. O Estado de exceção nesse sentido, é compreendido como sendo “permanente”, onde, deixa de vigorar o ordenamento legal, a fim de resolução de conflitos, ocorrendo aos poucos a institucionalizada substituição das “formas de controle social” para as de violência física (VALIM, 2017, p. 21).

Segundo Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz (2016, p. 30):

O Estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir. A exceção, não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, exceção, permite, para Schmitt, que se chegue à essência do direito. A situação excepcional não é anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. O Estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer

Em contraponto, Carl Schmitt, se pauta no fato da exceção ser uma “estratégia da repolitização da ordem jurídica liberal, é de reconhecer-se que a exceção aniquila tanto o Direito como a Política” (VALIM, 2017, p. 28-29).

Gilberto Bercovici (2004, p. 66) aduz que:

A situação excepcional não é, ao contrário do que possa parecer, anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. Não

existe uma norma que possa ser aplicada no caos. O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer. A exceção é o caso excluído da norma geral, mas não está fora da relação com a norma.

A partir das perspectivas gerais que versam sobre o Estado de exceção, há a necessidade de o diferenciarmos de regimes os quais podem confundir-se com este, passando a partir de agora, a expor aspectos que os demonstram antagônicos em sua essência.

3.6 O Estado De Exceção Segundo Giorgio Agamben

O Estado de exceção, situa-se onde a lei não está. Tal medida excepcional, encontra-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não abrangidas pelo direito. Giorgio Agamben, estreia sua obra dizendo que o estado de exceção, apresenta-se como a “forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 7).

Tarefa difícil a de definir estado de exceção sob o ponto de vista da “guerra civil, da insurreição e resistência”. Tais elementos fogem do caráter de normalidade do estado, onde, a guerra civil situa-se numa zona de “indecidibilidade”, e o estado de exceção no campo da medida imediata como solução de conflitos internos de extrema complexibilidade (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Para tal contextualização de tal conceito, toma-se o Estado Nazista como parâmetro. Logo que Hitler teve para si o poder, ou nas palavras de Agamben (2004, p. 12) “o mal poder que lhe foi entregue”, promulgou o “Decreto para a proteção do povo e do Estado” nome que fora dado a tal medida, que suspendeu de forma imediata as liberdades individuais previstas na Constituição de Weimar. Tal decreto suspensivo jamais fora revogado, onde, o Terceiro Reich em perspectivas jurídicas fora considerado como sendo um estado de exceção cuja duração perdurou por 12 anos.

O Estado de exceção tem se apresentado como protótipo aos governos no cenário contemporâneo. Utilizar-se de técnicas excepcionais a torná-las como regra num dado governo, ameaça, de forma radical e perceptível os fins, objetivos e estruturas de diversas constituições. Assim, “o estado de exceção apresenta-se nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Há diversidade de posicionamentos doutrinários a fim de atribuir a natureza do Estado de exceção. Tal divisão é pautada entre aqueles os quais acreditam ser ele pertencente ao ordenamento jurídico, e outros, que consideram que o Estado de exceção está além desse ordenamento, sendo, portanto, extrajurídico. Em verdade, ele não está nem dentro e nem fora de tal ordenamento. Nas palavras de Agamben (2004, p. 38-39) “o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam”. Logo, a dificuldade de compreensão está pautada na identificação de sua localização.

Destarte, há também quem diga ser o estado de exceção um estado de necessidade, assim, *necessitas non legem non habet*. Tal aspecto deve ser considerado sob duas vertentes: Uma funda-se no fato de que a “necessidade não reconhece nenhuma lei” e, sob a *necessite fait loi*. Tais teorias aludem sob o estado de necessidade e de fato o resolve quando “o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema de legitimidade daquele”. A necessidade tende a ser utilizada como dar legalidade ao que é ilegal, agindo de forma a justificar uma ilicitude por meio de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 40).

Acredita-se assim, que o Estado de exceção tem sua problemática na teoria jurídica, e nas lacunas do direito. Lacuna estas que não se referem a falta de texto normativo, mas sim, da suspensão da normatividade em sua aplicação. Deste modo, o estado de exceção pode ser considerado uma falsa lacuna no mundo das normas (AGAMBEN, 2004, p. 48).

