



## DIREITO DE EXCEÇÃO: OS RISCOS DE UM MAL NECESSÁRIO

Mariana Belchior Ribeiro Freire\*

Gabrielle Carvalho Ribeiro\*

### RESUMO

*O presente trabalho tem como escopo analisar o estado de exceção no seu liame entre a manutenção do status quo ante e o salto para a revolução. Sob a óptica dos pensamentos de renomados filósofos (Jean Bodin, Thomas Hobbes, Rosseau, Hans Kelsen e Carl Schmitt), procuramos analisar os benefícios e os riscos da instituição do estado de exceção, tendo em vista que se pode considerar este um mal necessário. O estado de exceção é um avanço nas democracias contemporâneas, como observaremos a sua previsão importa uma segurança à sociedade de que é possível mudar preservando alguns direitos constitucionais.*

**Palavras-chave:** Estado de exceção. Riscos. Princípio da necessidade. Soberania.

### 1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os Estados contemporâneos têm em sua estrutura político-organizacional uma ordem complexa em todos os seus âmbitos de atuação, isto é, com a atual conjuntura política todos os atos estatais são interligados de tal forma que um interfere no outro. Desta maneira, a título de exemplificação, o Legislativo ao editar uma nova lei, por consequência também se estará influenciando no Executivo e no Judiciário do Estado. Ademais se faz necessário frisar que em Estados federativos, como o Brasil, nos quais os estados-membros têm autonomia para decidir sobre determinados assuntos, há de se ser mais cautelosos no momento de decidir, seja em assuntos legislativos, executivos e judiciários.

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Diante desta situação, a tripartição funcional do poder público, adotada por Montesquieu, atualmente, não se torna mais tão visível. Isto porque, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuam em conjunto, de maneira tal que suas esferas de atuação se entrelaçam gerando as funções típicas e atípicas destes. A título de explicação, tem-se que as funções típicas do Legislativo são legislar e fiscalizar, e as suas funções atípicas são administrar e julgar; o Executivo, por sua vez, tem como funções típicas administrar, e como atípicas legislar e julgar; enquanto o Judiciário tem como função típica julgar, e como atípica administrar e legislar. (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 895, 949, 975)

Diante da ordem mundial hodierna, na qual a globalização tece os caminhos da humanidade, os Estados estão cada vez mais interligados e dependentes uns dos outros, e assim sendo, as alterações em uma ordem estatal não geraria consequências somente no território desta, e sim, em todo o mundo globalizado.

Sendo assim, o célebre brocardo “*ubis societas, ibi jus*” tem no mundo atual imensa importância, pois o Direito deve acompanhar a sociedade e sua evolução. Com isso, a conexão entre a sociedade e o Direito faz deste um instrumento que visa garantir a ordem e o bem-estar social. Portanto, o ordenamento jurídico objetiva *a priori* à manutenção de uma ordem pré-estabelecida, não impedindo, todavia, que esta ordem venha a sofrer mudanças isto porque o Direito deve andar em consonância com a Democracia, e esta, se autêntica, deve permitir alterações.

Nesse contexto, buscaremos apreciar a importância trazida para a sociedade com a instituição do estado de exceção, sendo este um dos paradoxos mais interessantes no ordenamento jurídico, isso porque tal instituto é caracterizado por ser o último suspiro da democracia, isto é, o limite entre o Estado Democrático e a Ditadura. Para muitos é impensável e improvável que o Direito elaborado pelo Legislador consiga regular e assegurar o mínimo de garantias à sociedade quando esta se encontra em momentos de intensas conturbações na ordem política, como é o caso do estado de exceção.

Entretanto, antes de partimos para uma análise mais crítica do que seria a referida situação excepcional, há de se fazer uma breve conceituação sobre a mesma. Nesta seara, temos que estado de exceção se configura nos momentos no qual a defesa do Estado de Direito constitui a conhecida *organização constitucional dos períodos de crise*. Esta situação fática, representada no Brasil por duas medidas excepcionais e específicas, quais sejam elas, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, visa a assegurar a ordem nos momentos de anormalidade, mesmo que para isso seja preciso suspender total ou parcialmente alguns direitos fundamentais.

O estado de exceção implica na tentativa de tornar a crise efêmera, isto porque a intenção é que haja o retorno ao *status quo ante*, com o mínimo possível de interferências nas garantias jurídicas. Entretanto, a previsão desse instituto pode trazer riscos à própria democracia, já que ele pode ser interpretado como uma ponte para a revolução, isto é, possa ser que ocorra alteração no regime político, como veremos mais adiante. Ademais, essa afirmação se baseia no fato de que somente encontraremos o estado de exceção onde for possível ocorrer alterações sócio-políticas.

Como lembra Inocêncio Coelho:

O estado de exceção conformado pelo Direito é uma instituição jurídico-constitucional que não faz sentido nos sistemas de cariz/totalitário, nem tampouco nos sistemas idealmente anômicos, uma vez que neles, por diversas razões, não se opera a contraposição existencial entre a normalidade e a exceção. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 1385)

Em breves linhas, o estado de exceção no Brasil é representando, como já dito, pelo Estado de Defesa e o Estado de Sítio, sendo que este importa uma maior gravidade na crise do que aquele. Entende-se que o Estado de Sítio entra em vigor quando as medidas tomadas no Estado de Defesa não mais lograrem efeitos na manutenção das garantias constitucionais mínimas, isto é, quando as interferências já não forem tão ínfimas.

