

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

Matheus Fernando de Arruda e Silva

**A EXPERIÊNCIA DE EXCEÇÃO EM ESTADOS DEMOCRÁTICOS DE
DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A SOCIEDADE
CONTEMPORÂNEA**

PIRACICABA

2017

Matheus Fernando de Arruda e Silva

A EXPERIÊNCIA DE EXCEÇÃO EM ESTADOS
DEMOCRÁTICOS DE DIREITO E SUAS CONSEQUÊNCIAS
PARA A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação stricto sensu do curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Decio Martins.

Durante o desenvolvimento deste trabalho, o discente recebeu auxílio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES.

Piracicaba

2017

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Marjory Harumi Barbosa Hito - CRB-8/9128.

S586e	<p>Silva, Matheus Fernando de Arruda e A experiência de exceção em estados democráticos de direito e suas consequências para a sociedade contemporânea / Matheus Fernando de Arruda e Silva. – 2017. 125 f. ; 30 cm.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Rui Decio Martins Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, Piracicaba, 2017.</p> <p>1. Direitos Fundamentais. 2. Constituição de 1988. I. Martins, Rui Decio. II. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU – 342.7</p>
-------	--

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, na área de Direitos Fundamentais, Coletivos e Difusos.

Autor: SILVA, M. F. A.

Título: A experiência de exceção em estados democráticos de direito e suas consequências para a sociedade contemporânea.

Dissertação de Mestrado em Direito

BANCA EXAMINADORA:

Presidente e Orientador Prof. Doutor Rui Decio Martins

1º Examinador Prof. Doutor Daner Hornich

2º Examinador Profa. Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

Piracicaba, 20 de junho de 2017.

Dedico este trabalho a minha família por todo
o apoio e compreensão recebido;
A todos os que, direta ou indiretamente,
contribuíram à realização desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus avós, aos meus pais e à minha irmã por estarem sempre presentes e propiciando todo o apoio e incentivo necessário à realização de minhas atividades acadêmicas.

A todos os professores do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) com os quais tive a oportunidade de ser aluno e em muito enriquecer culturalmente: prof. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis, prof. Dr. Jorge Luis Mialhe, prof. Dr. Luis Renato Vedovato e prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez.

Ao meu orientador e coordenador do Mestrado em Direito, prof. Dr. Rui Decio Martins, por todo o acolhimento e orientação propiciado desde o primeiro dia de aula e cujas valiosas lições levarei por toda a vida.

Aos funcionários da UNIMEP por todo o auxílio conferido ao longo desses dois anos de curso e, dentre eles, um agradecimento especial à Sueli Catarina Verdicchio Quilles, Secretária do Curso de Mestrado em Direito.

Aos meus companheiros do Curso de Mestrado, pelo acolhimento, inúmeras horas de discussão acadêmica e amizades adquiridas ao longo desse breve período.

Ao prof. Dr. Daner Hornich pela participação na banca de defesa.

À CAPES pelo auxílio financeiro que contribuiu para a realização desse trabalho.

A todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desse trabalho.

“O estado de sítio é uma instituição condenada; é o cancro do regime republicano. Há de liquidá-lo, se não for extirpado por uma revisão constitucional. Ou esta instituição desaparece do seio das nossas instituições, ou teremos de voltar a outro regime, se não desaparecermos do seio da anarquia e da ditadura”

(Ruy Barbosa)¹

¹ MANGABEIRA, 1960, p. 195 *apud* RIBEIRO, 1967, p. 131.

RESUMO

O presente trabalho é destinado ao estudo do estado de exceção no âmbito de Estados Democráticos de Direito. Nosso intuito, mais do que se limitar às hipóteses constitucionais de Estado de Defesa e Estado de Sítio, no âmbito do Título V, da Constituição Federal de 1988: “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, é discutir a experiência de exceção na qual vivemos, sendo que deveria ser a regra e, no caso, esse fator seria a plena vigência dos direitos fundamentais de plano constitucional, no entanto, encontra-se suspensa. De tal forma, argui-se que essa suspensão é em decorrência de um novo soberano, que não o povo, o que, conseqüentemente, não é o que se espera de uma Democracia. Nesse sentido, construímos, nos dois primeiros capítulos, um amplo arcabouço teórico sobre estado de exceção, Estados Democráticos de Direito e Direitos Fundamentais. A partir disso, no terceiro capítulo, discute-se quais são os principais elementos que caracterizam o estado de exceção para enfim, no último capítulo, por meio de uma abordagem em eixo sociológico jurídico, discutirmos e refletirmos sobre a condição de nosso país nos tempos atuais, a qual entendemos se encontrar em uma experiência de exceção. Por se tratar de uma dissertação, não se realizou o esgotamento teórico dos tópicos, preferindo selecionar os principais elementos de interesse para articulação de nossa argumentação. A pesquisa realizada é, de forma essencial, bibliográfica e documental, valendo-se, na medida do possível, de fontes originais, limitando-se ao mínimo aos manuais do Direito, de modo que isso permita uma abordagem de conteúdo de caráter qualitativo. Assim, este trabalho de pesquisa pode ser classificado como exploratório e, como tal, visa contribuir com o aprimoramento de ideias. Logo, espera-se que a presente dissertação possa servir de base para elaborações de outros trabalhos acadêmicos que visam discutir experiência de exceção na contemporaneidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Estado de Exceção. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The present work is destined to the study of the state of exception in the scope of Democratic States of Law. Our intention, rather than limiting ourselves to the constitutional hypothesis of State of Defense and State of Siege within the scope of Title V, of the Federal Constitution of 1988: “Of the defense of the State and the democratic institutions”, is to discuss the experience of exception in which we live, where what should be the rule and, in this factor, the rule would be the full validity of fundamental rights of constitutional plan, however, is suspended. In such a way, it is argued that this suspension is due to a new sovereign, not the people, which consequently, is not what is expected of a Democracy. In this sense, we constructed in the first two chapters a broad theoretical framework on state of exception, Democratic States of Law and Fundamental Rights. From this, in the third chapter we discuss the main elements that characterize the state of exception. Finally, in the last chapter, through a juridical sociological approach, we discuss and reflect on the condition of our country in the present times, in which we understand to be in an exception experience. As this work is a dissertation, theoretical exhaustion of the topics was not accomplished, instead preferring to select the main elements of interest for articulation of our argumentation. The research carried out is essentially bibliographical and documentary, using as much as possible of original sources, limiting itself to the minimum to the manuals of Law, so that it allows us a qualitative content approach. Thus, this research work can be classified as exploratory and, as such, aims to contribute to the improvement of ideas. Therefore, it is expected that the present dissertation can serve as a basis for elaborations of other academic works that aims to discuss experience of exception in the contemporary world.

Key-words: Fundamental Rights. State of Exception. Democratic State of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 SOBRE O ESTADO DE EXCEÇÃO.....	13
1.1 CONCEITUAÇÃO DOS TERMOS ESTADO DE EXCEÇÃO E RAZÃO DE ESTADO.....	13
1.1.1 Sobre o termo estado de exceção.....	14
1.1.2 A razão de Estado à luz de Maquiavel	21
1.2 A HIPÓTESE DE PREVISÃO LEGAL DE ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 – ESTADO DE DEFESA E DE SÍTIO	27
1.2.1 Breves considerações sobre a previsão constitucional do estado de exceção	28
1.2.2 Do estado de defesa	32
1.2.3 Do estado de sítio	35
1.3 DIFERENCIAÇÃO E REFLEXÃO ENTRE EXCEÇÃO DE FATO E EXCEÇÃO DE DIREITO.....	40
2 SOBRE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
2.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	44
2.1.1 Sobre o Estado e o papel do Direito.....	44
2.1.2 Abordagem histórica sobre passagem do Estado de Direito para Estado Democrático de Direito	49
2.1.3 A tripartição orgânica dos poderes.....	54
2.1.4 Breves considerações sobre o respeito ao ordenamento jurídico.....	59
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
2.2.1 Breves considerações sobre direitos fundamentais	64
2.2.2 Direitos fundamentais enquanto limites à razão de Estado	71

3 O PARADIGMA DA EXCEÇÃO	74
3.1 DA NECESSIDADE E DA URGÊNCIA ENQUANTO MARCAS DA RAZÃO DE ESTADO.....	74
3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVASÃO DOS PODERES: ATIVISMO JUDICIAL E GOVERNAR POR DECRETOS	78
3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCEPÇÃO AGAMBEN DE FORÇA DE LEI SEM LEI (FORÇA DE LEI) E ESTADO DE EXCEÇÃO	83
4 PARA ALÉM DA DITADURA: o Estado Democrático de Direito brasileiro em experiência de estado de exceção.....	88
4.1 UMA APARENTE DEMOCRACIA?.....	89
4.2 O CAPITAL E ESTADO DE EXCEÇÃO	96
4.3 O BRASIL EM EXPERIÊNCIA DE EXCEÇÃO: consequências na sociedade contemporânea	102
4.3.1 Do controle dos gastos públicos e a Emenda Constitucional 95 de 2016.....	103
4.3.2 Da Reforma Trabalhista	107
4.3.3 Da Reforma da Previdência	108
4.4 A EXPERIÊNCIA DE EXCEÇÃO E A FRAGILIZAÇÃO DAS DEMOCRACIAS .	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116
REFERÊNCIAS.....	119

INTRODUÇÃO

Nos Estados Democráticos de Direito, cujo lastro da soberania estatal é o voto popular, pode ocorrer suspensão legítima de norma constitucional, a exemplo da previsão do estado de defesa, de sítio ou de guerra, já que, do contrário (forma ilegítima), se trataria de claro caso de golpe de Estado, sendo que há uma evidente violação à concepção de Estado Democrático de Direito, pois tanto a vontade popular, manifestada pelo poder de voto do povo, não foi respeitada como a própria submissão do Estado às próprias leis que ele criou.

No Brasil, a previsão legal e, por sua vez, legítima, de suspensão da norma dentro do ordenamento jurídico está disposta na forma dos arts. 136 (estado de defesa) e 137 ao 139 (estado de sítio) da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Em ambos, os casos há previsão de um grande evento que seja capaz de perturbar a ordem interna e, conseqüentemente, necessita rápida intervenção por parte do Estado, de modo que isso signifique suspender até mesmos os direitos constitucionalmente previstos.

Todavia, o que une as duas situações, a legítima e a ilegítima, é o fato de que a suspensão da norma e do direito é devida a necessidade de autopreservação do Estado. Essa necessidade se torna um elemento para justificar todo e qualquer ato e, com isso, garantir a norma condição de excepcionalidade.

A autopreservação se torna o motivo, a razão pela qual o Estado passa a agir e existir quando do estabelecimento da experiência de exceção. Para isso, ele pode suspender qualquer direito, inclusive os denominados direitos fundamentais.

Na presente dissertação, o que se busca é provar que não apenas a forma legítima e ilegítima se constituem como formas de estado de exceção, mas que a supressão dos direitos fundamentais no âmbito dos Estados Democráticos de Direito é uma experiência de estado de exceção de fato valendo-se, para isso, da construção de um amplo arcabouço teórico, que compreende a origem técnica do termo estado de exceção, a lógica de atuação do Estado (denominada razão de Estado), a compreensão do que é Estado, Estado de Direito e Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, a identificação das principais características do estado de exceção (denominadas paradigmas da exceção) e, posteriormente, a análise de casos práticos que permitam a identificação de uma experiência de estado de exceção, ocorrendo no âmbito de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o presente trabalho está organizado do seguinte modo: no primeiro capítulo, é construído o arcabouço teórico de sustentação deste trabalho. Foi utilizada uma abordagem histórica que permite situar os fundamentos que dão ensejo à concepção de estado

de exceção. O intuito é demonstrar que o estado de exceção não foi uma construção que surgiu do mero acaso, mas foi fruto de uma construção social que tinha objetivos e condicionantes específicos que o justificassem. Uma vez compreendido o que é e como surgiu a concepção de estado de exceção, é abordada a diferença entre o estado de exceção legal e o de fato, já que é essa diferença que norteia a fundamentação desse trabalho.

Já, no segundo capítulo aborda-se aquilo que se compreende enquanto Estado Democrático de Direito e por Direitos Fundamentais. O objetivo desse capítulo é permitir, especialmente, por meio de técnica histórica, compreender o papel dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito e as implicações das ocorrências de experiências de exceção.

Em seguida, no terceiro capítulo, retrata-se aquilo que se compreende enquanto paradigmas da exceção, isto é, elementos que atuam enquanto uma espécie de marca da exceção. Ao se compreender esses paradigmas, notam-se as bases necessárias para entender as implicações de uma experiência de exceção em Estados Democráticos de Direito.

Por fim, no quarto capítulo, por meio de técnica de estudo de caso, valendo-se de fontes documentais, analisa-se a atual situação do Brasil Contemporâneo, para que se possa corroborar a principal assertiva deste trabalho: permitir afirmar que, mesmo em Estados Democráticos de Direito, o estado de exceção pode se fazer valer na forma de uma experiência de exceção, por meio da suspensão de direitos fundamentais.