Igualmente, é de infinda importância e destaque de tal aspecto nas palavras de Giorgio Agamben (2004, p. 48-49), vez que tal sentido traduz o que na sua concepção tende a ser a essência do estado de exceção:

É como se o direito contivesse uma fratura especial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tão permanece em vigor.

Assim, o estado de exceção é, uma lacuna em que a norma e sua aplicação separam-se. Onde uma lei “aplica, desaplicando” uma norma a qual fora suspensa. A norma e a realidade aproximam-se pela exceção, a qual torna-se requisito para tal relação. Isso implica no fato de que, para que uma norma seja aplicada se faz necessário suspender sua aplicação a fim de produzir uma exceção (AGAMBEN, 2004, p. 63).

4 A DIFÍCIL DEFESA DA DEMOCRACIA NUM ESTADO DE EXCEÇÃO

Por si só o Estado Democrático de Direito tem seus embaraços a efetivar-se. A promessa da democracia nunca se desenvolveu plenamente, vez que se trata de uma forma de governo altamente complexa. As rachaduras nesse sistema fizeram com que a exceção encontrasse um solo fértil a tornar-se regra. A ruptura com o conceito até aqui desenhado será o tema, a partir de agora, desvelado, partindo-se da seguinte questão: será que o que se categoriza como democracia, em muitos países do momento histórico atual, é realmente a prática plena da democracia, ou somente desfruta-se de alguns poucos elementos de sua essência?

A democracia, e sua conseqüente positivação no ordenamento jurídico, não são suficientes a garantia dos elementos intrínsecos ao Estado Democrático de

Direito. Para que tal regime venha a ser efetivo, é necessário que seja garantido ao indivíduo que está sob a proteção do Estado seus direitos fundamentais, políticos e sociais, instrumentos de empoderamento do cidadão a fim de que exerçam o poder de forma plena (PINHEIRO, 2013, p. 174).

Numa concepção moderna, estabelece-se um liame entre a democracia e as liberdades individuais conquistadas pós Revolução Francesa. Os estados resguardaram ideias de soberania, tais quais juntamente dos sociais são hoje resguardados por uma constituição (PINHEIRO, 2013, p. 175).

4.1 A democracia como declínio

A tratativa aqui abordada refere-se aos perigos internos dos regimes democráticos, os quais derivam tanto da extrema direita quanto da esquerda no sentido ideológico. Tais promessas não cumpridas formaram obstáculos e enfraqueceram a democracia, mas, ainda não a tornaram como sendo um regime autocrático. A diferença essencial dos antagônicos regimes permanece em suas essências. O conteúdo mínimo do estado não encolheu a restringir liberdades, direito ao sufrágio, eleições periódicas etc. O que de fato existem são democracias mais sólidas e menos sólidas, mais sujeitas a vulnerabilidade e menos. Falta um extenso caminho a ser percorrido para que a democracia atinja seu ideal almejado, mas, jamais pode-se confundi-la com um regime totalitário ou autoritário. (BOBBIO, 2000, p. 50).

Ultimando, Norberto Bobbio (2000, p. 50) afirma não ter até então identificado guerras por Estados os quais adotam a democracia como sua forma de governo, mas, isso não quer dizer que não existam conflitos entre si. Usa como referência o artigo desenvolvido por Kant o qual aborda um possível acordo de paz onde cada Estado (constituição) deva ser republicana. Porém, o conceito e ideal de república tratado por Kant não expressa o sentido de democracia o qual vive-se hoje, entretanto, o fato de

que a constituição de cada Estado limitasse a guerra foi de infinda sabedoria vez que houve diversos projetos exprimindo tal sentido. As objeções feitas a explanação de Kant versaram sobre a universalidade a qual vale não somente aos estados democráticos, mas, a todos. Porém, poucos são os Estados que assumem como sua bandeira a paz perpétua.