Malgrado, modernamente, ser habitual os ordenamentos jurídicos fazerem referência ao estado de exceção, seja em suas Constituições ou em Leis Extravagantes, não se pode desprezar o caminho percorrido até que isso se tornasse possível. Tendo em vista que, filósofos como Jean Bodin, Thomas Hobbes, Rosseau, Hans Kelsen e Carl Schmitt tiveram grande contribuição na instituição do estado de exceção.

## **2 O DIREITO DE EXCEÇÃO À LUZ DE UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA**

O Estado de exceção, como um todo, está ancorado nas ideias de exceção e necessidade, soberania (leia-se poder), por conseguinte, decisão (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Analisando criticamente a afirmação anterior, temos que o estado de exceção é ligado intrinsecamente a um momento no qual, para se garantir o poder, é necessário que o soberano tenha certas atitudes excepcionais, ou seja, que ele decida sobre o que é preciso para

que o seu poder seja mantido. E essas decisões são reguladas pelo Direito, isto é, pelo ordenamento jurídico em vigor à época do ataque, sendo necessário que o legislador seja cuidadoso na ocasião de definir os atos permitidos ao governante no instante da crise, para que este não venha a torna-se um ditador. Caso contrário, o objetivo do estado de exceção seria frustrado: qual seja ele, o Direito de assegurar a sua própria existência.

Carl Schmitt acreditava que sempre existe a necessidade da presença de alguém responsável capaz decidir nos momentos de crise para se evitar a neutralização da política. Tendo em vista isso, Schmitt adentrou no partido nazista, sendo alvo de críticas e considerado por muitos, até mesmo mentor intelectual do nazismo (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Schmitt justificava a sua filiação ao referido partido, no fato de que ele podia ver nos líderes nazistas poder e determinação para decidir nos momentos de crise e com isso, acreditava que o nazismo permitiria a não neutralização da política estatal. Podendo-se então traçar um paralelo entre a importância que Schmitt dava a manutenção da atividade política estatal e a importância que dava ao estado de exceção, ambos, segundo ele, evitam, de certa forma a paralisação política graças à manutenção do poder nas mãos de um soberano (BIGNOTTO, 2008, p. de internet), como é possível subtrair da sua obra *Teologia Política*.

Para Schmitt, como aduz Newton Bignotto, soberano é aquele capaz de decidir no momento de crise, ou seja, declarar o estado de exceção. Bignotto (2008, p. de internet) infere também que no ensaio de Schmitt, o mencionado filósofo adianta que abordará um assunto que não é comum à vida humana, uma “noção limite” na qual o direito de exceção figura não só como fator estranho ao convívio normal, mas também como algo necessário.

O filósofo acreditava que a imposição do estado de exceção é inevitável para que seja possível ao governante decidir e manter a sua soberania. Destarte, seria o poder do soberano se sobressaindo ao poder da crise, e esta é a característica principal de um governante, como já adiantado, o poder de escolha.

Ele defendia que não é possível que uma Constituição possa prever quando será constatada uma exceção, entretanto, deve no mínimo indicar quem deverá intervir nessas situações e, neste exato momento, aparece a figura do soberano (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). É notável o paradoxo existente nestas situações, pois ao mesmo tempo em que a ordem jurídica busca o soberano no cenário político, há a ameaça da extinção da mesma, ou seja, vislumbra-se uma conjuntura na qual o direito tenta evitar a sua própria aniquilação.

Em frente a isso, é importante ressaltar que Carl Schmitt (BIGNOTTO, 2008, p. de internet) salienta a importância de não confundir o estado de exceção com a Anarquia, por um evidente motivo: esta é a ausência de governo, enquanto aquele é a luta do ordenamento

jurídico para a salvaguarda do Estado. Trata-se da tentativa do mesmo de se auto-conservar mediante a redução de alguns direitos (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Diante disso, Carl Schmitt indica a importância fundamental das sociedades se armarem contra as ameaças as suas identidades jurídicas, pelo fato de que o Direito não pode abarcar estas situações, ou seja, cabe a sociedade lutar pela manutenção do ordenamento jurídico (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Nesse sentido, Newton Bignotto infere:

Se ele [Carl Schmitt] é fecundo ao apontar o fato de que as sociedades atuais não podem deixar de lado os acontecimentos que ameaçam sua identidade jurídica, pelo simples fato de que o direito não dá conta dessas situações, ele não avalia em toda sua extensão os riscos que o momento de exceção faz correr os regimes voltados para a defesa da liberdade como referência última da vida em comum. [...]. (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Em suma, Carl Schmitt justificava a necessidade de existir o estado de exceção no fato de que o Estado não pode ficar sem um soberano, e este, deve ter em suas mãos o poder de decidir, já que para ele uma sociedade sem conflitos é uma sociedade imutável. E sendo assim, é uma sociedade morta e incapaz de fazer frente aos seus inimigos e aos desafios de uma vida moderna. Podemos então inferir, como preconiza Newton Bignotto (2008, p. de internet), que ao mesmo tempo em que o estado de exceção é uma ameaça para a vida política, é também necessário para a democracia.