Por se tratar de uma dissertação, não se realizou o esgotamento teórico dos tópicos, preferindo selecionar os principais elementos de interesse para articulação de nossa argumentação.

A pesquisa realizada é essencialmente bibliográfica e documental, valendo-se, na medida do possível, de fontes originais, limitando-se ao mínimo aos manuais do Direito, de modo que isso nos permite uma abordagem de conteúdo de caráter qualitativo. Assim, este trabalho de pesquisa pode ser classificado como exploratório e, como tal, visa contribuir com o aprimoramento de ideias.

Ao final, espera-se que a presente dissertação possa servir de base para elaborações de outros trabalhos acadêmicos que visam discutir experiência de exceção, na contemporaneidade.

1 SOBRE O ESTADO DE EXCEÇÃO

A função dos arcabouços teóricos nos trabalhos acadêmicos é a de propiciar uma base de sustentação a pesquisa que se pretende realizar. Neste trabalho, o arcabouço teórico construído foi estruturado em três tópicos principais, de modo a contemplar uma conceituação histórica sobre estado de exceção, as formas de estado de exceção previstas na Constituição Federal de 1988, e uma diferenciação entre estado de exceção de fato e de direito.

A primeira subseção, ou primeira seção secundária (seção 1.1), é referente à conceituação de termos. Os termos que se pretende conceituar são: estado de exceção (seção 1.1.1) e razão de Estado (seção 1.1.2). Isso porque, conforme as pesquisas realizadas, as teorias que aceitam a admissibilidade do estado de exceção em nível constitucional, como mecanismo de manter a ordem pública se pautam na análise de necessidade feita pelo governante, sendo que essa necessidade justifica todo e qualquer ato desde que atinja como finalidade a manutenção do poder estatal.

Já a segunda subseção, ou segunda seção secundária (seção 1.2), é referente a previsão na Constituição Federal de 1988, do estado de exceção, a qual, por sua vez, se divide em outras três subseções: breves considerações sobre a previsão constitucional de estado de exceção (seção 1.2.1), estado de defesa (seção 1.2.2) e estado de sítio (seção 1.2.3). Essas subdivisões foram realizadas tendo em vista fins meramente didáticos.

Por fim, na terceira subseção, ou terceira seção secundária (seção 1.3), é realizada a distinção entre estado de exceção de direito e de fato. Essa subseção pode ser considerada como uma das mais importantes dentro de nossa linha de raciocínio, vez que essa distinção é fundamental para compreender o que entende-se como estado de exceção e o que pretende-se demonstrar ao final dessa dissertação.

1.1 CONCEITUAÇÃO DOS TERMOS ESTADO DE EXCEÇÃO E RAZÃO DE ESTADO

Ao se conceituar algo de forma histórica, ou melhor, à luz da história, o que se pretende é demonstrar que algo não surgiu ao acaso. A importância disso, mais do que a mera valorização do objeto de estudo, é, então, compreendê-lo melhor.

O uso dessa metodologia se justifica pela incerteza terminológica do termo estado de exceção, que é comum nas mais diversas doutrinas jurídico-políticas, a exemplo dos termos estado de necessidade (doutrina alemã), decretos de urgência e estado de sítio (doutrinas francesa e italiana), leis marciais e poderes de emergência (doutrinas anglo saxônicas), etc

(AGAMBEN, 2004, p. 15). No caso da doutrina jurídica brasileira, como já mencionado na introdução dessa dissertação, os termos empregados pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), em seu título V (“Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas”), capítulo I são: estado de defesa (seção I, artigo 136) e estado de sítio (seção II, artigos 137 ao 139), os quais analisa-se neste trabalho em maior profundidade na seção 1.2 conforme já mencionado na seção 1.

1.1.1 Sobre o termo estado de exceção

O termo estado de exceção para Agamben e àqueles que se orientam por seus estudos, implica em uma “tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão” (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Explica o autor que o termo possui relação histórica com o estado de guerra, porém as noções de estado de sítio e de lei marcial são inadequadas para definir a estrutura do fenômeno e, por conta disso, necessitam do adjetivo político ou fictício para tentar diminuir a falta de lucidez conceitual, mas que, ainda que se acompanhado desses qualificadores, os termos continuariam equívocos (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Em sua origem, o termo estado de exceção, outrora denominado de *état de siège effectif, réel ou militaire* (estado de sítio fictício, real ou militar), foi uma instituição militar atrelada a algumas situações de ataque efetivo ou real contra as fortificações permanentes (MARTINS, 2015, p. 857) que, por sua vez, remonta historicamente à doutrina francesa por ocasião do decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811, que concedia ao imperador, à época Napoleão Bonaparte, a possibilidade de declarar estado de sítio, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou, de forma direta, ameaçada por forças inimigas (AGAMBEN, 2004, p. 15).

O que motivou Napoleão a promulgar tal decreto foi que “às vésperas da campanha contra a Rússia, teve receio de eventuais tumultos da população contra as cidadelas às margens do Rio Reno” (MARTINS, 2015, p. 858) e, por isso, julgou necessário, com o objetivo de preservar as fortificações, ter a possibilidade de determinar o estado de sítio via decreto do imperador, isto é, sem passar pelo corpo do Legislativo (REINACH, 1885, p. 98-99 e SCHMITT, 2009, p. 236-241 apud MARTINS, 2015, p. 858).

Todavia, ainda antes de Napoleão e da promulgação do decreto de 24 de dezembro de 1811, o instituto do estado de sítio já se fazia presente no ordenamento jurídico francês por ocasião do decreto de 8 de julho de 1791, da Assembleia Constituinte Francesa, a qual realizava

distinção entre os termos estado de paz (*état de paix*), estado de guerra (*état de guerre*) e estado de sítio (*état de siège*), por meio da forma de interação entre as autoridades das esferas civil e militar (AGAMBEN, 2004, p. 16).

No primeiro caso, estado de paz, há autonomia entre as esferas civil e militar, ou seja, não há subordinação de uma para com a outra. Já, no segundo caso, estado de guerra, a autoridade da esfera civil deveria agir, conforme a instrução da autoridade da esfera militar. Por fim, no estado de sítio, “todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da polícia internas passam para o comando militar, que exerce sob sua exclusiva responsabilidade” (REINACH, 1885, p. 109 apud AGAMBEN, 2004, p. 16). Assim, é possível afirmar que, tanto no estado de guerra como no de sítio, há um grau de subordinação da autoridade da esfera civil em relação a militar, sendo que, no último caso, o grau de subordinação é ainda maior.

Contudo, com o avançar da história, os termos passaram a sofrer modificações em seus significados, afastando-se de sua relação com a situação de guerra, “para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em casos de desordens e sedições internas, passando, assim, de efetivo ou militar a fictício ou político” (AGAMBEN, 2004, p. 16).

Pode-se, então, afirmar que a excepcionalidade permitida por meio do estado de sítio tinha como objetivo, quando de sua concepção na doutrina francesas, retomar a situação de normalidade, o ora denominado estado de paz, permitindo, para isso, o exercício de todas as medidas cabíveis. Não obstante, ainda naquele momento, o exercício de todas as medidas ainda não compreenderia a suspensão da Constituição vigente, algo que somente iria ocorrer com a Constituição Francesa de 22, de Frimário, do ano VIII (correspondente ao terceiro mês do calendário da Primeira República Francesa, de 21 de novembro a 20 de dezembro).

Afirma Agamben (2004) que, no âmbito da história, foi no art. 92 da Constituição Francesa, de 22, de Frimário, do ano VIII, que a possibilidade de suspensão da Constituição foi apresentada pela primeira vez², a qual dispunha da seguinte redação legal³:

Em casos de revolta armada ou distúrbios que ameçam a segurança do Estado, a lei pode suspender, nos lugares e pelo tempo que determinar, o império da Constituição.

² Canotilho (2003, p. 1085) utiliza a denominação “incorporação constitucional do direito de necessidade” para se referir a esse fenômeno de “previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais”.

³ Conforme original em francês citado por Agamben : « *Dans les cas de révolte à main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du gouvernement, le corps législatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté* » (AGAMBEN, 2004, p. 16-17).

Esta suspensão pode ser declarada temporariamente no mesmo caso, por ordem do governo, estando o corpo legislativo de férias, desde que este corpo seja convocado a curto prazo por um artigo do mesmo decreto (AGAMBEN, 2004, p. 16-17, tradução livre).

Observe que o referido artigo “declarava explicitamente a possibilidade de suspensão das normas constitucionais em casos de agitações ou revoltas armadas que ameaçassem a segurança interna do Estado, desde que a suspensão fosse determinada por lei” (MARTINS, 2015, p. 858), mas não fazia menção direta ao estatuto do estado de sítio como condicionante à suspensão, muito embora, o próprio mecanismo de estado de sítio utilizado pelos franceses tivesse como requisito essencial à sua aplicação situações de revolta armada e/ou de ameaça a segurança do Estado.

Com o avançar da história, a teoria do estado de exceção passaria a sofrer inúmeras contribuições, com especial destaque à primeira metade do século XX (AGAMBEN, 2004, p. 18). Entre os autores que contribuíram nesse período, Agamben (2004, p. 18), por exemplo, destaca Carl Schmitt (em sua obra sobre ditadura denominada *Die Diktatur* de 1921), e aqueles que, posteriormente, vão se debruçar sobre a ideia de ditadura constitucional⁴ por ele apresentada, sendo esses autores Herbert Tingsten (*Les Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre* de 1934), Frederick M. Watkins (*The problem of Constitutional Dictatorship* publicada em *Public Policy I* de 1940), Carl J. Friedrich (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies* de 1948) e Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies* de 1948). Explica o autor que essas obras são importantes porque:

registram, pela primeira vez, a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido. Eles são, de algum modo, os estafetas que anunciam o que temos claramente diante dos olhos, ou seja, que, a partir do momento em que o “estado de exceção de exceção tornou-se a regra” (Benjamin, 1942, p. 697), ele não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica (AGAMBEN, 2004, p. 18)

Schmitt foi um dos pioneiros com relação à teoria do estado de exceção, ainda, em 1921, com sua obra sobre ditadura, embora “isso tenha acontecido sob a forma pseudomórfica de um

⁴ Nesse caso, o termo ditadura constitucional se refere a denominada ditadura comissária da obra de Schmitt. Veremos essa questão novamente e mais adiante, dentro de seu contexto histórico, na seção 3.3 dessa dissertação.

debate sobre a denominada ‘ditadura constitucional’” (AGAMBEN, 2004, p. 17)⁵. O resultado disso é que o termo estado de exceção passou a ser utilizado pelos “juristas alemães para indicar os poderes excepcionais do presidente do Reich segundo o art. 48 da Constituição de Weimar” (AGAMBEN, 2004, p. 18). Sobre isso, faz-se uma breve análise do referido artigo com o fim de auxiliar na compreensão do termo “ditadura constitucional”. Dispunha o artigo 48⁶ da seguinte redação⁷:

Quando um Estado (Land) não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obriga-lo com ajuda da força armada.

Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tonarão sem efeito.

O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2º deste artigo quando o atraso em adotá-las implique em perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do Reich ou do Parlamento.

Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich.

(BERCOVICI, 2003, p. 200)

⁵ A crítica de Agamben é no sentido de que, em que pese a obra de Schmitt (Cf. 1968) ser sobre a ditadura e suas vertentes (comissária e soberana), em verdade o autor faz uma teoria sobre estado de exceção sendo a ditadura tão somente o meio utilizado para se realizar a sua abordagem. Para Schmitt, o estado de exceção é um espaço amorfo, de lei sem lei, um vazio do direito.

⁶ Segundo Agamben, o precedente imediato do art. 48 “era o art. 68 da Constituição bismarkiana, o qual, caso ‘a segurança pública estivesse ameaçada no território do Reich’, atribuía ao imperador a faculdade de declarar uma parte do território em estado de guerra (*Kriegszustand*) e remetia, para a definição de suas modalidades, à lei prussiana sobre o estado de sítio, de 4 de junho de 1851” (AGAMBEN, 2004, p. 28). Após o fim da I Guerra Mundial, seguiram na Alemanha situações de desordens e rebeliões e, por isso, “os debutados da Assembleia Nacional que deveria votar a nova constituição, assistidos por juristas, entre os quais se destaca o nome de Hugo Preuss, introduziram no texto um artigo que conferia ao presidente do Reich poderes excepcionais extremamente amplos” (AGAMBEN, 2004, p. 28), que é o art. 48.

⁷ Conforme redação original em alemão:

“Art. 48. Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.

Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen. Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs.2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz”.