4.2 Os espaços de exceção no cenário político-jurídico nacional

O estado de exceção, descrito por Agamben e explanado na presente, encontra, em regimes democráticos mais frágeis, campo fértil a legitimar-se. Em se tratando da democracia brasileira, que conta apenas com trinta anos, é possível apontar elementos pertinentes a uma fragilização do sistema, dados identificáveis com as características de um regime excepcional, conforme se exporá.

4.2.1 Princípio da Separação dos Poderes

O Estado tem em sua estrutura a função de legislar, governar e julgar. Na definição de José Afonso da Silva esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota (2009). Consta em seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. As primeiras bases teóricas para a “tripartição dos poderes” foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles.

Percebe-se, pois, que Aristóteles contribuiu no sentido de identificar o exercício de três funções estatais distintas, que eram exercidas por um único órgão (LENZA, 2011).

Assim, o valor de sua descoberta é muito relativo, já que não influenciou a separação dos poderes propriamente dita, mas, como bem ressaltou Zulmar Fachin, (2009, p. 208) “foi com a descoberta de Aristóteles que, pela primeira vez, no campo teórico, falou-se na necessidade de distribuir a tarefa de exercer o poder político”

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16 (LENZA, 2011, p. 433).

As funções legislativa, executiva e judiciária podem ser claramente delimitadas dentro do sistema constitucional pátrio. Ao tratar do tema, José Afonso da Silva faz as seguintes considerações: A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse (SILVA, 2009, p. 108).

Assim, o sistema de separação dos poderes foi consagrado nas Constituições de quase todo mundo, associando-se à ideia de Estado Democrático. Destaca-se, porém, que ele foi adotado de maneira abrandada, já que diante das realidades sociais e históricas, foi-se permitindo maior interpenetração entre os Poderes, atenuando-se, portanto, a teoria que apregoava a separação absoluta dos mesmos (LENZA, 2011).

O constitucionalista português trata, ainda, da harmonia entre os 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 (SILVA, 2009, p. 110).

O chamado sistema de “freios e contrapesos” pode ser compreendido como a inter-relação dos poderes de forma harmônica, em que cada qual mantém o seu âmbito de independência e autonomia em relação aos demais, permitindo que ao se atribuir funções do poder a diferentes mãos, estas controlariam umas às outras com vistas a evitar o arbítrio, fornecendo, por consequência, condições para o respeito aos direitos individuais (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006).

Por fim, importa destacar que atualmente os poderes exercem funções típicas (ou predominantes) que são inerentes à sua natureza, como, por exemplo, o ato de legislar, que cabe, ínsitivamente, ao Poder Legislativo; e atípicas, que são de natureza típica dos outros órgãos, como a adoção de medidas provisórias (natureza legislativa) pelo Poder Executivo. O exercício de tais funções não fere o princípio da separação de Poderes, já que tais competências foram asseguradas constitucionalmente pelo constituinte originário. A atribuição de tais funções visou, primordialmente, facilitar o exercício de determinadas funções de cunho prático e administrativo que têm ligação direta com a função típica do poder.

A separação dos poderes tornou-se um dogma no Estado moderno; mesmo mostrando-se inadequada frente à organização atual e as necessidades sociais, ainda há um grande temor em afrontá-la expressamente. Busca-se, portanto, outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência da

separação dos poderes – como é o caso da edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo. As soluções artificiais buscadas para sustentar a separação dos poderes mantêm uma organização sem manter o funcionamento que determinou sua criação. Exigem-se efetivas garantias de liberdade para todos, e uma atuação democrática do Estado, requerendo deste maior dinamismo e presença constante na vida social, o que se mostra incompatível com a tradicional separação de poderes. Faz-se necessário o reconhecimento da superação do dogma da rígida separação formal, reorganizando-se, por consequência, o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos de direito (DALLARI, 2007).

A efetivação dos direitos fundamentais justifica, atualmente, a relativização da separação dos poderes; não pode aquele que se exime de realizar uma conduta que lhe é constitucionalmente imputada clamar pela garantia da tripartição e manter-se inerte em sua atividade típica.