Sendo necessário realizar um adendo, qual seja ele de que Carl Schmitt baseou suas ideias no pensamento de Jean Bodin, o qual, ao publicar sua obra *Six livres de la republique*, preconiza que a noção de Estado encontra-se atrelada à possibilidade de decidir e, conseqüentemente, ao entendimento de soberania, que para ele é caráter fundamental do Estado (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet). Em suma, segundo os autores mencionados, para Bodin soberano era aquele capaz de tomar a decisão política final dentro de determinado território e sobre certa sociedade.

O poder do soberano seria limitado à lei natural e a lei divina e, como notam André Giamberardino e Katya Kozicki:

Segundo Carl Schmitt, Bodin insere a decisão no conceito de soberania e a possibilidade da necessidade fazer cessar a vinculação do soberano às leis e aos princípios naturais. Nesse sentido, afirma que “a competência para revogar a lei

vigente – seja de forma geral ou no caso isolado – é o que realmente caracteriza a soberania”. (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet)

Giamberardino e Kozicki (2008, p. de internet) inferem que na visão do referido filósofo, o poder do soberano não era ilimitado, mas era indivisível, e por assim ser, era absoluto. Seria absoluto pelo fato de que o soberano não é obrigado a obedecer às leis positivas ditadas por quem lhe antecedeu e nem àquelas que ele mesmo promulgou, concluindo-se então que o cerne da soberania consiste no poder de construir e desconstruir leis (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet). Assim, através do “monopólio do Direito”, ocorreria a manutenção da unidade estatal. A propósito leia-se:

Absoluto significa um poder soberano que não deve obediência às leis positivas promulgadas por quem lhe antecedeu e nem às leis por ele próprio promulgadas. Isso significa que o soberano, a quem cabe fazer as leis, não deve se sujeitar a essas mesmas leis, pois não lhe caberia dar ordens a si mesmo. [...]. O mais interessante é que a essência da soberania, para Bodin, reside no poder de fazer e de anular as leis e, assim, através do ‘monopólio do direito’, se manteria a unidade do Estado. (BODIN *apud* GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

Dessa maneira, a figura do legislador não recebia credibilidade, pois era como se as leis criadas o fossem com a única finalidade de manter as aparências, não importando poder de coerção perante o soberano (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

No entanto, essa contraposição, de Bodin, acerca da soberania e do poder do legislador é passível de críticas atualmente, visto que não parece ser interessante, para um Estado que queira manter a sua segurança jurídica, conceber um governante que não obedece às normas jurídicas, por motivos banais. Ademais, vale ressaltar que o conceito de soberano supra-transcrito está imerso em contexto social contemporâneo, no qual as decisões do Legislador ganharam também soberania.

Nessa linha de raciocínio, temos a visão de Jean Jaques Rousseau, que insere, no entendimento de soberania, a vontade popular, representada pelo legislador (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Como Bignotto (2008, p. de internet) aduz, ele acreditava que o Contrato Social estabelecia uma ligação entre o objeto do contrato e a sua efetivação, por meio do corpo legislativo. Em outras palavras, para Rousseau o pacto social fazia com que tanto o soberano como o legislador trabalhassem em conjunto para a efetivação do contrato social

(BIGNOTTO, 2008, p. de internet). O legislador seria responsável por dar movimento a tal contrato, por conseguinte, escutar a vontade do povo, e então, criar as leis.

Entretanto, a complexidade reside exatamente na representação, ou seja, na construção de um quadro legal. Segundo Rousseau (BIGNOTTO, 2008, p. de internet), o que seria capaz de fundar um novo corpo político é um princípio ativo – representado pela figura do legislador – o qual é apto a transformar um conglomerado de vontades particulares em uma homogeneidade política. O lugar ocupado pelo legislador, na visão de Rousseau, assemelha-se ao ocupado pela exceção no entendimento de Carl Schmitt, isto porque ambos surgem relacionados à vontade humana, esta desejando uma alteração na unidade política vigente (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Importante, no entanto, é que na opinião de Rousseau a liberdade é algo inalienável, indispensável e, portanto, não pode ser renegada sem incidir em consequências drásticas para o corpo político (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Imprescindível é inferir, ainda, que ela se situa no fato de que o soberano se sobrepõe ao legislador, e com isso, as ações deste sempre serão submissas aos desejos daquele. Concluindo-se então, que o estado de exceção, em Rousseau, só é possível devido a esta submissão legislador-soberano e a essa fundamental importância dada à liberdade (BIGNOTTO, 2008, p. de internet), pois essa situação fática é um ato previsto pelo legislador para salvaguardar o poder soberano, partindo do poder decisório daquele, com vistas a defender a liberdade de agir da sociedade. Abrindo-se um paralelo entre o pensamento de Rousseau e Schmitt, temos que:

Para o deputado francês [Rousseau], a nação é sempre a referência última, o que leva Schmitt a identificar esse lugar com aquele da exceção: "o poder constituinte não está vinculado a formas jurídicas e procedimentos, quando atua no interior dessa propriedade inalienável, está sempre em estado de natureza". (BIGNOTTO, 2008, p. de internet)