(ALEMANHA, 1919)

É possível afirmar, a partir da redação legal, ora apresentada que o Presidente do Reich poderia tomar todas as medidas necessárias para a restauração da ordem e segurança pública, valendo-se ou não do uso das forças armadas. Nessa condição, o Presidente do Reich, chefe do executivo, passaria a ser detentor de plenos poderes, poderes estes que poderiam suspender até mesmo os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, explicitamente, mencionados, no artigo 48 (artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 da Constituição de Weimar), são⁸: a impossibilidade de prisão sem o devido processo legal, impedimento de busca em domicílios sem mandato legal, regras para abertura de cartas ou grampeamento de linhas telefônicas, a liberdade de expressão, o direito de reunião, o direito de associação, e o direito segurança da propriedade. (Cf. ALEMANHA, 1919). Note-se que os direitos fundamentais lá elencados não foram escolhidos a esmo: ao suprimir, de forma específica, esses direitos tolhe-se do indivíduo qualquer possibilidade de exercício tipicamente político relacionado à sua intimidade e privacidade.

O artigo 48 estabeleceu um regime de caráter autoritário outorgado por um genuinamente democrático pautado na Constituição, cujo poder soberano era exercido pelo presidente. Observa Agamben que:

o artigo acrescentava que uma lei definiria, nos aspectos particulares, as modalidades do exercício desse poder presidencial. Dado que essa lei nunca foi votada, os poderes excepcionais do presidente permaneceram de tal forma indeterminados que não só a expressão ‘ditadura presidencial’ foi usada correntemente na doutrina em referência ao art. 48. (AGAMBEN, 2004, p. 28)

Assim, diante do exposto, pode-se compreender a ditadura constitucional como sendo o estabelecimento de uma ditadura garantida pela própria Constituição, em regime democrático, e que tem como preposição salvaguardar a ordem constitucional, isto é, fazer valer o regimento jurídico imposto pela Constituição, sendo que deveria operar na normalidade sem esse tipo de intervenção⁹. É a própria Constituição democrática que, em situação de ameaça, busca por meio de atos totalitários o retorno à própria democracia.

Em decorrência a esse instituto introduzido pelo art. 48, é possível afirmar “que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder o país não estivesse há quase três anos em regime e ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando” (AGAMBEN, 2004, p. 29). Nesse sentido, a experiência de Weimar revela que uma “‘democracia protegida’

⁸ Embora fosse desejável, a redação de tais diretos não será aqui reproduzida a fim de se evitar uma mera repetição de texto da Constituição de Weimar.

⁹ Observa-se que nesse caso o termo ditadura constitucional compreende a denominada ditadura comissária da teoria de Carl Schmitt em *Die Dikatur* (Cf. SCHMITT, 1968).

não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário” (AGAMBEN, 2004, p. 29).

Compreendida, então, a questão da ditadura constitucional, toma-se agora para uma compreensão à ótica de Agamben (2004), a fim de se manter a coesão textual deste trabalho, a respeito de alguns autores ora mencionados, a saber Tingsten, Friedrich e Rossiter.

Tingsten tem como plano de fundo, em sua obra, a evolução dos regimes parlamentares modernos e a questão de ordem técnica a respeito da “extensão dos poderes do Executivo no âmbito Legislativo por meio da promulgação de decretos e disposições, como consequência da delegação contida em leis ditas de plenos poderes¹⁰” (AGAMBEN, 2004, p. 18). O efeito disso é que tais práticas realizadas pelo Poder Executivo contradizem tanto a lógica hierárquica das normas jurídicas como o próprio princípio da separação dos poderes, ambos os quais são as bases fundamentais dos Estados Democráticos de Direito. Observa Agamben que Tingsten, em sua obra, examinou uma série de países, dentre os quais França, Suíça, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Itália, Áustria e Alemanha, quando da situação de ampliação dos poderes governamentais por meio da instituição de estado de sítio ou promulgação de leis de plenos poderes devido Primeira Guerra Mundial (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Já Friedrich, conforme explica Agamben, se pauta na teoria schmittiana da ditadura (AGAMBEN, 2004, p. 20). O autor Friedrich realiza uma oposição entre a ditadura constitucional, aquela que se propõe a salvaguardar a ordem constitucional, e a inconstitucional, sendo que esta tem como objetivo derrubar a ordem constitucional (AGAMBEN, 2004, p. 20). Crítica Agamben que Friedrich permanece prisioneiro “do círculo vicioso segundo o qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à ruína” (AGAMBEN, 2004, p. 20).

Por fim, a contribuição de Rossitier é no sentido de justificar a ditadura constitucional se valendo para tal de exame histórico (AGAMBEN, 2004, p. 20). Para Rossitier, a democracia deve operar na normalidade, mas, emergindo tempos de crise, ao governo constitucional deve ser assegurado valendo-se de qualquer meio e medida necessário, para que se possa restaurar a normalidade (AGAMBEN, 2004, p. 21). De forma expressa, afirma Rossitier:

¹⁰ A respeito do emprego plenos poderes, explica Tingsten: “Entendemos por leis de plenos poderes aquelas por meio das quais se atribui ao executivo um poder de regulamentação excepcionalmente amplo, em particular o poder de modificar e de anular, por decretos, as leis em vigor”. (TINGSTEN, 1934 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 18-19). Observa-se a partir dessa conceituação a questão de ingerência ora mencionada do executivo nas atribuições típicas do legislativo.

Em tempos de crise, o governo constitucional deve ser alterado por meio de qualquer medida necessária para neutralizar o perigo e restaurar a situação normal. Essa alteração implica, inevitavelmente, um governo mais forte, ou seja, o governo terá mais poder e os cidadãos menos direitos (ROSSITIER, 1948, p. 5 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 21).

O problema que se nota, e que talvez se possa retratar que seja o principal, com relação a questão da ditadura constitucional, é que existe uma linha bastante tênue entre aquilo que é constitucional e o que é inconstitucional, e isso, é notável na breve abordagem de Friederich, e que se repete agora em Rossitier, pois depõe contra a teoria da ditadura constitucional no sentido de que essas medidas que deveriam salvaguardar a constituição e a ordem democrática, muitas vezes, resultam por levá-las à dissolução. Isso se deve, porque pode-se deduzir que algo que surgiu como sendo de natureza constitucional, pode perder, ao longo do tempo, os seus principais elementos caracterizadores: a temporariedade e o caráter transitório. Tal assertiva é reconhecida pelo próprio Rossitier:

Descrevendo os governos de emergência nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam, por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa [...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar em todos, instituições duradouras mesmo em tempo de paz (ROSSITIER, 1948, p. 313 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 21-22)

A conclusão lógica pela linha de raciocínio de Rossitier é que o exercício cada vez mais regular do uso dessas medidas emergenciais corroem as democracias, o que, aliás, é, de forma expressa, reconhecido por ele: “um exercício sistemático e regular do instituto leva necessariamente à liquidação da democracia” (ROSSITIER, 1948, p. 333 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 19).

Nos tempos atuais, as mais diversas nações mobilizam e promulgam estados de sítio permanentes¹¹, tendo elas enquanto fundamentação em comum o fato de se terem inimigos étnicos e/ou terrorismo, a exemplo de Israel (iniciado com a Jihad palestina), Estados Unidos (*Patriot Act* após os ataques de 11 de setembro de 2001), França (Sarkozy e sua política anti-imigrantista) e Rússia (movimento separatista tchetchenos). (PENNA, 2007, p. 182).

¹¹ Segundo dados levantados por Carlos Villán Durán (2002, p. 245, tradução livre) em um período de pouco mais de dez anos, “100 Estados haviam adotado (entre 1985 e 1997) medidas que constituíam a proclamação, prorrogação, manutenção ou suspensão de regimes de exceção em suas mais diversas formas”, o que ajuda a refletir a importância do tema na contemporaneidade.

1.1.2 A razão de Estado à luz de Maquiavel

A manutenção da existência do Estado não é uma preocupação nova, e como tal também gera consigo a característica de dificuldade de se estabelecer um ponto inicial.

Porém, antes de avançar nesta questão, tendo ainda em vista o conteúdo já abordado na seção 1.1.1 sobre estado de exceção, algumas perguntas se mostram apropriadas para fins de reflexão, tais como: o que é razão de Estado? Como ela surge em Maquiavel? Em prol da razão de Estado, todas as medidas devem ser válidas? Isso é algo compatível com o que se espera de Estados ditos democráticos de direito?

Nesse sentido, retomar autores tidos como clássicos pode propiciar uma alternativa de solução a esse tipo de questão. Dentre esses autores, um dos clássicos da teoria política foi pioneiro a respeito da questão de manutenção do poder estatal: o pensador florentino Nicolló di Bernado dei Machiavelli, ou como é mais conhecido no âmbito da literatura nacional: Maquiavel.

Diferentes autores (Cf. TEIXEIRA JÚNIOR, 2011, pp. 49-50; SENELLART, 1996, p. 228; ROMANO, 2014, p. 28), ponderam que, para entender o pensamento de Maquiavel, não basta se limitar àquela que é talvez sua obra mais conhecida, “O Príncipe”, sendo necessário a leitura de seu texto *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (Discurso sobre a primeira década de Tito Lívio).

Porém, nesta dissertação, tendo em vista o objetivo que se pretende alcançar com esse arcabouço teórico, o pensamento de Maquiavel não será amplamente aprofundado, pois limitar-se-á ao termo razão de Estado, e não a todas as suas contribuições para a teoria política, ainda que isso fosse desejável, pois são justamente dessas contribuições que extraem “tópicos relativos à teoria do Estado e do comportamento do estadista na conduta dos negócios do Estado” (JESUS JÚNIOR, 2014, p. 102)

Em especial, foca-se em sua primeira obra de destaque – “O Príncipe” – a qual, é uma inovação à época pois rompe com a tradição medieval, conforme observa Romano (2014, p. 27): “nele a metafísica e a teologia são postas em segundo plano e substituídas pela tentativa de expor fatos humanos, em especial, sob o ângulo histórico”.

Observa ainda Senellart (1996, p. 228, grifo nosso) que: “[O Príncipe] marcaria a irrupção de um discurso totalmente novo na política, constituindo-a como esfera de ação autônoma em relação ao domínio espiritual, regida exclusivamente pelas leis da vida dos Estados”.

O pensamento de Maquiavel é considerado uma espécie de ponto de virada da teoria política (SENELLART, 1996, p. 225 e ss), sendo um dos autores que “debateram os problemas da vida política num nível de abstração e inteligência que nenhum de seus contemporâneos terá alcançado” (SKINNER, 1996, p. 11 *apud* TEIXEIRA JÚNIOR, 2011, p. 48).

Mais ainda, “é como se o Renascimento estivesse em uma encruzilhada e Maquiavel tivesse definido o caminho a ser seguido” (TEIXEIRA JÚNIOR, 2011, p. 48). Diante disso, por outras palavras, na linha de raciocínio desses autores, então, a teoria política poderia ser definida como sendo antes e depois de Maquiavel.

Maquiavel também é considerado um dos pais¹² do termo razão de Estado (TEIXEIRA JÚNIOR, 2011, p. 49). Sobre isso, afirma Meinecke (1962, p. 29, tradução livre) a respeito de Maquiavel que “toda a sua vida estava ligada a um propósito supremo de Estado. E, da mesma forma, toda sua maneira política de pensar nada mais é do que um processo de pensamento contínuo sobre razão de Estado”¹³. É esse termo, razão de Estado, o que é considerado na presente seção deste trabalho, então, inicia-se para a primeira questão ora apresentada: “O que é razão de Estado?”.

Segundo conceito apresentado por Meinecke (1962):

Razão de Estado é o princípio fundamental de conduta nacional, a primeira Lei de Movimento do Estado. Ela diz ao estadista o que ele deve fazer para preservar a vida e força do Estado. O Estado é uma estrutura orgânica em que o poder total somente pode ser mantido se permitido de alguma forma que ele continue crescendo; e a razão de Estado indica tanto o caminho como o objetivo para esse crescimento”. (MEINECKE, 1962, p. 1)¹⁴.

¹² Existe divergência quanto a devida paternidade do termo razão de Estado sendo que há quem a atribua à Maquiavel (ex: Meinecke) e outros que tentam diminuir a importância do autor em relação ao termo (ex: Foucault). Sobre isso menciona Jacarandá (2008, p. 201): “Apesar do reconhecimento quase unânime quanto a certas contribuições mesmo revolucionárias de sua obra para o pensamento político moderno, os efeitos dessas contribuições não são imediatamente conectados aos conceitos que estruturam a filosofia dos estatistas eminentemente modernos como Bodin. Se um pensador como Foucault não toma Maquiavel como fundador da razão de Estado, não é, de modo algum, por qualquer das justificativas apresentadas pelos críticos clássicos do secretário [sic] florentino. Foucault se preocupou em mostrar que embora essas discussões mais gerais sobre justificação poder tenham mesmo se acercado de Maquiavel, não é esse o fator essencial que define a relação entre a razão de Estado e a formação do Estado moderno – e é na direção do raciocínio de Foucault que alguns autores contemporâneos sobre a matéria como Senellart, Zarka, Vasoli e Borrelli seguem. [...] Não é por falta à obra do pensador italiano conceitos e representações sobre o Estado que Foucault não reconhece sua paternidade quanto à razão do Estado. É por defender uma outra linha de raciocínio que ele se separa das polêmicas envolvendo o nome de Maquiavel.”. No nosso entendimento para os fins desse trabalho, com todo respeito à Foucault e àqueles que seguem sua linha de raciocínio, optamos por reconhecer Maquiavel enquanto um dos pioneiros sobre o tema conforme os fundamentos apresentados ao longo dessa seção.