4.2.2 Ativismo Judicial

Primordialmente, entende-se por ativismo judicial o feito no qual o Poder Judiciário, representado por aqueles investidos na magistratura os quais ao exercer seu poder decisório, passam a exprimir, de forma determinada e além dos limites constitucionais, atribuições as quais são inerentes a outros poderes. Tal sentido pode ser percebido tanto ao exercício da prestação jurisdicional por meio dos autos do processo, como também de forma externa aos autos. Da mesma maneira é percebido em entrevistas, discursos e pronunciamentos. O ativismo extrajurisdicional torna explícita uma dimensão de “politização do judiciário”.

O termo “Ativismo judicial” fora utilizado por Arthur Schlesinger pela primeira vez em 1947, em um artigo na revista Fortune. Hoje, o uso de tal termo tornou-se cotidiano. Uma pesquisa realizada por Kmiec (2004) demonstrou que a utilização do termo em decisões judiciais e produções científicas nos Estados Unidos passou de

pouquíssimas ocorrências nos anos de 1950 e 1960 a centenas nas décadas seguintes.

A questão acerca do Ativismo Judicial tem sua ideia central pautada na autonomia dos agentes judiciais no processo de tomada de decisões onde há lacunas entre os dados jurídicos e fáticos de uma situação sob julgamento e da construção do caso para a decisão. A questão principal tangente ao ativismo, incorpora tal discussão, colocando sob a perspectiva do papel do Poder Judiciário, o modelo de decisão agregado ao comportamento adotado pelo juiz adequados a uma ordem constitucional e democrática. (KOERNER, 2013)

Numa perspectiva nacional há diversos precedentes acerca de posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, as quais são expressas por linhas antagônicas de decisão. Dentre elas, nas palavras de Barroso (2010):

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.

O ativismo judicial consiste na faculdade que possui o Poder Judiciário de viabilizar o exercício de direito constitucionalmente assegurado, mas que esteja sendo inviabilizado por omissão normativa injustificada do Estado. Somente cabe a intervenção judicial ativista diante das normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Não cabe a intervenção judicial nas hipóteses que exijam a exclusiva intervenção do legislador ou do administrador. (MARTINS, 2015, p. 193)

Segundo José Afonso da Silva (2013,) o ativismo judicial é “uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva”. Para ele o ativismo judicial se caracteriza por “um modo proativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, julgam além do caso concreto e criam novas construções constitucionais.”

José Afonso da Silva (2015) observa, ainda, que o Poder Judiciário só pode prosseguir quando o Poder Legislativo não regulou inteiramente a matéria ou regulou de forma deficiente, em síntese, “onde há decisão política, respeita-se; onde não há decisão política, é preciso resolver o problema; mais que isso, onde haja um direito fundamental e de sua maioria, o Judiciário precisa intervir.”

Os críticos acerca do ativismo judicial asseguram que tais práticas acarretam:

- a) O enfraquecimento dos poderes previamente constituídos e separados;
- b) A falta de participação política ferindo preceitos democráticos, vez que não foi o povo investido em sua soberania quem elegeu os magistrados a tomadas de decisões que cabiam por exemplo aos poderes executivo e legislativo;
- c) Alienação popular;
- d) Há o estabelecimento do “clientelismo”, onde a oportunidade de ingressar ao judiciário não pertence mais a todo e qualquer um;
- e) Erradica a prévia existência de critérios a tomadas de decisões e estruturação vez que tudo pode ser feito pautado pura e simplesmente no ideal de justiça;
- f) Ocorre a exposição demasiada do Poder

Judiciário; g) Possibilidade de acomodação dos demais poderes (MONTEIRO, 2010, p. 170).

Sob uma perspectiva nacional, o Congresso por exemplo, exerce mais funções fiscalizadoras, através das CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito), do que a função estrutural que é de formular leis as que permitam que a Magna Carta venha a ser cumprida. Essa afirmação é constatada pela "(...) omissão de longa data do Congresso em suprir lacunas da legislação, já que em 20 anos, desde a promulgação da Constituição, o Congresso ainda não regulamentou mais de cinquenta de seus artigos" (MONTEIRO, 2010, p. 168).