Faz-se mister comentar a respeito da conexão existente entre a ideia que Thomas Hobbes tinha a respeito do Estado e o próprio estado de exceção. Hobbes, em sua obra *O Leviatã*, preconizou que o Estado é resultado do *Contrato Social*, e dele advém todo o poder (ALMEIDA; BITTAR, 2010, p. 288), ou seja, para Hobbes o poder Estatal era absoluto, por ser decorrência da união das vontades individuais, e sendo assim, a segurança deste Estado não poderia ser abalada. Conservar a ordem estatal era o mesmo que conservar a própria

sociedade, e para tanto, o legislador deveria obedecer ao todo-poderoso soberano (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

Podemos, então, inferir que o estado de exceção se justifica (na visão de Hobbes) no fato de que, de nenhuma maneira, ele aceitava que a ordem estatal sofresse ameaças, ou seja, o Estado deveria sempre ter uma alternativa para se autossegurar. Diante dessa afirmação, altamente previsível seria imaginar que Thomas Hobbes defenderia o estado de exceção, pois este seria um meio de manter a ordem jurídica e social, sob os ditames de um soberano (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Encontra-se uma justificativa, para essa conclusão neste trecho do *Leviatã*, transcrito abaixo:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os votos), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento dos seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. (HOBBS, p. da internet)

Faz-se necessário ainda explanarmos sobre a contribuição que Hans Kelsen para a concretização do tema abordado no presente trabalho, o estado de exceção. O mencionado jusfilósofo, quando adentra em tal seara, é bastante enfático ao afirmar que no Direito não há espaço para a exceção, isto porque, para ele, não é permitido imaginar que em algum momento o Direito não poderia ser aplicado (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet). É, assim, do entendimento de Kelsen, que o ordenamento jurídico é completo, e por assim ser, não admite falhas, lacunas, ou seja, para este jusfilósofo o direito deveria abarcar todas as situações fáticas que a ele fossem apresentadas.

Nesta linha de pensamento, podemos compreender que Hans Kelsen, ao declarar que o Direito é completo e não apresenta lacunas, estaria deixando o espaço para o surgimento do Direito de Exceção. Isto se justifica no próprio fato da sua não crença na exceção, pois, de acordo com a sua visão, o Direito não poderia se abster de regular nada, de modo a estar pronto para qualquer acaso. Portanto, o legislador não poderia deixar de intervir, ao regular uma situação anormal, ou seja, ele deveria deixar pronta a resposta a uma futura ameaça ao ordenamento jurídico estatal.

Kelsen enxergava o poder soberano como o monopólio do *exercício da força*, representada pela capacidade de aplicar sanção no momento do descumprimento da norma, podendo-se frisar que a soberania e o direito estão intrinsecamente ligados, mantendo um elo no qual a soberania encontra apoio no ordenamento jurídico (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

Posto isso, ao realizarmos um paralelo entre os pensamentos desses jusfilósofos, podemos subtrair que o estado de exceção é um necessário instituto do Direito, dado a importância hoje concedida aos direitos humanos, não sendo aceitável que depois de diversas lutas revolucionárias para o alcance desses direitos, eles sejam renegados a qualquer momento, sem nenhuma espécie de defesa.

Entretanto, não se pode deixar de lembrar a importância da sociedade na execução correta do estado de exceção, pois o Direito não terá o poder de garantir o cumprimento destas normas em um momento em que ele próprio pode deixar de existir.

Há de se enfatizar, ainda, que o estado de exceção pode representar um estágio em uma revolução que visa à alteração do *status quo ante*, sendo, portanto, visto por muitos como algo positivo, e isso se baseia naquela ideia de Carl Schmitt de que o direito de exceção é necessário à democracia, pois é na democracia que podemos encontrar as mudanças (BIGNOTTO, 2008, p. de internet).

Ainda sobre Kelsen, tem-se que este justificava a regulamentação do estado de exceção no fato de que ele acreditava na completude do Direito, ou seja, para tal jusfilósofo o Direito deveria ter uma resposta para qualquer situação, até mesmo quando ele sofresse alguma ameaça. Sendo assim, o estado de exceção era extremamente necessário, já que sem ele o Direito não estaria abarcando todas as situações prováveis, sobre este assunto trataremos logo em seguida (GIAMBERARDINO; KOZICKI, 2008, p. de internet).

### **3 ANALOGIA ENTRE O DIREITO DE EXCEÇÃO E A TEORIA DAS LACUNAS**

O ordenamento jurídico, enquanto conjunto de regras e princípios hierarquicamente dispostos num sistema normativo, tem que objetivar sempre a coerência, a unidade e a completude, qualificando-se não como completo, mas completável (DINIZ, 1999, p. 298). Deve-se isso ao fato de o Direito e a sociedade se correlacionarem intrinsecamente, configurando-se como incoerente a uma sociedade que vivencia constantemente mudanças ser regulada por um ordenamento rígido e, portanto, incapaz de se adequar a todas as condutas

possíveis, já que estas não são realidades imutáveis, por se renovarem com o decorrer do tempo. Maria Helena Diniz (DINIZ, 1999, p. 297) é enfática ao dizer que as leis são, indubitavelmente, sempre insuficientes para resolver os infinitos problemas da vida