¹³ Conforme texto original: “*his whole life was bound with a definite supreme purpose of the State, and in the same way his whole political way of thought is nothing else but a continual process of thinking about raison d'état*” (MEINECKE, 1962, p. 29).

¹⁴ Conforme texto original: “*RAISON D'ÉTAT is the fundamental principle of national conduct, the State first Law of Motion. It tells the statesman what he must do to preserve the health and strength of the State. The State is an organic structure whose full power can only be maintained by allowing it in some way to continue growing; and raison d'état indicates both the path and the goal for such a growth*”. (MEINECKE, 1962, p. 1).

Sobre o termo, de maneira mais simplificada, Romano (2014, p. 48) afirma que: “[Razão de Estado] significa o uso da força ou meio de exceção a serviço do poder, que se busca conservar para garantir a ordem social”.

Assim, pode-se conceituar razão de Estado como sendo o princípio fundamental da conduta estatal, responsável por orientar as ações do governante (também denominado soberano na literatura política) para que o Estado possa preservar sua força e continuar crescendo, ditando, para isso, tanto o caminho como o objetivo desse crescimento, valendo-se do uso da força ou meio de exceção a serviço do poder de modo a se buscar conservar ou garantir a ordem social.

Disso pode-se deduzir, tal como Meinecke (1962) também o faz¹⁵, de que não existe uma fórmula concreta e absoluta única de razão de Estado que pode ser aplicada indiscriminadamente para todo e qualquer Estado, ou seja, a razão de Estado deve ter em vista sempre os objetivos de um Estado específico e determinado.

Então, o trabalho prossegue sobre a segunda questão proposta (“Como ela [razão de Estado] surge em Maquiavel?”).

De modo a melhor responder a esta questão, primeiramente, tenta-se compreender o panorama histórico em que viveu o autor.

Naquela época, período da renascença italiana, entre os séculos XV e XVI, o que hoje é a Itália, vivia-se um período de independência garantido por um sistema de diversos estados/principados, a saber Nápoles, Florença, Milão, Veneza e Estados Papais (MEINECKE, 1962, p. 29), que seriam abalados quando, após 1494, uma série de catástrofes (termo empregado por Meinecke), assolaram a Itália: a invasão dos franceses e espanhóis, o declínio da independência Milanese e Napolitana, a mudança na forma de governo de Florença, e o impacto coletivo dos países estrangeiros sobre toda península Apenina (MEINECKE, 1962, p. 30).

Todos os elementos influenciaram Maquiavel, que trabalhou como secretário e diplomata da República de Florença até o ano de 1512 e que, por ocasião dos eventos ora citados, foi obrigado a buscar favores dos Médicis, os novos governantes (MEINECKE, 1962, p. 30; ROMANO, 2014, p. 31). Foi, então, em 1513, que escreveu “O Príncipe” e os “*Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*” (MEINECKE, 1962, p. 30; ROMANO, 2014, p. 31). A

¹⁵ “*This path and this goal cannot be chosen quite at random; but neither can exactly the same one be prescribed for all States*” (MEINECKE, 1962, p. 1). Em tradução livre: “Esse objetivo e caminho e objetivo não podem ser escolhidos aleatoriamente; mas também não podem ser exatamente os mesmos serem prescritos para todos os Estados”.

primeira obra, “O Príncipe”, primeiro circulou como manuscrito e teve sua primeira versão impressa por Blado, editor, em Roma em 1532; já a segunda, o *Discorsi*, teve a sua primeira edição preparada também por Blado um ano antes, em 1531 (MEINECKE, 1962, p. 46).

A partir da leitura da obra “O Príncipe” (Cf. MAQUIAVEL, 1973), é possível afirmar que o seu principal objetivo é aconselhar o príncipe¹⁶, que representa o governante, o soberano, a se manter no poder. Nesse sentido, os atos são guiados de modo a orientar o governante em suas tomadas de decisão para agir não para o que é necessariamente adequado para o seu povo; e sim para o que fosse melhor para que ele continuasse no poder.

Agir para o povo só é feito por questões de segurança interna: e não porque é do povo em si que emana o seu direito de governar (o que é uma clara oposição aos ideais da Revolução Francesa, a qual tem como paradigma de governo a república), o que pode ser extraído da seguinte assertiva do Capítulo IX (Do Principado Civil): “contra a hostilidade do povo o príncipe não se pode assegurar nunca, porque são muitos; com relação aos grandes, é possível porque são poucos” (MAQUIAVEL, 1973, p. 46). Dessa assertiva, entende-se, então, que Maquiavel reconhece a capacidade do povo de se opor e, assim, se tornar uma real ameaça ao príncipe e, por isso, deve este evitar ser odiado.

Posteriormente, quando questiona se é melhor que o príncipe seja amado ou temido, ou vice-versa, aponta que “um príncipe sábio, amando os homens como eles querem e sendo por eles temido como ele quer, deve basear-se sobre o que é seu e não sobre o que é dos outros. Enfim, deve somente procurar evitar ser odiado, como foi dito” (MAQUIAVEL, 1973, p. 77). O que está em jogo não é apenas um binômio crueldade-piedade, mas a utilização desses enquanto instrumentos que permitam ao príncipe se manter no poder. Todavia, na dúvida entre ser amado ou temido, expressamente, se posiciona a favor de que o príncipe deva ser temido: “responder-se-á que se desejaria ser uma e outra coisa; mas como é difícil reunir ao mesmo tempo as qualidades que dão aqueles resultados, é muito mais seguro ser temido que amado, quando se tenha que falhar numa delas” (MAQUIAVEL, 1973, p. 76). Além disso, não deve o príncipe se preocupar em receber a alcunha de cruel, pois de nada adianta ser bom e deixar a paz e ordem internas ameaçadas:

não deve, portanto, importar ao príncipe a qualificação de cruel para manter os seus súditos unidos e com fé, porque, com raras exceções, é ele mais piedoso do que aqueles que por muita clemência deixam acontecer desordens das quais podem nascer assassinos ou rapinagem. (MAQUIAVEL, 1973, p. 75).

¹⁶ No caso da obra, é possível identificar como principal destinatário os Médici.

A necessidade de manter um Estado forte é a razão de Estado presente em Maquiavel. O seu propósito é tão somente garantir a manutenção da ordem social vigente, ainda que para isso seja necessário que o príncipe seja considerado cruel e/ou antiético. Não é o humanismo que está em jogo, mas a capacidade de manter o povo unido e se evitar ameaças à ordem interna. A manutenção da ordem interna seria aquilo que, finalmente, propiciaria a paz no território da hoje Itália, e evitaria que novas catástrofes ocorressem, a exemplo daquelas pós-1494 retro mencionadas (ver p. 23).

Posteriormente, outros autores, a exemplo de Thomas Hobbes (1974), retomariam essa questão de um Estado enquanto elemento fundamental para a manutenção da ordem social. No caso de Hobbes (1974), o Estado é apresentado em sentido figurado na representação simbólica do monstro opressor de origem bíblica, que se constitui enquanto o detentor do monopólio da violência legítima, a qual seria utilizada como meio para ser impor a ordem àquilo que se denominou de estado de natureza¹⁷. Se antes vivia-se na barbárie, com o Estado-Leviatã, isso não seria mais possível, pois o poder soberano impediria tal condição.

Temos aí, então, um norte à questão fundamental acerca da construção da razão de Estado apresentada quando do início desta seção. O conceito de manutenção da ordem surge em um momento que não se tem unificação do Estado. A lógica da razão de Estado não deixa de ser a lógica totalitária de inspiração absolutista. Maquiavel não está preocupado com a forma de governo em si, já que para ele o que basta é tão somente um Estado centralizado e unificado. Não é o bem-estar do povo que está em voga. O bem-estar tem que ser garantido apenas para se evitar que o povo se revolte, por entender que não é bom ter o povo como inimigo.

Se o príncipe é amado ou temido, na concepção de Maquiavel, isso é tão somente sua faculdade de escolha, mas o mesmo deve estar ciente das consequências que ela pode acarretar.

O modo de pensar norteado na razão de Estado contribuiu com a criação de bases que permitiam a passagem para o Estado Absolutista. Posteriormente, esse enaltecimento da razão de Estado seria questionado com o advento do Iluminismo e do Liberalismo: Ascensão da burguesia, *laissez-faire*, Revolução Americana, Revolução Francesa, etc, levando ao fim dos regimes absolutistas em prol da democracia.

Diante do exposto, parte-se, então, para a nossa terceira questão, a qual é retratada, concomitantemente, à quarta.

Considerando a origem histórica da razão de Estado enfoca nesta seção, o que tenha ficado melhor evidenciado é que a mesma surgiu em um período histórico específico. Nesse

¹⁷ Confira o Capítulo XIII do livro I da referida obra para saber mais a respeito do estado de natureza hobbesiano.

sentido, talvez um caminho mais adequado seria perguntar se as condições da sociedade contemporânea são tão ou mais diversas do que àquelas da época de Maquiavel.

Nessa linha de raciocínio, poderia-se arguir que há uma mudança de paradigma fundamental: nos próximos séculos que se seguirem, houve a derrocada do Absolutismo e a retomada de democracia em moldes muito mais inclusivos do que os da Grécia e Roma antigos. Mais ainda, houve o fim do Mercantilismo e sua substituição pelo Capitalismo, além, é claro, de outras tentativas de sistema de produção e organização social, a exemplo do Socialismo Soviético.

De todo modo, o que verdadeiramente interessa é o fato de que as sociedades se tornaram muito mais complexas e, por conta disso, afirmar que o Estado contemporâneo é igual àquele modelo que vigorava na Itália à época de Maquiavel soa como algo falacioso, ainda que possa identificar contribuições dos passados remotos.

Por conta disso, cabe a crítica em relação a lógica pura da razão de Estado, pois ela apenas beneficia àqueles que estão no poder, com especial ênfase ao governante direto. Quando do caso de estado de guerra ou de sítio, tal situação pode até ser compreensível, pois, em ambos os casos, toda a sociedade daquele Estado pode de fato perder a sua autonomia e ser subjugada ao inimigo. As consequências, nesses casos, podem ser ainda mais perversas do que a submissão total aos seus próprios nacionais, e a história é repleta de exemplos do tipo, vide as consequências decorrentes das práticas imperialistas do Japão, quando da segunda guerra, e que ainda são obstáculos às tentativas de negociação com os seus vizinhos territoriais nos dias de hoje, (questão do monumento as ‘mulheres conforto’¹⁸, na Coreia do Sul, que exige uma indenização por parte do Japão pelas atividades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial¹⁹, as disputas marítimas envolvendo ilhas com a China, a ameaça nuclear que sofre com a Coreia do Norte, etc).

Diante do exposto não se pode mais admitir a aceitação de toda e qualquer medida em prol do interesse estatal. Ao se ter como única finalidade a manutenção e o crescimento do poder estatal, o que se faz é colocar um véu desprovido de qualquer racionalidade e senso crítico

¹⁸ Termo utilizado para se designar a mulheres escravizadas sexualmente por militares japoneses durante a Segunda Guerra Mundial, abrangendo também mulheres da China, Indonésia, Filipinas e Taiwan (Cf. BBC, 2017).

¹⁹ O monumento consiste em escultura de bronze com um metro e meio de altura que representa uma ‘mulher de conforto’ (ver nota anterior) que foi colocada por ativistas em frente ao consulado japonês na cidade de Busan, a segunda maior da Coreia do Sul (BBC, 2017). O Japão reconheceu o uso de bordéis de guerra em 2003, formalizando desculpas pela primeira vez em 2007 e selando um acordo com autoridades sul-coreanas em 2015, que incluía um fundo de compensação de um bilhão de yens (equivalente a 26 milhões de reais) para apoiar as sobreviventes e a contrapartida da Coreia do Sul de dar o assunto por encerrado (BBC, 2017). No entanto, outras estátuas surgiram e, devido a isso, o Japão, em retaliação por entender violação do acordo de 2015, retirou da Coreia do Sul o embaixador e o cônsul geral, suspendeu a troca de moedas e adiou negociações econômicas (BBC 2017).

sobre os possíveis efeitos que irão ocorrer no mundo real. É aceitar que todos os indivíduos da sociedade sejam subjugados em prol uma suposta defesa da coletividade como se essa fosse a única opção possível. E, como a história já demonstrou, especialmente, quando do século XX e as duas guerras mundiais, nem sempre a submissão ao estado totalitário pode resultar nos melhores desfechos.