Embora o Supremo tenha desde muito cedo em sua história tido uma postura de se permitir substituir decisões do legislador, especialmente quando estas afrontam direitos, o fato é que não costumava eliminar de forma tão radical argumentos que tomassem em consideração a necessidade de uma conduta deferente. O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores (VIEIRA, 2008, p. 452).

Diante de posições antagônicas, é preciso construir um ponto de equilíbrio. Reconhecer a necessidade de conciliação entre os interesses de segurança jurídica e legalidade. E a obediência ao Direito com a indispensável margem de liberdade aos juízes para resolver os problemas da contemporaneidade, sem causar crises institucionais.

4.2.3 STF

O STF é um tribunal de longa história. Nasceu em 1890 com o intuito da criação de um novo modelo de separação de poderes nacional advindo com

proclamação da República, extinguindo o poder moderador derivado da monarquia (MENDES, 2013).

O Supremo Tribunal Federal é dotado de 3 faces as quais existem concomitantemente. A primeira é traduzida no sentido de ser o STF um Tribunal de Cúpula, ele é quem dá a palavra sobre toda e qualquer decisão proferida pelo judiciário e, é possível alcançá-lo por vias recursais sendo, portanto, um tribunal de quarta instância. A segunda face versa sobre o sentido de que o STF é um fórum de primeira, única e última instância para certas matérias as quais a Constituição o resguardou para tal. O maior exemplo nesse sentido é a função de ser um fórum criminal para um tipo de delinquência política, os quais os agentes, pela prerrogativa de suas funções, são dotados de foro privilegiado. A terceira face e talvez mais importante é a de ser um tribunal constitucional o qual faz o controle de constitucionalidade das leis, avaliando se a matéria produzida pelo legislativo é compatível com a Magna Carta (MENDES, 2013).

Com a cumulatividade dessas três faces, o STF pode ser considerado como guardião da ordem constitucional, sendo como uma bússola dos princípios constitucionais visando proteger os direitos fundamentais, além da função de moderador de conflito dos três poderes, sendo intitulado, portanto, *poder moderador* (MENDES, 2013).

Os problemas os quais são tangíveis devido a existência do STF podem ser compreendidos em várias ordens. Dentre elas, destacam-se três. A primeira é justamente a acumulação de funções muito diferentes entre si e tal acumulação produz tensões, sendo contraproducente podendo canibalizar a própria ordem do tribunal tanto sobre uma perspectiva quantitativa (volume de processos) como qualitativa (multiplicidade de competências técnicas), as quais podem desgastar tal autoridade no exercício de competências que a priori não deveriam ser suas. Tal

sentido expressa um problema arquitetônico sob a perspectiva de como STF encontra-se desenhado em suas competências (MENDES, 2013).

Um segundo problema versa sobre identificar quem são os ministros nomeados ao Superior Tribunal Federal. A sua nomeação se dá de forma não eleitoral e existem boas razões para que tais agentes não passem por um processo eleitoral, não sendo ideal que entrem em disputas e barganhas, tendo em vista que estas são inerentes as eleições. Além disso, a função a qual é desempenhada pelos ministros é diferente daquelas exercidas por agentes políticos (MENDES, 2013).

A arquitetura sob a qual fora construída a suprema corte fez com que houvesse uma fragmentação dessa coletividade, sendo hoje, um tribunal “quebrado entre 11 ministros”³ os quais decidem de forma monocrática. A individualidade das decisões é um problema no que se refere a qualidade da forma com que se decide. Ademais, a ausência jurídica acarreta a falta previsibilidade das decisões, além da possibilidade de ministros de forma monocrática capturarem e obstruírem o tribunal no exercício de suas competências. Assim, de maneira geral, os impasses e problemas de competências são uma combinação entre o problema de arquitetura e o que ela acarreta ao comportamento desses juízes (MENDES, 2013).