Assim, é claro aferir que o estado de exceção está atrelado à teoria das lacunas, no sentido de que a previsão do referido instituto figura como a abertura de uma lacuna fictícia – e não normativa – no ordenamento, criada com o intuito de proteger a aplicabilidade das normas. Essa constatação é averiguada quando se estabelece uma analogia entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Assim, da mesma forma que o magistrado deve fundamentar suas decisões e julgar, mesmo quando não houver norma regulamentando a matéria<sup>1</sup>, deve o Poder Executivo intervir, por meio da suspensão constitucional do ordenamento jurídico, para que a referida lacuna fictícia, fruto não da carência do texto legislativo, mas de um vazio estabelecido entre o ordenamento e a realidade, não redunde em consequências gravosas à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Giorgio Agamben:

A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma da sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial 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 tal permanece em vigor. (AGAMBEN, 2007, p. 48)

É possível estabelecer uma analogia entre o estado de exceção e o direito de resistência, pelo fato de que em ambos pode ser perquirido o significado jurídico de um âmbito de ação em si extrajurídico. Tratam-se, conforme pode ser averiguado pelo estudo da teoria das lacunas, de institutos voltados à adaptação da sociedade às eventuais mudanças, as quais podem requisitar tratamentos diversos: a suspensão de direitos com o intuito de restaurar o *status quo* ou a possibilidade da população, diante das necessidades emergentes, resistir à opressão e lutar por transformações sócio-políticas.

Resta, assim, analisar o modo pelo qual o estado de exceção se insere no âmbito do Direito e como a abertura dessa mencionada lacuna fictícia pode trazer riscos à manutenção da democracia.

<sup>1</sup> Nesse sentido, é importante lembrar o art. 4º da LICC, a qual diz que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

#### 4 O ESTADO DE EXCEÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO

O estado de exceção - instituto fruto da tradição democrático-revolucionária e refletidor do limite entre política e direito - é considerado, concomitantemente, como algo necessário à proteção da própria ordem constitucional e uma possível via de derrocada da democracia. Sob essa perspectiva, imprescindível, para que a simples previsão de tal medida excepcional não redunde no comprometimento da ordem jurídica vigente, é situá-la no âmbito do Direito.

Adentrando nessa seara, Giorgio Agamben (AGAMBEN, 2007, p.39) afirma que o problema da definição do estado de exceção situa-se num patamar de indiferença em relação ao ordenamento jurídico, não se configurando nem como algo inerente a este e nem tampouco externo, mas apenas localizado em uma zona na qual dentro e fora se indeterminam, sem que para isso haja exclusão. Denota-se que a possibilidade de uma aplicação eficaz e coerente do estado de exceção, quanto aos seus objetivos de restauração da ordem em momentos de anormalidade, requer que a suspensão de determinadas normas, não seja confundida com a abolição das regras e princípios do ordenamento jurídico.

É interessante lembrar que o desenvolvimento do referido instituto, sobretudo a partir do início do século XX, vem ocorrendo independentemente de formalização constitucional ou legislativa, fato que está atrelado à intensidade prática do direito de exceção. Evidencia-se isso quando se compara à experiência ocorrida na França, onde a previsão do estado de exceção restringia sua declaração a uma lei, expressamente elencada no *Acte additionnel* à Constituição de 22 de abril de 1815, ou da Itália, onde não havia previsão expressa de tal instituto. Também se destaca a experiência vivenciada na Alemanha, a qual elencava no art. 48 da Constituição de Weimar a possibilidade de suspensão de normas constitucionais em casos de ameaça à "segurança pública e à ordem" - fato que acabou por abrir a possibilidade de instauração do nazismo (AGAMBEN, 2007, p.23).

No Brasil, particularmente, há a previsão constitucional para a implantação do estado de exceção, de modo que a decretação dos estados de sítio (art. 137, *caput*, da CF) e de defesa (art. 136, *caput*, da CF) visa a colimar os objetivos de restauração da ordem pública e de proteção aos preceitos constitucionais, dentre eles aqueles que representam as maiores garantias dos indivíduos frente às possíveis arbitrariedades estatais: os direitos fundamentais. Assim, o chamado sistema de crises deve ser necessariamente norteado pelos princípios da temporariedade e da necessidade (AGAMBEN, 2007, p.40), havendo o imperativo de cumprimento de todas as hipóteses e requisitos constitucionais, sob pena de responsabilização

civil, criminal e política dos agentes violadores, já que o art. 141 da CF determina que os efeitos dos estados de sítio e de defesa cessarão quando estiver cessado o estado de exceção, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos pelos seus executores ou agentes.

Do princípio da temporariedade (AGAMBEN, 2007, p.21) deve ser extraída a excepcionalidade da aplicação do estado de exceção, devendo este não ultrapassar o lapso temporal requisitado, seja por determinação constitucional, legal ou pela própria exigibilidade da circunstância motivadora. Por isso, a suspensão total ou parcial das garantias constitucionais deve ocorrer apenas durante o período estritamente necessário ao restabelecimento da normalidade, sob pena de se visualizar uma grande contradição: a conversão de um instituto compatível com a ordem jurídica democrática em uma prática duradoura do governo, isto é, um hábito apto a fragilizar e até a aniquilar a democracia.