1.2 A HIPÓTESE DE PREVISÃO LEGAL DE ESTADO DE EXCEÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 – ESTADO DE DEFESA E DE SÍTIO

Nesta seção o que se pretende, valendo-se de diferentes meios de interpretação normativos, entre eles, o gramatical, o lógico, o histórico, o teleológico e o sistemático, comuns do âmbito jurídico, porém, aplicados neste trabalho de caráter acadêmico, é analisar os dispositivos que se constituem enquanto hipóteses de previsões legais de estado de exceção, no âmbito da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 com disposição no Título V (“Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas”), Capítulo I (Do Estado de defesa e do Estado de Sítio).

Importante atentar que, no âmbito da doutrina jurídica brasileira, o termo “defesa do Estado” empregado aparece como ausente de sentido geopolítico ou de doutrina de segurança nacional. Explica José Afonso da Silva (2015, p. 774) que:

[na Constituição Federal de 1988] defesa do Estado é defesa do território contra invasão estrangeira (arts. 34, II, e 137, II), é defesa da soberania nacional (art. 91), é defesa da Pátria (art. 1.42), não mais a defesa deste ou daquele regime político ou de uma particular ideologia ou de um grupo detentor do poder.

Por conta disso, os institutos da Constituição Federal de 1988 atuam como sendo parte de um “sistema constitucional das crises”, que se constituem “como o conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional” (SANTOS, 1981, p. 32).

Diante do exposto, o que se faz nas próximas três sub-seções, tendo ainda em vista o conteúdo desenvolvido nas seções anteriores do presente capítulo, é compreender como a nossa Constituição abarca aquilo que as doutrinas jurídico-políticas denominam de exceção legal; isso é, aquela permitida em decorrência do “sistema constitucional de crises”.

Assim, de modo a melhor analisar os referidos dispositivos, os separa-se, para fins didáticos, em três seções: “Breves considerações sobre a previsão constitucional do estado de exceção” (seção 1.2.1), “Do estado de defesa” (seção 1.2.2) e “Do estado de sítio” (seção 1.2.3).

1.2.1 Breves considerações sobre a previsão constitucional do estado de exceção

Antes de prosseguir com a análise normativa direta a respeito da previsão de estado de exceção na Constituição Federal de 1988, que faz parte do denominado “sistema constitucional de crises”, julga-se necessária a realização de breves considerações com o objetivo de melhor compreender a lógica da incorporação dos referidos mecanismos tanto no âmbito das constituições em gerais como no da nossa própria Constituição.

J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1085) utiliza-se da expressão “Incorporação Constitucional do Direito de Necessidade” para se referir à adoção de mecanismos que se valham da excepcionalidade para garantir a ordem constitucional. Nesse sentido, seriam os mecanismos previstos para essa finalidade, como por exemplo, os institutos do estado de defesa e de sítio, previstos em nossa Constituição Federal (Capítulo I do Título V).

Autores constitucionalistas que defendem a previsão normativa desses institutos e, no âmbito da doutrina jurídica luso-brasileira, como Canotilho (2003, p. 1085-1086), Silva (2014, p. 630; 2015, p. 774-777) e Santos (1981, p. 33), os quais argumentam no sentido de que esses instrumentos não possuem enquanto propósito, de forma necessária, a defesa do governo (e obviamente defesa do governo não se confunde com defesa do Estado), mas a defesa da ordem constitucional democrática²⁰. Canotilho (2003, p. 1086) afirma ainda que é preferível que seja a Constituição quem defina e consagre os pressupostos dos estados de exceção do que princípios de necessidade extra ou supraconstitucionais, pois estes estariam sujeitos a manipulação por parte de qualquer razão de Estado ou motivos de segurança e ordem pública.

Esse tipo de posicionamento tende a ser mais alinhado ao legalismo jurídico. Se conforme a lei, legal; do contrário, ilegal. Por conseguinte, com todo respeito aos autores mencionados, esse tipo de visão, de estrito legalismo jurídico e tecnicismo, não é algo da qual deve compartilhar por entendê-la como limitada, já que ficar restrito às formalidades pode gerar

²⁰ Além desses autores supracitados, existem outros pontos de vista a respeito do sistema constitucional de crises que atuam também no sentido de defendê-lo. Dentre eles interessante o posicionamento de Ferreira Filho que afirma expressamente, após sua análise acerca do instituto que, que tal sistema consiste em um mal necessário, conforme expõe a seguir: “a conclusão deste sucinto exame crítico só pode ser uma. Esses sistemas são um mal necessário. Podem ser aprimorados, tornados menos pesados para a liberdade, mais eficientes para a ordem; devem procurar sempre essa difícil conciliação entre as exigências da liberdade e as de ordem. Mas apresentarão sempre deficiências e inconveniências. Entretanto, sem tais meios extraordinários, a Constituição, o Estado de Direito, a liberdade, os direitos fundamentais, estarão à mercê das crises” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 131).

consequências severas no mundo real, a exemplo da Segunda Guerra Mundial que levou o positivismo jurídico aos extremos, conforme nota-se mais adiante nesse trabalho (seções 2.1.3 e 2.1.4). Contudo, considera-se que seria desejável que a mera previsão normativa, em plano constitucional, tivesse força, de forma efetiva, para se fazer valer, mas, infelizmente, considerando a realidade do Estado, há o risco de mesmo a Constituição não ser respeitada.

Desde a Proclamação da República, o Brasil teve várias constituições, cada qual com seus próprios méritos. Embora previssem mecanismos protetores, a fragilidade de nossa democracia, ao longo do século XX, não foi capaz de fazer valer a constituição e golpes de estado ocorreram, como é o caso da Ditadura de Vargas, nas décadas de 30 a 40, e dos militares nas décadas de 60 a 80.

Além disso, oportunamente, cabe observar que Constituição de 1937 pode ser considerada uma constituição de exceção, vez que até 1945, com a promulgação da Lei Constitucional número 16, o país estava oficialmente sob a condição de estado de emergência, o que implica em uma “ditadura legal” – ou seja, um estado de exceção legal que durou quase uma década (Cf. BRASIL, 1937), legitimada pelo próprio Estado e enfocava, em seu preâmbulo, os fundamentos que se reproduz a seguir:

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País:

(BRASIL, 1937, grifos nossos)

De seus fundamentos, é possível extrair que ela se fundou na necessidade, tendo em vista argumentos de iminente guerra civil, ‘ameaça comunista’, ausência de meios normais para preservação e defesa da paz, segurança e bem-estar do povo, suposta decomposição de instituições civis e políticas. Essa constituição buscou se fundar em necessidades e

prerrogativas para valer enquanto um regime permanente e válido em sentido legal durante toda a sua duração. Mais ainda, com a lei constitucional número 16, embora o estado de emergência tivesse sido revogado, o país continuava sob efeito de uma constituição originada em regime ditatorial, o que pode-se retratar que reforçava na, memória recente da população, o regime ditatorial de Vargas.

Outra constituição de interessante análise é a de 1967 (Cf. BRASIL, 1967), a qual foi promulgada em pleno âmbito da Ditadura Militar e que também pode ser definida como sendo uma Constituição de Exceção. Curiosamente, essa constituição não contava com justificativas em seu preâmbulo, tal como a de 1937, ou melhor dizendo, ela não possuía sequer um preâmbulo. Porém, muito interessante o disposto em seu artigo 150, parágrafo 11, com a redação alterada, em 1969, quando por força do Ato Institucional n. 14, reproduzido a seguir:

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta. (BRASIL, 1967, grifo nosso)

A guerra externa psicológica adversa mencionada faz alusão a popularmente conhecida Guerra Fria, que teve o seu fim oficial somente após o momento em que o país já estava sob vigência da Constituição de 1988, em 1989 com a queda do muro de Berlim. Por outras palavras, a pena de morte devido a “ameaça comunista” foi oficialmente válida durante todo o período de vigência da Constituição e atuou como fundamento para situação de excepcionalidade.

Outros Direitos Fundamentais também eram relativizados no âmbito da Constituição, em decorrência dessa situação.

Conforme dispunha o art. 151:

Art 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23, 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Parágrafo único - Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º. (BRASIL, 1967)

Os direitos fundamentais ali mencionados são a livre manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica (§ 8º), livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão § 23, direito de reunião (§ 27) e liberdade de associação (§ 28). Todavia, é de se atentar que todos os referidos dispositivos já traziam em si a tônica repressiva típica de regime ditatorial vez que possuía restrições que garantiam ao Estado intervir, conforme a sua razão.

Oportuno ainda observar que, logo após o capítulo referente aos direitos fundamentais, o próximo que se seguia era dedicado ao tema estado de sítio, algo curioso do ponto de vista simbólico: primeiro, foi abordado o que é para ser a regra, para, em seguida, abordar a exceção.

Diferente da Constituição de 1988, a de 1967 não realizava a distinção entre estado de defesa e de sítio, prevalecendo, portanto, apenas o segundo, o que não significa que, na prática, não tenha os mesmos efeitos. De todo modo, o que interessa a respeito do instituto do estado de sítio na Constituição de 1967 é saber que esse possuía mecanismos que visavam propiciar um aparente controle sobre seu estado de sítio, mas considerando que já se estava em vigor um regime ditatorial, talvez o popular ditado “para inglês ver” seja apropriado.

Por conta de toda exposição que se realiza, faz-se coro de que, embora a Constituição por si não faça milagres para se evitar a eventual conflagração de um estado de exceção, que ela busque, ao máximo, fortalecer as instituições democráticas, bem como a própria democracia, para que instrumentos legalmente previstos, que possam dar ensejo à exceção, não sejam alvos de abusos por uma eventual razão de Estado. É nesse sentido, principalmente, que a não relativização de direitos fundamentais, em âmbito constitucional, é importante, já que contribui para o fortalecimento das democracias.

A Constituição Federal de 1988 é tida doutrinariamente como sendo uma Constituição rígida, isto é, dotada de mecanismos que dificultam mudanças. Com relação aos institutos nela previstos que autorizam a excepcionalidade, os estados de defesa e de sítio, pode-se observar que eles geram consigo mecanismos para tentar inibir abusos, também conhecidos como mecanismos de controle. Contudo, é de se ter em vista a crítica de que, embora existam mecanismos que coíbam abusos, isso não quer dizer que eles não aconteçam. Sobre isso, explica Romano (2014, p. 64):

Hoje, a Constituição Federal de 1988 prevê remédios contra o golpe de Estado, mas que não garantiram o país do exercício reiterado da usurpação política. O artigo 49, incisos IV e XI, evidenciam o receio face aos possíveis golpes: cabe ao Congresso nacional ‘aprovar o estado de defesas e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas’ e ‘zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes’. Excelente

princípio, ineficaz na prática. Que outra coisa temos, senão reiterados golpes, com as Medidas Provisórias que deveriam atender a necessidades urgentíssimas (e mesmo tais necessidades tem o sinete da razão de Estado) e se transformam em meio para o Executivo legislar? Que outra coisa temos, nas reiteradas ingerências do Judiciário, legislando à luz do dia, sem reação à altura do Legislativo? Golpes não são cometidos apenas pelo Executivo, mas nos três poderes e na sociedade.

Cabe destacar que, ainda que a decisão que afronte o Estado Democrático de Direito atenda aos anseios da população, a exemplo do realizado em práticas que recebem a denominação de ativismo do Judiciário, o que é feito é de caráter arbitrário e se constitui como um verdadeiro ato de exceção ao Estado Democrático de Direito, isso porque o juiz que decide em desacordo com o Estado de Direito está inegavelmente abusando do poder que a própria constituição lhe conferiu.

Inicia-se agora a abordagem específica sobre estado de defesa (seção 1.2.2) e estado de sítio (seção 1.2.3).

1.2.2 Do estado de defesa

O estado de defesa está disposto no art. 136 da Constituição Federal, o qual reproduzimos na íntegra:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa.
(BRASIL, 1988)

Conforme previsão expressa no *caput*, o estado de defesa deve ser decretado com a finalidade específica de preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. A sua decretação depende de ato exclusivo do Presidente da República, chefe do Poder Executivo a nível federal, após ouvir o Conselho da República e o Conselho Nacional, ou seja, trata-se de uma faculdade personalíssima do Presidente, mas que envolve rito formal da oitiva.