O desempenho errôneo do STF pode causar danos e prejuízos a democracia brasileira. Um dos problemas centrais versa sobre a incapacidade deste tribunal de desempenhar o papel de moderação dos conflitos políticos, pois, para que possa servir como moderador é necessário que ele seja percebido como um terceiro imparcial, sobretudo, como alguém neutro dotado de capacidade de análise de argumentos sem influências externas às suas decisões, sendo necessária a capacidade analítica e sofisticada das decisões (MENDES, 2013).

Ao ser dividir-se em 11 ilhas, o STF acaba por estar sujeito a um jogo, no qual cada ilha tem sua estratégia, o que implica a não garantia e imprevisibilidade de

³ Metáfora das “11 ilhas”: Versa sobre a fragmentação das decisões dadas pelos ministros do STF.

segurança jurídica daquele que necessita da Suprema Corte. Percebe-se tal sentido em duas dimensões: A primeira versa sobre o conteúdo, a construção da jurisprudência afim de que haja efetivação da segurança jurídica, onde casos novos podem ser inspirados e conseqüentemente, possam ser conectados com casos anteriores os quais foram julgados sobre matéria análoga. A segunda refere-se ao tempo da decisão. É necessário saber “se” e “quando” o tribunal vai decidir, pois, percebe-se hoje a existência de um poder de obstrução tão amplo que implica na ausência de segurança dessas questões (MENDES, 2013).

Existe no STF um “poder de veto” o qual é exercido por cada Ministro em sua individualidade. Obviamente que tal poder não é expresso e nem mesmo assumido, mas, é demonstrado e visualizado na prática das decisões. Pedidos de vistas, engavetamento de processos, sejam eles feitos pelo relator, por um juiz e até mesmo pelo presidente o qual não agenda na pauta. Essas são maneiras de estender indefinidamente as decisões do tribunal, podendo um caso no STF “durar 20 horas ou 20 anos” (MENDES, 2013).

O diagnóstico final precisa ser feito sobre as duas dimensões explanadas acima. É necessário pensar e reformular a arquitetura do STF, pois, são múltiplas as funções tornando o desempenho das mesmas extremamente contraproducentes. Ainda, há outro aspecto a ser reformado, este, não podendo ser feito por vias legislativas e sim por intermédio da crítica e da discussão pública. Tal aspecto refere-se a ética judicial, onde o comportamento dos juízes influi para a perda de capacidade do tribunal. Esse, portanto é o liame entre o mal desenho e a ética judicial as quais libertinam os excessos (MENDES, 2013).

4.2.4 Mutação Constitucional

A mutação constitucional pode ser abordada segundo usos e sentidos dados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a processos interpretativos dos casos

em que são demandados. A mutação constitucional se encontra inserida num espaço que pressupõe o avanço da realidade social, estabelecendo um liame entre o passado (momento de criação da norma) e o presente (sentido que a mesma norma traduz diante de nova realidade social). Para compreendê-la, torna-se fundamental um olhar cuidadoso à norma, ao contexto social e político em que estava inserida quando foi criada, e à realidade social circundante (SANTOS, 2015, p.2).

Trata-se de um fenômeno da mudança informal (é informal porque não exige que tal mudança se processe de forma solene, conforme as formalidades para alteração da Constituição) da lei, ou seja, versa sob a inobservância dos critérios de reforma constitucional, qual fora verificada inicialmente pela doutrina alemã, quando se constatou que a Constituição de 1871 estava sofrendo mudanças em relação ao funcionamento das instituições do Reich (BULOS, 1996, P. 26).

O conceito de mutação constitucional foi desenvolvido por Paul Laband. Apesar da visão normativista que possuía a constituição, reconhecia a possibilidade daqueles que representam o Estado, investidos em suas togas, modificá-la sem que houvesse a reforma formal do texto, principalmente no tangente à essência do Estado. Assim, diante dos casos de mais evidencia da época, observou-se três caminhos antagônicos às mutações constitucionais: 1) através de leis que regulamentavam aqueles elementos centrais do Estado não abarcados pela constituição; 2) através de leis que alteram elementos centrais do Estado contrapostos aos da Constituição; 3) e por meio dos usos e costumes dos poderes públicos que modificavam elementos centrais do Estado (VECCHI, 2005, p. 56).