A compreensão do princípio da necessidade, à luz do exposto por Giorgio Agamben (2007, p.40), deve perpassar pela análise do adágio "*necessitas non habet*" (a necessidade não tem lei), cuja interpretação suscita não apenas a ideia de que a necessidade não reconhece nenhuma lei, mas também que esta pode ser criada por aquela. Acrescenta o filósofo italiano que "mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção" (AGAMBEN, 2007, p. 40 e 41), de tal modo que ela "não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; limita-se a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma" (AGAMBEN, 2007, p. 41).

Conclui-se, com base no supracitado, que a previsibilidade do estado de exceção traz riscos à estabilidade democrática, ao mesmo tempo em que visa a assegurar a própria existência da democracia. É relevante, pois, extrair da história experiências falhas nesse sentido, a fim de evitar que se repitam.

#### **4.1 Os riscos do estado de exceção em uma perspectiva histórica**

Na história contemporânea, a análise dos riscos do estado de exceção conduz à necessária observância da Alemanha, no início do século XX. A então vigente Constituição de Weimar previa, em seu artigo 48, a hipótese de o presidente do Reich, diante de ameaças e conturbações sérias à ordem pública e à segurança, tomar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública, com o possível auxílio das forças armadas, podendo, inclusive, suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais. Em suma, foram conferidos poderes demasiadamente amplos ao chefe do Executivo, ao ponto de levar

Schmitt a afirmar que "nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado" (citado por AGAMBEN, 2007, p. 28).

Não à toa, os governos da república foram marcados pelo uso constante do estado de exceção, em consonância com a instauração de tribunais especiais, nos quais a ausência de imparcialidade e os julgamentos tendenciosamente voltados à condenação levaram à prisão e execução de militantes comunistas (AGAMBEN, 2007, p.29). Ademais, a presença de governos ditatoriais e o não funcionamento do parlamento constituíram fatores fundamentais à subida de Hitler ao poder, fato que permite a conclusão de que um preceito formulado para a proteção da Constituição pode redundar na transição da ditadura constitucional para o totalitarismo. Nesse sentido:

O totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, através 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, parecem não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais nos estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos. (AGAMBEN, 2007, p. 12)

Outro exemplo que suscita relevância é o da Itália, onde, conforme supramencionado, não havia previsão legal ou constitucional expressa para a instauração do Estado de exceção. A experiência jurídica vivenciada pelos italianos, sobretudo na década de 20, revela uma extrema valorização dos decretos-lei, os quais, na prática, abandonavam a rotulação de instrumento utilizado em circunstâncias excepcionais e de relevo, para se concretizarem como uma efetiva fonte do Direito.

Essa situação foi agravada, em 1926, com a aprovação, motivada pelo regime fascista, de uma regulamentação legal e expressa dos decretos-lei, a qual garantiu uma ampliação no uso e nos abusos dos referidos institutos de urgência. O quadro que se visualizou foi de desestruturação da organização governamental – reduziu-se a soberania do Parlamento, limitando-o à função de ratificar os decretos do Executivo, convertendo-se a República de parlamentar à governamental (AGAMBEN, 2007, p.31).

Adentrando no contexto do século XXI, é possível inferir que as novas exigências da ordem econômica e social – reais consequências da globalização – revelaram novos paradigmas no que concerne ao conceito de defesa nacional, os quais perpassam pela

consonância entre o dever estatal de assegurar a soberania nacional e a crescente internacionalização do fluxo de pessoas, informações e capitais. Vale lembrar as medidas tomadas pelo governo norte-americano após os ataques terroristas de 11 de setembro, as quais traduzem a ideia de que as normas excepcionais, mesmo restritivas da liberdade, adquirem legitimidade enquanto instrumentos necessários para a superação de crises e preservação dos sentimentos de segurança e de nacionalismo. Nesse sentido, afirma Inocência Martires Coelho que:

Exemplos dessa legislação regressiva são o USA *Patriot Act*, de 26-10-2001, que autorizava o Procurador-Geral da República a deter todo estrangeiro suspeito de pôr em perigo a segurança nacional, sob a condição de ser expulso do país, dentro de sete dias, ou vir a ser formalmente acusado de ter violado a lei de imigração ou cometido qualquer outro delito; e a rebarbarizante *Military Order*, do presidente George W. Bush, que, violando a garantia do juiz natural, passou a submeter os não-cidadãos suspeitos de atividades terroristas a jurisdições especiais, permitindo sejam eles detidos por tempo indeterminado e transferidos ao controle de comissões militares, o que, tudo somado, implica negar a essas pessoas qualquer tratamento jurídico. (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 1388)

Imprescindível é, pois, a ressalva de que, mesmo em países atentos às exigências de observância dos direitos fundamentais e aos imperativos da diplomacia internacional, podem haver práticas incoerentes com a valorização da dignidade da pessoa humana – tais como o encarceramento dos suspeitos de terrorismo no presídio de Guantânamo – o que revela o perigo representado pela alegação de um direito de exceção diante da necessidade de restabelecer a tão prezada segurança nacional, devendo esta ser compreendida como uma prerrogativa eminentemente estatal de proteção da população, do território e dos interesses nacionais.