Todavia, é de se atentar que a redação não obriga, de forma expressa, o Presidente a aceitar a opinião do Conselho da República ou do Conselho de Defesa Nacional, mas tão somente ouvi-los. Não há menção expressa que obrigue a aceitar a opinião desses órgãos, que são meramente para fins consultivos. No entanto, caso opte por decretar, ainda assim estará o decreto sujeito à aprovação pelo Congresso Nacional. No mesmo sentido, entende Silva (2014):

A audiência dos Conselhos da República e da Defesa Nacional é obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade da medida. Contudo, tais Conselhos são apenas consultivos – o que vale dizer que sua opinião é de ser levada em consideração sempre, mas não será vinculativa. Portanto, se opinarem contra a decretação da medida, o presidente da República ficará com a grave responsabilidade de, desatendendo a eles, assim mesmo decretá-la, se entender indispensável. Se o fizer, e o Congresso a aprovar, nos termos dos arts. 49, IV, e 136, §§ 4º e 6º, tudo ficará conforme com a Constituição. Se o Congresso rejeitar a medida, poderá surgir hipótese de crime de responsabilidade do presidente da República. (SILVA, 2014, p. 634)

Em seguida, é de se observar pelo parágrafo primeiro que existem requisitos que o decreto presidencial que determinar o estado de defesa deve conter afins de que seja legítimo, entendendo como legítimo o mero fato de estar dentro da lei. São os requisitos: o tempo de duração em que o estado de defesa estará em vigor, as localidades atingidas e como se dará a restrição dos direitos de reunião (mesmo que exercida no âmbito de associações jurídicas legais), sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica. Observa-se ainda que os bens e serviços públicos poderão sofrer ocupações e uso diferenciado quando se tratar da hipótese da calamidade pública sendo que, caso haja danos, é a União quem arcará com os danos e custos.

Por outras palavras, o que tal decreto passa a fazer é restringir direitos fundamentais estabelecidos no rol do art. 5º, dentre os quais liberdade de reunião (art. 5º, XVI), liberdade de associação (art. 5º, XVII), livre comunicação (art. 5º, IX) e inviolabilidade de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII) e flexibilizar práticas para fins administrativos (a exemplo do disposto no inciso II).

Com relação ao tempo de duração do estado de defesa, a lei estabelece duração não superior a 30 dias, com possibilidade de ser prorrogado por igual período, caso ainda se façam presentes razões que justifiquem a decretação.

Importante observar que, no caso específico do estado de defesa, somente após o momento em que ele é decretado ou renovado, o Presidente deverá encaminhá-lo para convalidação diretamente ao Congresso Nacional, que deverá decidir por meio de maioria absoluta, dentro do prazo de 10 dias, mas que, dentro desse prazo, independentemente da votação do Congresso, o decreto estará em vigor. Isso significa que o decreto somente perderá seus efeitos caso seja rejeitado. Por conta disso, pode-se afirmar que há uma expectativa de que o decreto de estado de defesa dure 10 dias, independentemente do prazo estipulado pelo Presidente, salvo se houver a aprovação ou rejeição pelo Congresso antes desse prazo.

Não menos importante para os fins dessa análise do dispositivo do estado de defesa, é de se ter em mente que há alteração no rito processualístico penal, que segue alguns procedimentos específicos. Contudo, mesmo com a alteração, pode-se enfocar que existe uma garantia mínima de direitos para o preso, e que não ferem a lógica processual penal existente quando dos tempos de paz, a exemplo da vedação de incomunicabilidade do preso e do entendimento de prisão em *ultima ratio*, ou seja, por ser a prisão a mais severa das medidas coercitivas exercidas pelo Estado presume-se, mesmo no âmbito do estado de defesa, que deva haver um mínimo de indícios de autoria e materialidade para que possa ser considerada legal.

Por fim, aplicam-se ao instituto do estado de defesa as disposições gerais previstas na seção III (“Disposições gerais”), artigos 140 e 141.

O artigo 140 trata da obrigatoriedade de constituição de uma comissão composta de 5 membros do Congresso para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao de sítio, *in verbis* “A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.” (BRASIL, 1988).

Por sua vez, dispõe art. 141:

Art. 141. Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.

Parágrafo único. Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas. (BRASIL, 1988)

Diante do exposto no referido artigo, é possível afirmar que, com o fim do estado de defesa ou de sítio, cessam os seus efeitos, havendo ainda possibilidade de responsabilização de seus executores ou agentes pelos atos ilícitos eventualmente cometidos e ainda ao mesmo tempo em que ocorrer o seu fim deve o Presidente da República enviar mensagem ao Congresso contendo as medidas que foram aplicadas, quando de sua vigência, especificando e justificado as providências realizadas, incluindo relação nominal dos que foram atingidos com as restrições aplicadas.

Diante da análise realizada, pode-se afirmar que o dispositivo de estado de defesa presente na Constituição Federal embora se trate de medida excepcional com caráter e finalidade específica, é, de certo modo, brando, evitando restringir em demasia direitos fundamentais. A suspensão dos direitos fundamentais diretamente afetados não ocorre, de forma plena, vez que o que há é tão somente uma flexibilização, o que, do contrário, poderia acarretar uma hipótese de dano social muito maior.

Entende-se, então, que o desejável é não precisar chegar ao ponto de ser necessária a decretação de estado de defesa, porém, na Assembleia Constituinte, não foi esse o entendimento preferindo-se, na dúvida, garantir um mecanismo excepcional, para que o Estado pudesse solucionar as situações previstas em caráter de urgência celeridade. Por conta disso, nota-se aqui a preferência em fazer preponderar a lógica pura da razão de Estado (abordada na seção 1.1.2), bem como a situação típica de autorização de medidas autoritárias no âmbito da Constituição (abordada na seção 1.1.1).

Segue-se agora com a análise referente ao estado de sítio.

1.2.3 Do estado de sítio

O estado de sítio, por sua vez, está disposto nos art. 137, 138 e 139 da Constituição Federal, e não se confunde com estado de defesa. Inicia-se, então, pela análise do art. 137, o qual dispõe:

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

(BRASIL, 1988)

Diferentemente do estado de defesa, no estado de sítio, o rito exige, além da oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, que o Congresso Nacional autorize que o Presidente da República emita o decreto. Ou seja, ao passo que, no estado de defesa, o Presidente gozava de maior autonomia no sentido de decretar para depois validar, agora, deve primeiro obter autorização para depois poder decretar. E o significado simbólico disso é tremendo: sendo o Legislativo de todos os poderes o mais democrático por conter diversos representantes do povo, quem está autorizando, em última análise, é o próprio povo, e isto é um ato dotado de uma validade simbólica muito maior. Pode-se refletir isso no mesmo sentido em que se pensa o rito de sabatina para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo que quem está avaliando o eventual futuro ministro também são os congressistas. Observa-se ainda que o Congresso deverá decidir, por maioria absoluta, se irá autorizar o Presidente a decretar o estado de sítio ou sua prorrogação.

Com relação às hipóteses de decretação, pode-se identificar quatro, sendo elas de caráter alternativo: (i) comoção grave de repercussão nacional, (ii) ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, (iii) declaração de estado de guerra e (iv) resposta a agressão armada estrangeira.

A primeira delas tem caráter abstrato, e como tal entende-se o mais perigoso. O que vem a ser grave repercussão nacional? O termo é demasiado amplo. O efeito prático disso é que tal requisito visa garantir ao Presidente, desde que o mesmo justifique, a possibilidade de decretar o estado de sítio conforme a sua necessidade. Ora, isso nada mais é do que aplicar ao instituto a lógica de razão de Estado com ênfase na autopreservação do poder estatal.

Já a segunda é para os casos em que o estado de defesa decretado anteriormente não tenha sido suficiente. Nesse caso deve-se recordar da célebre afirmação atribuída à Maquiavel: “os fins justificam os meios”. Então, prevalece a finalidade de restaurar o estado de paz que a mera decretação de estado de defesa por si só não conseguiu realizar.

Por fim, a terceira e quarta hipótese necessitam da ocorrência de situação denominada estado de guerra. Para a terceira hipótese não há distinção entre guerra interna (guerra civil) de guerra externa (contra inimigo estrangeiro), mas, para a quarta, é necessário que tenha previamente ocorrido agressão armada estrangeira.

Com relação a guerra, é de se ter em mente as transformações históricas que ocorreram, no século XX, com destaque especial para as duas guerras mundiais, que inauguram também o conceito de guerra total. Conforme explica Eric Hobsbawm, a guerra total não é em decorrência de seu tamanho, muito embora, “de 1914 em diante, as guerras foram inquestionavelmente guerras de massa” (HOBSBAWM, 2003, p. 51). O termo guerra de massa implica a noção não apenas da força humana²¹ destinada às Forças Armadas, englobando, também, uma grande quantidade²² de produtos destinados de forma direta (armas, munições, uniformes, etc) ou indireta (materiais administrativos diversos como papel, caneta, carimbo, etc) ao conflito (HOBSBAWM, 2003, p. 52). Como sintetiza Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 116):

As novas técnicas que tornam *total* a guerra fazem com que a superação das crises, e mais do que isso, a vitória final, dependa de uma verdadeira e completa mobilização de toda a população e de todos os recursos do Estado. Reclama uma coordenação da produção, subordinando recursos humanos e materiais a metas precisas. Implica a orientação do próprio consumo, conseqüentemente um controle sobre as matérias-primas e a distribuição dos bens. Não se contenta em restringir as liberdades para obter maior disciplina em face da ameaça bélica.

²¹ Conforme expõe Hobsbawm (2003, p. 51) “na Primeira Guerra Mundial, a Grã-Bretanha mobilizou 12,5% de seus homens para as Forças Armadas, a Alemanha 15,4%, e a França quase 17%”, e, na Segunda Guerra, “a porcentagem de força humana total que foi para as Forças Armadas esteve muito geralmente nas vizinhanças de 20%” (MILWARD, 1979, p. 216 *apud* HOBSBAWM, 2003, p. 51). De todo modo, cerca de 20% de mobilização de massa, é algo bastante significativo, e conforme aponta o autor, “não pode ser mantido, a não ser por uma economia industrializada de alta produtividade e – ou alternativamente – em grande parte nas mãos de setores não combatentes da população. As econômicas agrárias tradicionais não podem em geral mobilizar uma proporção tão grande de sua força de trabalho, a não ser sazonalmente, pelo menos na zona temporada, pois há momentos no ano agrícola em que todos os braços são necessários (...). Mesmo em sociedades industriais uma tão grande mobilização de mão-de-obra impõe enormes tensões à força de trabalho, motivo pelo qual as guerras de massa fortaleceram o poder do trabalhismo organizado e produziram uma revolução no emprego de mulheres fora do lar: temporariamente na Primeira Guerra Mundial, permanentemente na Segunda” (HOBSBAWM, 2003, p. 51).

²² Conforme aponta Hobsbawm (2003, p. 52) “a guerra em massa exigia produção em massa”, de tal modo que, na segunda guerra mundial, foram encomendados mais de 519 milhões de pares de meia e 219 milhões de calças pelos Estados Unidos, e, na Alemanha, 4,4 milhões de tesouras e 6,2 milhões de almofadas para carimbos dos departamentos militares (MILWARD, 1979, p. 68 *apud* HOBSBAWM, 2003, p. 52). Assim, podemos observar o importante papel da atuação do Estado na economia, pois ele atuava enquanto o agente que movimentava os demais setores já que ele atuava enquanto o demandante e a sociedade civil enquanto ofertante da mão de obra e das mercadorias. Conseqüentemente, por dedução lógica, isso levava ao aumento do consumo das famílias, as quais passariam a ter dinheiro, recebido por meio do salário obtido de seu emprego, para poder consumir. Por outras palavras, em um sentido econômico, a guerra, até um determinado ponto (que em economia é o denominado ponto de equilíbrio, no qual a oferta agregada é igual a demanda agregada), pode ser considerada boa, o que também não pode servir de pretexto para a sua realização.

Ao contemplar a questão da guerra na hipótese do estado de sítio, o que o Constituinte fez foi contemplar o Estado com poderes excepcionais para, valendo-se da lógica da razão de Estado, pudesse o Estado se manter na situação de um eventual conflito que, do século XX em diante, passa a ser dotado de um novo significado frente as dimensões que ele pode alcançar.

Ademais, é ainda de se ter em mente que, considerando a estrutura anárquica do sistema internacional, a guerra é sempre uma possibilidade. Nesse sentido, posiciona Kenneth Waltz (2002, p. 143-144):

Diz-se muitas vezes, que o estado entre estados conduz os seus assuntos envolto na sombra da violência. Porque alguns estados podem em qualquer altura usar a força, todos os estados têm de estar preparados para o fazer – ou então viver à mercê dos seus vizinhos militarmente mais vigorosos. Entre estados, o estado da natureza é um estado de guerra. Isto é dito não no sentido de que a guerra ocorre constantemente, mas no sentido de que, com cada estado a decidir por si mesmo usar ou não a força, a guerra pode rebentar a qualquer altura.

E, podendo a guerra, “rebentar a qualquer altura” (para se valer da expressão de Waltz), seguindo a sua linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que a sua previsão, no âmbito normativo-constitucional do estado de sítio, se configura enquanto um meio do Estado poder fazer valer o seu monopólio do uso legítimo da violência como forma de se auto-preservar²³.