São várias as hipóteses que permitem interpretação diversa de dada norma: a) quando há ampliação no sentido do texto constitucional, aumentando sua abrangência a fim de abarcar mais realidades; b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; c) quando se modifica a interpretação anterior e se imprime novo sentido, atendendo a evolução da realidade constitucional;

d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição; e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas no texto constitucional (NEVES, 2004, p. 32).

Destarte, nenhum dos métodos podem ser considerados absolutos, sua aplicação deve ser sempre de forma combinada. A interpretação é feita a partir do texto da normal (gramatical), de sua conexão (sistemática), de sua finalidade (teleológica) e ao seu processo de criação (perspectiva histórica) (BARROSO, 2001 p. 125).

Se, tais métodos quando analisados concomitantemente indicarem um mesmo resultado, tal solução pode ser considerada como oriunda da resolução de conflitos. Porém, a problemática ocorre quando tais métodos conduzem a resultados divergentes, uma vez que ao serem utilizados não possuem hierarquia entre si. Barroso (2001, p. 126) aponta algumas soluções a resolução de tais conflitos, afirmando que o método gramatical jamais pode ser descartado, vez que o exercício da hermenêutica não pode ultrapassar aos da constituição. Em segundo plano, evidencia os métodos objetivos (sistemático e teleológico), deixando como último aspecto o método subjetivo (histórico).

Segundo Luís Roberto Barroso (2001, p. 151) “a atividade interpretativa da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.”

Assim, as mutações constitucionais são mecanismos necessários para que a constituição atenda os interesses da sociedade e sua constante evolução. Todavia, seus limites devem ser sempre respeitados a fim de que não se tornem inconstitucionais e legitimem o estado de exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parte-se ao fim deste escrito de um pensamento retirado do livro *O Estado de Exceção* de Giorgio Agamben (2004, p. 12), pilar sobre o qual fora pautado o presente trabalho, que diz o seguinte: “*o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal*”. Ainda, aduz que: “*o Estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea*”. Sob tal perspectiva é que surgiram os questionamentos acerca da possibilidade de o cenário brasileiro encontrar-se em uma crise democrática, sendo possivelmente enquadrado a um Estado de exceção.

A democracia, abordada de forma exaustiva no presente estudo, é produto de infindas lutas e revoluções em defesa de sua existência e, conseqüente manutenção. Sua base, depende de elementos que atribuem sentido a sua razão de ser, onde, a democracia, caso pautada e moldada a partir desses, encontra solo fértil a manter-se de forma plena, tendo como sua principal característica a soberania do povo.

A fim de que a democracia possa ser implantada em dado governo, é de extrema importância que se entenda o Estado como o organismo, onde indivíduos subordinados a ele, entram em um acordo mutual, assim, abrem mão de sua plena liberdade a garantia de sua segurança. Tal concepção deriva do Contrato Social estabelecido por Rousseau, que inspira hoje, a concepção e justificativas da existência de Estados modernos.

O Estado de exceção, sob a perspectiva de Agamben, tem se apresentado como protótipo aos governos no cenário contemporâneo. Nesse sentido, a percepção que se tem é de que a utilização de técnicas excepcionais (não previstas pelo ordenamento jurídico), tornando tais posturas como regra num dado cenário, ameaça de forma clara os elementos do Estado, dentre eles, a democracia. Para Agamben, o

Estado de exceção apresenta-se como um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo.

Ainda, sua definição é dotada de incerteza em relação a identificação da natureza jurídica. Partindo do pressuposto de que na concepção de Agamben o Estado de exceção é pautado na suspensão da aplicação da lei e não da sua literalidade, torna-se mais difícil a determinar quais seriam as consequências dos atos praticados nesses espaços/lacunas de exceção.

A atual conjuntura demonstra, ainda que de forma mascarada, que as concepções estruturais democráticas e os elementos de Estado foram flexibilizados, deixando de atender os interesses do povo, que na concepção democrática é titular da soberania, atendendo agora, interesses daqueles que detém o poder.