#### 4.2 A ditadura militar brasileira, analisada sob a ótica constitucional

A análise da conjuntura sócio-política brasileira, da última metade do século XX, também constitui, ao lado dos exemplos históricos supramencionados, um importante instrumento de estudo dos riscos do estado de exceção e de como este pode atrelar-se a governos autoritários e ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, cabe frisar que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 –

síntese da reação contra os excessos do presidencialismo da Primeira República e das tendências autoritárias da Constituição de 1937 – elencou, em seu art. 206, a possibilidade de instauração do estado de sítio, dentro de uma perspectiva conivente com o Estado de Direito. Tal artigo conferia ao Congresso Nacional a tarefa de decretar o estado de sítio nas circunstâncias de comoção intestina grave ou de sua ameaça, bem como nos casos de guerra externa. Na última hipótese, o prazo seria o mesmo da duração da guerra, enquanto nas demais situações não poderiam ser suspensas as garantias constitucionais por mais de 30 dias, não podendo esse lapso temporal ser prorrogado por prazo que lhe fosse superior.

Significativa mudança ocorreu após o Golpe Militar de 1964, época na qual a sucessiva outorga de atos institucionais arbitrários distorceu a tripartição dos poderes, revestindo o Executivo de uma posição hierárquica e coercitivamente preponderante. Urge destacar o AI-1, de 9 de abril de 1964, que transferiu, do Congresso Nacional para o Presidente da República, a função de decretar e prorrogar o estado de sítio<sup>2</sup>. O AI-2, de 27 de outubro de 1965, incumbiu-se de ampliar o prazo de manutenção do estado de exceção para 180 dias, além de permitir decretá-lo para a prevenção ou repressão à subversão de ordem interna<sup>3</sup>, fato que converteu o referido instituto em um instrumento de conveniência política e de arbitrariedade.

A Constituição Federal de 1967 colimou o objetivo de sintetizar os atos institucionais estabelecidos até então, portando-se de forma conservadora e voltada à manutenção do governo instaurado, embora fosse logo ultrapassada por novos atos da governança ditatorial (VISCENTINO, DORIGO, 2007, p. 527). No que concerne ao estado de sítio, a Carta de 1967 determinava, em seu art. 7º, a redução, salvo em caso de guerra, do prazo desse instituto para 60 dias, os quais poderiam ser prorrogáveis. O ordem constitucional foi estremecida pelo AI-5 – o mais violento dos atos institucionais – o qual determinou a possibilidade do Presidente da República decretar e prorrogar o estado de sítio pelo prazo que lhe conviesse, em qualquer das hipóteses previstas constitucionalmente, sem precisar justificar-se perante o Congresso Nacional, estando este em recesso.

Assim, embora distintos semanticamente, tanto o governo ditatorial como o estado de exceção encontram suas origens em contextos sócio-políticos críticos, isto é, em situações

---

<sup>2</sup> Determinava o art. 6 do AI-1: “O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio, ou prorrogá-lo, pelo prazo mínimo de trinta (30) dias; o seu ato será submetido ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação dentro de quarenta e oito (48) horas”.

<sup>3</sup> Determinava o art. 13 do AI-2: “O presidente da República poderá decretar o estado de sítio ou prorrogá-lo pelo máximo de cento e oitenta (180) dias, para prevenir ou reprimir a subversão de ordem interna. Parágrafo único: o ato que decretar o estado de sítio estabelecerá as normas a que deverá obedecer a sua execução e indicará as garantias constitucionais que continuarão em vigor”.

emergenciais, as quais trazem à tona a necessidade de uma tomada de posição satisfatória. Nesse sentido, abre-se a possibilidade para as soluções constitucionalmente estabelecidas, que perpassam pelo estado de exceção, mas também para atos ilegais e imorais, reais reflexos de práticas governamentais autoritárias e dissociadas do fim estatal de obter o bem comum.

Por isso, o estado de exceção pode ser utilizado, assim como o foi na ditadura militar brasileira, como um instrumento ditatorial e, portanto, voltado não à salvaguarda do ordenamento jurídico, mas à manutenção do regime governamental, da opressão e da manipulação política. Nesse sentido, a história comprova que, quando utilizado de forma prolongada e com prorrogação indeterminada, distorce-se o estado de sítio, transformando-o em instrumento de autoritarismo do Executivo.

## 5 ESTADO DE EXCEÇÃO: APESAR DOS RISCOS, UM MAL NECESSÁRIO

Urge inferir que o estado de exceção prevalece, no constitucionalismo contemporâneo, como um instituto necessário e imprescindível para a manutenção da ordem democrática e, por isso, deve ser exercido dentro dos limites previstos pelo ordenamento jurídico. Sabido é, entretanto, que foi frequente a utilização desse instrumento para fins distorcidos do seu objetivo constitucional, sobretudo quanto à proteção dos direitos humanos, conforme pode ser averiguado na análise das experiências nazista, fascista, na ditadura militar brasileira e, em uma escala hodierna, com o *Patriot Act* norte-americano.