Parte-se, então, para análise do art. 138:

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º - O estado de sítio, no caso do art. 137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º - Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º - O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

(BRASIL, 1988)

Por meio do referido artigo, pode-se perceber, em caráter inicial, a principal diferença entre o estado de defesa e o de sítio: o grau de suspensão dos direitos e garantias fundamentais.

²³ Não estamos tratando da questão de mérito se é melhor, na condição de guerra, se render, ou enfrentar à ameaça externa, mas tão somente que, no âmbito das teorias de relações internacionais, as escolas realistas e neorrealistas, por exemplo, e aqui podemos mencionar diferentes autores, partindo de Maquiavel à Waltz, tendem a seguir a ideia de que o caminho a ser seguido é o de fazer prevalecer a lógica da razão de Estado.

Isso porque a redação legal faz menção a “garantias constitucionais” que ficarão suspensas, ou seja, princípios e direitos fundamentais consagrados na constituição, bem como os meios para se garantir a sua efetiva realização.

Com relação às demais medidas dispostas no texto normativo, observa-se que há tentativa de limite temporal, sendo de 30 dias para comoção grave de repercussão nacional ou em razão da ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, e se for hipótese de estado de guerra, o período é aquele em que durar a guerra ou agressão armada estrangeira.

Interessante observar que, mesmo em hipótese de estado de sítio decretado, a Constituição prevê o funcionamento do Congresso Nacional. A efeito simbólico isso significa que “a casa do povo” estará de portas abertas, havendo, então, continuidade da democracia. Porém, obviamente, não se trata de continuidade normal, vez que estará em vigor o estado de sítio que, por sua natureza, possui aspecto totalitário devido as restrições aos direitos fundamentais, em especial os relacionados às liberdades individuais e coletivas.

Por fim, analisa-se o último artigo específico da seção da II da Constituição, o qual reproduzimos na íntegra:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I - obrigação de permanência em localidade determinada;
- II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- IV - suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

(BRASIL, 1988)

Pode-se afirmar que o artigo 139 trata dos aspectos mais perversos e danosos ao meio social, vez que trata das medidas que poderão ser tomadas contra as pessoas e que envolve, de forma direta direitos fundamentais. Entre os direitos fundamentais diretamente afetados, pode-se destacar a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), a livre comunicação (art. 5º, IX), a inviolabilidade do lar (art. 5º, XI), a inviolabilidade de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII), a liberdade de locomoção em todo o território nacional (art. 5º, XV), a liberdade de reunião (art. 5º, XVI), a liberdade de associação (art. 5º,

XVII), o direito de propriedade (art. 5º, XXII), etc. Mais ainda, é de se observar que os próprios parlamentares possuem uma restrição de comunicação relativa, no que tange os seus pronunciamentos.

Por fim, aplicam-se ainda ao estado de sítio as disposições gerais dos artigos 140 e 141, as quais já comentamos na seção 1.2.1, porque elas também se aplicam ao estado de defesa.

Pode-se afirmar que o estado de sítio é aplicado para situações mais gravosa que as de estado de defesa, vez que não apenas as próprias possibilidades que já lhe eram típicas podem embasar o estado de sítio, como outras possibilidades foram adicionadas. Além disso, o número de direitos fundamentais afetados pela medida também é maior.

Contudo, não se pode perder de vista que:

A característica fundamental do estado de sítio é ser ele um regime estritamente legal. Quer dizer, a sua decretação é condição de aplicação de uma legalidade especial prevista para circunstâncias de grave crise, pelo próprio sistema jurídico. Neste, assim, coexistem uma legalidade ordinária e uma excepcional, que àquela substitui instaurado o estado de sítio. Durante este, portanto, a autoridade não pode fazer tudo o que for necessário, ainda que o deva justificar posteriormente como é típico da lei marcial à inglesa. Continua ela obrigada a respeitar rigorosamente o princípio da legalidade. Suas decisões somente são válidas se tomadas com apoio em normas gerais anteriores, as exatamente que disciplinam o estado de sítio. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 116).

Nos valendo do instituto da comparação para fins meramente acadêmicos, cabe notar que a abordagem de estado de sítio de nossa Constituição possui elementos de semelhança com os institutos de outros ordenamentos jurídicos, a exemplo do rol de direitos fundamentais afetados que se assemelham com os mesmos dispositivos já presentes, na Constituição de Weimar. Se considerar que o art. 48 da Constituição de Weimar estava em vigor, quando da Segunda Guerra Mundial, pode-se fazer coro ao fato de que a acepção constitucional de estado de sítio, na constituição brasileira, é severa. O intuito aqui não é fazer juízo de mérito, mas apenas o de realizar provocações para fins reflexivos.

Parte-se agora para a última seção deste capítulo, sendo que demonstra uma diferenciação entre a exceção de fato e a de direito e justifica-se o porquê do termo experiência de exceção.

1.3 DIFERENCIAÇÃO E REFLEXÃO ENTRE EXCEÇÃO DE FATO E EXCEÇÃO DE DIREITO

A presente seção pode ser considerada uma das mais importantes desse trabalho de dissertação, ainda que, em análise quantitativa de número de páginas, possa não ser a mais densa. Isso porque, sem a distinção aqui a realizada, não é possível fundamentar a visão que se possui sobre estado de exceção e tão pouco justificar o porquê de escolhas lexicais/termológicas como experiência de exceção.

Em artigo completo publicado por ocasião do XXV Congresso do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito) na cidade de Curitiba/PR, junto à Prof. Dra. Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis, do programa de pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, toma-se o seguinte posicionamento a respeito de estado de exceção:

Nesse artigo entendemos que o estado de exceção não se limita às hipóteses constitucionais previstas nas constituições dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo do disposto na nossa Constituição de 1988 (estado de defesa e estado de sítio). Em outras palavras, não entendemos o estado de exceção apenas como fruto de uma declaração formal, mas como um fenômeno que, por vezes, ocorre dentro de ambientes em que o Estado poderia ser considerado como sendo Democrático de Direito. (SILVA; MISAILIDIS, 2016, p. 134-135)

Tendo em vista que o entendimento particular deste trabalho não mudou, desde à publicação daquele artigo, mantem-se, então, o posicionamento de que o estado de exceção não se limita a uma declaração formal, vez que se compreende que ele se constitui enquanto um fenômeno.

Nesse sentido, o estado de exceção de direito pode ser entendido como aquele oriundo da previsão legal, e que, em nosso país, ocorre nas formas de estado de defesa e de sítio, a qual fora abordada na seção anterior. Este é o estado de exceção legalizado, fruto de previsão do próprio ordenamento jurídico, é pautado na urgência e necessidade, tendo como objeto tão somente propiciar uma resposta rápida, para que se controlar uma situação de crise que tenha se instaurado, de modo que, tão logo cesse a situação excepcional que o deu ensejo, deve haver o retorno à condição de normalidade.

Por sua vez, o estado de exceção de fato é aquele que é operado em termos práticos. Sua ocorrência não se dá estritamente conforme as hipóteses legais e, por isso, é motivo de preocupação para a sociedade. Calamidade pública, invasão estrangeira, declaração de guerra, etc, são hipóteses em que se pode afirmar de que existe um sentimento individual de que talvez seja, realmente, necessário mudar a forma de organização social, ou seja, entender que não estamos mais, para se valer dos termos usados por Agamben (2004), em situação de *état de pax* e que, por conta disso, é necessária a cooperação da autoridade civil junto à militar.

Com relação ao estado de exceção de fato, isso não ocorre. A exceção de fato é independente de decretação pois opera em pleno âmbito de atuação regular do Estado. Ela se faz presente de diferentes formas, e os seus efeitos práticos são os mesmos do estado de exceção de direito: suspensão de direitos fundamentais com a pretensa finalidade de se retornar ao estado de normalidade.

No caso do estado de exceção de direito, toma-se como exemplo, para fins didáticos, os art. 136 e 138 de nossa Constituição, que são as hipóteses em que o estado de exceção legal pode ser decretado. Nos dois casos, está presente situações de emergência. Em decorrência dessas hipóteses de emergência, o Constituinte Originário entendeu que uma resposta a elas deve ser dada da mais forma mais breve possível, e isso tem o intuito de minimizar o eventual prejuízo social que poderia ocorrer. A ideia que se tem é de que a exceção, justamente por não ser a regra, deve prevalecer tão somente para que se possa restaurar a situação em que ela não tenha que se valer. Assim, tendo em vista a questão da necessidade de atuação em regime de urgência, concedeu por meio dos referidos instrumentos legais a possibilidade de atuação por parte do Executivo para tomar todas as medidas que julgar necessário (vulgo plenos poderes), suspendendo direitos fundamentais que, na normalidade, seriam aplicados e garantidos, para que todas as medidas com vistas a sair da situação de crise possam ser exploradas.

A mesma ideia se opera com a exceção de fato. Os elementos emergência, urgência, necessidade, plenos poderes e, o mais importante e impactante, a suspensão de direitos fundamentais, igualmente se fazem presentes. Evidentemente, por se tratar de exceção de fato, não significa que os direitos suspensos sejam os mesmos da hipótese legal. Isso é até mesmo uma questão de lógica, pois mesmo a hipótese legal se vale de direitos que o Constituinte Originário entendeu que deveria ser aplicado a suspensão, isto é, são direitos que foram escolhidos de modo direcionado. Sendo, então, exceção de fato, a exceção passa a valer em relação a outros direitos fundamentais enquanto objetos.

Por conta dos argumentos aqui expostos, prefere-se a adoção do termo experiência de exceção vez que esse termo compreende tanto aquilo que se configuração como a exceção legal como a exceção de fato. Mais ainda, evita-se com esse termo confundir com outros institutos, como o estado de sítio.

O que se tem como exceção de fato é, portanto, o uso análogo do estado de exceção legal, valendo-se de suas principais características e prerrogativas com vistas a se permitir a situação de excepcionalidade, no âmbito do ordenamento jurídico. Consequentemente, a sua situação no âmbito de Estados Democráticos de Direito é prejudicial àquilo que se espera dos mesmos: a prestação de direitos fundamentais.

Não se encontra, em nossas pesquisas, um autor em específico que entenda a possibilidade de um estado de exceção de fato *ipsis litteris*, nos termos acima mencionados. Todavia, se partir para uma análise que tenha como fio condutor a fragilização das democracias em decorrência da suspensão de direitos fundamentais como forma de se dar uma solução às crises, pode-se, então, afirmar, por analogia, de que é possível que Estados ditos Democráticos de Direito vivenciem uma experiência de estado de exceção.

Alguns autores, como Norberto Bobbio (2000), Luis Alberto Warat (2010) e Agamben (2004) entendem que a democracia é a regra, sendo que os direitos fundamentais estão preservados. Assim, não mencionam propriamente o termo estado de exceção de fato, mas compreendem que a excepcionalidade é a não prestação dos direitos fundamentais. Na seara econômica²⁴, encontra-se indícios de que o estado de exceção de fato é conflagrado pelo capital, um soberano específico, que não governa para o povo mas para atender os seus próprios interesses²⁵.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o estado de exceção de fato é de conotação ampla, estando além da concepção originária de estado de exceção de direito, mas dela bebendo das mesmas fontes. É de tal modo um fenômeno obscuro do qual, para se observar, é necessário tomar a decisão de observar a realidade que está além de discursos formais impostos pelo governo ou grande mídia por meio de um viés crítico que seja capaz de os opor à prova. Do contrário, perpetua-se o *status quo* e prevalece a exceção em detrimento da democracia.

Nos próximos dois capítulos, busca-se construir um arcabouço teórico que nos permita compreender esse fenômeno de uma experiência de estado de exceção de fato.

²⁴ Vide Belluzzo e Galípolo (2017).

²⁵ A respeito dessa questão, Cf. Paulo Arantes (2014) na seção “*Seria o estado de exceção permanente a forma política correspondente as novas formas de exploração econômica?*”. Nessa seção o autor relaciona a temática de estado de exceção com o Capital, demonstrando como este se vale do estado de exceção como meio para atingir seus interesses.

2 SOBRE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo é dotado de escopo fundamentalmente teórico e possui como principal objetivo fazer compreender o papel dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito e as implicações das ocorrências de experiências de exceção. De modo a se atingir o objetivo proposto, o presente capítulo está dividido em duas seções principais. Na primeira (seção 2.1), discorre-se sobre a formação do Estado Democrático de Direito contemporâneo; e, na segunda (seção 2.2), sobre direitos fundamentais.

2.1 A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Na presente seção, busca-se compreender a formação do Estado de Direito Contemporâneo. Para isso, opta-se por subdividi-la em quatro seções principais.

Na primeira delas, seção 2.1.1, versa-se sobre o conceito do Estado e o papel do Direito. Para essa abordagem, vale-se de quatro autores principais sem, contudo, esgota-los: Max Weber, Marx e Engels, e Antonio Gramsci. O intuito, ao final da seção, é ser capaz de conseguir responder a seguinte questão: qual o papel do Direito para o Estado contemporâneo.