A Constituição Federal de 1988 tornou a democracia como sendo a forma de governo do Estado brasileiro. Juntamente desta concepção, estabeleceu ainda, uma série de princípios acerca da base democrática como o da separação dos poderes. Este princípio, versa sobre as competências e limitações a cada um dos três poderes, sendo eles: executivo, administrativo e judiciário.

Tal delimitação existe para que o Estado possa estar em pleno funcionamento atendendo tanto as suas necessidades, como as daqueles que estão sob a sua égide. Porém, quando não respeitadas dadas delimitações, além de conseqüentemente ocorrer a usurpação de competências pode, o Estado democrático entrar em colapso perdendo o que é de mais valioso em sua essência: segurança jurídica.

O STF tem papel promissor ao cenário jurídico nacional. A Suprema Corte brasileira é dotada de uma estrutura cumulativa de: uma má arquitetura, acúmulo de funções, além de, ainda, dotar a personalidade de um tribunal constitucional, tendo este, a tarefa de guardar a constituição a eventuais excessos.

O que se coloca em embate ainda, refere-se a forma com que as decisões são proferidas pelo órgão, que em tese, deveria ser dotado de coletividade. Nota-se

hoje, porém, que o STF se desdobrou em “onze ilhas”, cada qual com suas características particulares, interesses, ideologias, ferindo assim, também nesta arquitetura e forma de decisão a segurança jurídica.

Outro ponto de nodal relevância orbita por meio de institutos como o da mutação constitucional e o ativismo judicial, onde o STF tem de fato expressado sua má arquitetura ao desempenhar interpretações extensivas, além das formas admitidas em hermenêutica, em especial a forma gramatical, deixando-o de aplicar a norma constitucional em sua literalidade, mesmo quando expressa. Tal sentido é tangível quando exemplificado pelo princípio da presunção de inocência, onde a segurança jurídica daquele que é réu em processo criminal fora flexibilizada, por interesses alheios, os quais não estão elencados na constituição.

Ousa-se defender a manutenção do Estado democrático de Direito,, que pela má arquitetura, flexibilização do ordenamento jurídico e, mudanças nas concepções da formação do Estado, tem colocado a democracia em risco, legitimando ações, as quais não previstas pelo ordenamento jurídico, tornando-as como regra, excluindo a segurança jurídica, a qual deveria ser intrínseca a elas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Bomtempo, 2004.

ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Editora Globo, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Vol. 12, nº96, Brasília, 2010.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo. Celso Bastos Editora, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**. Rio de Janeiro, Azougue. 2004

_____. **O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, v. 11, n. 1, p. 95-99, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 1992.

_____. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.

_____. **O futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9. ed São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 5. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1977.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. Malheiros Editores LTDA. São Paulo, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, ano 33, n.º129, Brasília: 1996.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação E Oposição**. São Paulo: EdUSP, 1997.

_____. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DYNIEWICZ, Letícia Garcia Ribeiro. **Estado de exceção como ruptura: uma leitura a partir de Carl Schmitt e Walter Benjamin**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução Raul Piker. São Paulo. Unesp, 1991.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88**. CEBRAP: São Paulo, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Paulo Jorge. **Curso de Teoria do Estado**. 2. ed. José Bushatsky Editor. São Paulo, 1971.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo Penal**. 3. ed Salvador: Jus Podivm, 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2011.

MARTINS ALYES, Luís Carlos. **O ativismo judicial da "república togada" e o princípio da legalidade na "democracia parlamentar"**. Nº. 17. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Bogotá, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. **Institutional design: augmenting deliberative potential**. In: MENDES, Conrado Hübner. Constitutional Courts and deliberative democracy. Oxford: Oxford University Press, 2013

MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NEVES, Carmen Nasaré Lopes. **Mutação Constitucional em face da Hermenêutica Judicial no Controle por via de Exceção**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília: 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

REVISTA DIREITO --- FAE

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2006.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, a. 4, v. 2, jul./dez. 2008, p. 452. 126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>.