Isso traz à tona a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle entre os poderes estatais – através do sistema de freios e contrapesos – no qual o exercício das funções típicas e atípicas do Executivo, Legislativo e Judiciário deve redundar numa vigilância recíproca, apta a evitar a exacerbação de um deles (MORAES, 2010, p.413). Ademais, um aspecto de crucial importância é impedir uma instauração prolongada e de prorrogação ilimitada do estado de exceção, sob pena de converter esse instituto em um instrumento ditatorial. Constata-se, assim, que:

As medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam a sua ruína. Não há nenhuma salvaguarda constitucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição. Só a determinação do próprio povo em verificar se são usados para tal fim é que pode assegurar isso. (AGAMBEN, 2007, p. 20)

Dessa forma, é a própria população a principal incumbida de evitar os abusos governamentais, posto que o próprio sentido etimológico da palavra democracia conduz à constatação de que esse tipo de governo deve ser estabelecido para o povo e pelo povo. Assim, enquanto um mal necessário, o estado de exceção revela-se como um imperativo de manutenção dos anseios populares, reveladores de uma adaptação estatal conciliada às transformações sociais e à salvaguarda dos direitos fundamentais. Carl Schmitt é enfático ao afirmar que o direito de exceção é necessário à democracia, pois é nesta que podemos encontrar as mudanças (BIGNOTTO, 2008, p. de internet). Como leciona Bignotto:

A vida política contemporânea passa a ser regida, portanto, pelo que lhe escapa. Se na vida ordinária isso nem sempre acontece, a exceção é como um ator maior de um drama que não deixará de ocorrer, uma vez que não parece possível para Schmitt encontrar formas estáveis de poder ao longo da história. [...] Para nosso autor, uma sociedade pacificada é uma sociedade sem conflitos o que quer dizer que é uma sociedade morta e incapaz de fazer face aos desafios do tempo, sobretudo daqueles lançados por seus inimigos. Ora, se a busca da estabilidade é uma ameaça para a vida política, a exceção ronda a democracia como uma parte necessária de sua existência. (BIGNOTTO, 2008, p. de internet)

Suspendendo-se determinados direitos, em situações excepcionais e perfeitamente reguladas, visa-se a proteger o ordenamento jurídico, pois é este o mecanismo até hoje considerado o mais adequado para facilitar a atividade estatal diante de circunstâncias excepcionais. Segue, portanto, a afirmação de Dalmo de Abreu Dallari:

Se for realizada a institucionalização dos conflitos, pela criação de canais regulares para a expressão das discordâncias e aferição das vontades, o Estado sofrerá constante adaptação em aspectos particulares, permanecendo sempre a expressão da vontade social preponderante. Este será o Estado adequado, capaz de realizar o bem comum. (DALLARI, 1995, p.120)

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As considerações filosóficas, jurídicas e históricas acerca do estado de exceção permitem concluir que tal instituto continua sendo alvo de especulações quanto ao seu

enquadramento no ordenamento jurídico. Nessa conjuntura, enquanto figura da necessidade, o referido instituto se configura como uma medida “ilegal”, mas perfeitamente “jurídica e constitucional”, que se concretiza na criação de novas normas ou de uma nova ordem jurídica (AGAMBEN, 2007, p.44).

Assim, a suspensão total ou parcial do ordenamento jurídico – razão de ser do estado de exceção e do direito de exceção – desempenha um papel fundamental na salvaguarda da democracia e se revela como uma exigência da segurança nacional. Trata-se de um instituto aparentemente paradoxal: limita os direitos com o intuito de protegê-los. Imprescindível é, entretanto, alertar-se com os exemplos oriundos da experiência histórica do último século, os quais revelam o quão a instauração de um direito de exceção, por mais que esteja prevista constitucionalmente, pode revelar seus riscos e redundar na ruína da democracia. Nesse sentido, é relevante destacar a importância da temporariedade e da necessidade, pois sem eles a excepcionalidade pode tornar-se a regra, e a suspensão total ou parcial de direitos um pressuposto da violação das garantias fundamentais.

Em suma, a instauração do estado de exceção perpassa pela necessária consonância do direito com as aspirações sociais, o que revela a importância da fiscalização popular sobre os atos estatais, afinal, a soberania de um Estado encontra fundamento na legitimidade do poder. A instauração de um estado de exceção deve ser norteada, assim, pela vontade do povo e em benefício deste.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. de Iraci Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 49, n.118, dez. 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2008000200007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 11 jun. 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; KOZICKI, Katya. A Exceção na Teoria Geral do Direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 8, n. 1, jan./jun. 2008, p. 35-48. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewFile/717/570>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã [ou Matéria, Forma e Poder de um estado Eclesiástico e Civil]**. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <[http://docs.google.com/viewer?url=http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://docs.google.com/viewer?url=http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2010.

VISCENTINO, Cláudio; DORIGO, Gianpaolo. **História para o Ensino Médio**. 2. ed. São Paulo: Scipione, 2007.

## **LAW OF EXCEPTION: THE RISKS OF A NECESSARY HARM**

### **ABSTRACT**

The present work aims to analyze the State of exception and its limits between the maintenance of the status quo ante and the leap for revolution. Under the ideas of renowned philosophers, such as Carl Schmitt, Jean Bodin, Rosseau, Thomas Hobbes and Hans Kelsen, it tries to analyze the positive aspects and the risk of the State of exception, keeping in mind that it can be considered a necessary harm. The State of exception is an advance in the contemporary democracies and, as it can be observed, such prevision implies security to the society, showing that it is possible to make substantial changes and still preserve some of the constitutional rights.

**Keywords:** State of Exception, Risks, Principle of necessity, Sovereignty.