Em seguida, na seção 2.1.2, aborda-se a formação do Estado por meio da técnica histórica, perfazendo a transição de Estado de Direito para Estado Democrático de Direito.

Na terceira, seção 2.1.3, tece-se considerações a respeito da denominada tripartição orgânica dos poderes, a qual atua como elemento fundamental da estrutura estatal.

Por fim, na quarta, seção 2.1.4, passa-se a focar a respeito das normas dentro do ordenamento jurídico em países que adotam o denominado positivismo jurídico.

O que se pretende com este estudo que envolve o Estado é consolidar um arcabouço que nos permita, juntamente com a devida compreensão dos direitos fundamentais, estabelecer o nosso entendimento de existência de uma experiência de estado de exceção, em estados democráticos de direito.

2.1.1 Sobre o Estado e o papel do Direito

Weber (1993, p. 55-56) conceitua Estado como uma espécie de agrupamento político sociologicamente caracterizado pelo meio que lhe é peculiar: o uso da coação física. Menciona o autor que, se não fosse outra forma, subsistiria apenas aquilo que se denomina anarquia (WEBER, 1993, p. 56). Contudo, cabe observar que a coação física é apenas um meio, mas não o único meio para o Estado se fazer valer.

Os Estados contemporâneos, por sua vez, devem ser concebidos “como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território - a noção de território compreende um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física*” (WEBER, 1993, p. 56, grifo no original).

Por conta disso, menciona o autor que “o Estado consiste em uma relação de *dominação* do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima” (WEBER, 1993, p. 57, grifo no original). Esse tipo de visão, que pode ser retratada como negativa a respeito do Estado, implica em uma relação de dominantes e dominados. Dominantes seriam aqueles que estivessem no poder. Dominados os que sofreriam a influência dos dominantes por meio do uso da força se necessário.

Esse tipo de linha de raciocínio acerca do Estado também é compartilhado por Karl Marx e Friedrich Engels, com a particularidade que a burguesia seria classe dominante (aquela que está no poder), e o proletariado a classe dominada, tal como se percebe da aceção disposta no Manifesto Comunista.

No Manifesto Comunista, escrito por Marx e Engels, na seção I, “Burgueses e Proletários”, os autores afirmam que a história de todas as sociedades é a história da luta de classes (MARX; ENGELS, 2016, p. 40). Sobre isso mencionam que:

Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor feudal e servo, mestre de corporação e companheiro, em resumo, opressores e oprimido, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre ou por uma transformação revolucionária da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em conflito (MARX; ENGELS; 2016, p. 40).

A sociedade burguesa, por sua vez, não rompeu com os antagonismos de classe do passado, criando tão somente novas classes (os burgueses e os proletários), novas condições de opressão e novas formas de luta (MARX; ENGELS; 2016, p. 40), ou seja, em essência, tudo se manteve na mesma lógica de dominantes e dominados, porém com particularidades que lhe são próprias.

Com relação ao processo que promoveu a ascensão da burguesia ao poder, mencionam os autores que:

Cada etapa da evolução percorrida pela burguesia foi acompanhada de um progresso político correspondente. Classe oprimida pelo despotismo feudal, associação armada e autônoma na comuna, aqui república urbana independente, ali terceiro estado tributário da monarquia; depois durante o período manufatureiro, contrapeso da nobreza na monarquia feudal ou absoluta, base principal das grandes monarquias, a burguesia com o estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial,

conquistou, finalmente, a soberania política exclusiva no Estado representativo moderno. (MARX; ENGELS; 2016, p. 41-42)

Por conta disso, o Estado moderno e o Poder Executivo, para os autores, não são outra coisa “senão um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa” (MARX; ENGELS; 2016, p. 42, grifo nosso). Essa crítica de Marx e Engels, a qual se constitui enquanto uma espécie de síntese da visão deles a respeito do Estado é negativa, pois indica que a única função do Estado é atender aos interesses da burguesia.

Porém, é de se observar que, pouco tempo antes da publicação do Manifesto, que é datado de 1848, entre 1845 e 1846, em texto que hoje compõe parte da obra denominada “A Ideologia Alemã”, Marx e Engels já possuíam esse entendimento ao mencionarem que “[...] Estado é a forma na qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e que sintetiza a sociedade civil inteira de uma época, segue-se que todas as instituições coletivas são mediadas pelo Estado, adquirem por meio dele uma forma política” (MARX; ENGELS, 2011, p. 76).

Nesse sentido,

o próprio Direito aparece como sendo dotado de conotação negativa, pois o mesmo passa a ser o instrumento utilizado para validar essa estrutura de dominação.

Aliás, oportuno mencionar que, para os autores, a própria história do direito é, na verdade, a história do direito privado, o qual se confunde com a questão da propriedade. Sobre isso, mencionam:

O direito privado se desenvolve simultaneamente com a propriedade privada, a partir da dissolução da comunidade natural. Entre os romanos, o desenvolvimento da propriedade privada e do direito privado não gerou consequências industriais e comerciais, pois o seu modo de produção inteiro manteve-se o mesmo. Entre os povos modernos, em que a comunidade feudal foi dissolvida pela indústria e pelo comércio, o nascimento da propriedade privada e do direito privado deu início a uma nova fase, suscetível de um desenvolvimento ulterior. Amalfi, a primeira cidade que, na Idade Média praticou um extenso comércio marítimo, formulou também o direito marítimo. Tão logo a indústria e o comércio desenvolveram a propriedade privada, primeiro na Itália e mais tarde noutros países, o desenvolvido direito privado romano foi imediatamente readotado e elevado à posição de autoridade. Quando, mais tarde, a burguesia conquistou poder suficiente para que os príncipes acolhessem seus interesses a fim de, por meio da burguesia, derrubar a nobreza feudal, começou em todos os países – na França, no século XVI – o desenvolvimento propriamente dito do direito, que, com exceção da Inglaterra, teve como base o Código Romano. Também na Inglaterra os princípios do direito romano tiveram de ser introduzidos para o ulterior desenvolvimento do direito privado (particularmente no âmbito da propriedade mobiliária). (Não se pode esquecer que o direito, tal como a religião, não tem história própria). (MARX; ENGELS, 2011, p. 76).

Essa visão de Marx e Engels a respeito do papel do Estado e do direito é instigante à reflexão.

Se refletirmos, nos dias atuais, levando em consideração o processo de mundialização do capital²⁶, a atuação das empresas transnacionais, os impactos econômicos, a preponderância da ortodoxia econômica que gera exclusões em detrimento do social²⁷ etc, talvez, tenha-se elementos suficientes para poder mencionar que a burguesia e o capital são realmente aqueles que, efetivamente, controlam o executivo e o Estado, o que validaria a aceção dos autores para os dias atuais e, talvez, nosso próprio ideal de democracia não passe de um sonho, iludido pelos mecanismos de alienação.

Posteriormente, Antônio Gramsci retomaria esse conceito de Estado enquanto detentor do monopólio da violência legítima e a questão de lutas de classes pelo controle do poder. Porém, além desses elementos, o autor se vale da análise do papel das entidades das sociedades civis.

Sobre isso explica Vianna²⁸ (1978, p. XIII *apud* GONZALEZ, 2014, p. 133) que: “O Estado seria mais do que um ente monopolizador dos meios de coerção física, constituindo-se também agências ou aparatos dirigentes da vida social, como a escola, a Igreja, os sindicatos, as corporações profissionais, etc...)”.

Para Gramsci, no âmbito das entidades das sociedades civis, ocorreria “verdadeira luta de classes pelo controle do Estado e das instituições e, conseqüentemente pela conquista do poder político [por outras palavras, a conquista do poder soberano]” (GONZALEZ, 2014, p.

²⁶ De modo a se compreender o termo mundialização, primeira se faz necessário compreender a origem de um outro termo mais popular: “globalização”. Globalização advém do adjetivo global, o qual “surgiu no começo dos anos 80, nas grandes escolas americanas de administração de empresas, as célebres ‘*business management schools*’ de Harvard, Columbia, Stanford, etc” (CHESNAIS, 1996, p. 23). Esse termo, conforme aponta Chesnais, não possui uma natureza neutra, tendo sido adotado pelo discurso neoliberal “tendo como destinatários os grandes grupos, para passar a seguinte mensagem: em todo lugar onde se possa gerar lucros, os obstáculos à expansão das atividades de vocês foram levantados graças à liberalização e à desregulamentação; a telemática e os satélites de comunicações colocam em suas mãos formidáveis instrumentos de comunicação e controle; reorganizem-se e reformulem, em consequência, suas estratégias internacionais” (CHESNAIS, 1996, p. 23). Por sua vez, O termo mundialização é de origem francesa (*mondialisation*) e possui como objetivo “diminuir, pelo menos um pouco, a falta de nitidez conceitual dos termos ‘global’ e ‘globalização’” (CHESNAIS, 1996, p. 24). Ademais, Chesnais argumenta que “a palavra ‘mundial’ permite introduzir, com muito mais força do que o termo ‘global’, a idéia de que, se a economia se mundializou, seria importante construir depressa instituições políticas mundiais capazes de dominar o seu movimento” (CHESNAIS, 1996, p. 24). Portanto, podemos afirmar que esses dois termos, globalização e mundialização, trazem em si significados ideológicos distintos sendo que, nessa dissertação, optamos, quando nos referirmos ao fenômeno propriamente dito que eles exprimem, pelo termo mundialização.

²⁷ Em trabalho escrito em coautoria com Misailidis nos aprofundamos sobre a preponderância da ortodoxia econômica por meio de análise dos textos originais dos principais autores dessa vertente. Cf. Silva e Misailidis (2016).

²⁸ Cf. VIANNA, L. W. Prefácio. In: GRUPPI, Luciano. **O conceito de hegemonia em Gramsci**. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

134), e dessa luta de classes surgiria o Direito como instrumento de legitimação da ordem política estabelecida (GONZALEZ, 2014, p. 134).

No mesmo sentido entendem Kathleen Elane Leal Basconcelos, Mauricelia Cordeira da Silva e Valdilene Pereira Viana Schmaller, ao afirmarem que:

Ao perceber que a natureza do Estado capitalista fora modificada pelos fenômenos econômicos e políticos que marcaram o panorama mundial a partir do início do século 20 [...] e ampla a análise marxista acerca do Estado. O pensador italiano observou que, de um lado, embora o Estado prosseguisse com seu caráter classista, não era mais apenas o comitê de negócios da burguesia: algumas demandas das classes subalternas foram por ele incorporadas. De outro lado, Gramsci constata que o monopólio da violência e a coerção não eram mais suficientes para a manutenção da ordem social: fazia-se necessário organizar novas formas de estabelecer o consenso, tarefa que passou a ser empreendida pelo Estado, através da formulação e disseminação de um conjunto de valores e normas políticas, sociais e culturais. (VASCONCELOS; SILVA; SCHMALLER, 2013, p. 84).

Surge, então, o Direito enquanto meio de legitimação da ordem política estabelecida (GONZALEZ, 2013, p. 113-114).

É, neste momento, portanto, que surge o denominado Estado de Direito. Não se confunde, contudo, Estado de Direito com Estado Democrático de Direito.

O primeiro termo somente implica no âmbito da relação do Estado com a lei, no caso, o Direito, enquanto mecanismo de regulação e legitimação da ordem política vigente. Por sua vez, Estado Democrático de Direito enfoca, em sua tônica, o aspecto da democracia, da vontade popular²⁹, da valoração dos direitos individuais, coletivos e difusos.

O Soberano pode constituir e se valer de um Estado de Direito, tal como foi o caso da Alemanha de Hitler. Aquele tipo de Estado, totalitário, se valia da lei e do ordenamento jurídico para legitimar a ordem política estabelecida, embora, por vezes, o próprio Estado não se submetesse às suas próprias leis. O que estava em jogo era tão somente se valer do Direito para conferir um suposto aspecto de legalidade e legitimidade às ações do Reich. Sobre isso, oportuno a passagem de Hannah Arendt (2016c, p. 532-533):

Nos primeiros anos de poder, os nazistas desencadearam uma avalanche de leis e decretos, mas nunca se deram ao trabalho de abolir oficialmente a Constituição de Weimar; chegaram até a deixar mais ou menos intactos os serviços públicos – fato que levou muitos observadores locais e estrangeiros a esperar que o partido mostrasse comedimento e que o novo regime caminhasse rapidamente para a normalização. Mas, após a promulgação das Leis de Nurembergue, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito sequer pelas suas próprias leis. Em vez disso, continuou “a constante caminhada na direção de setores sempre novos”, de modo que, afinal, “o objetivo e a alçada da polícia secreta do Estado”, bem como de todas as outras instituições estatais

²⁹ Retomaremos essa questão na seção 4.1.

ou partidárias criadas pelos nazistas, não podem “de forma alguma definir-se pelas leis e normas que as regiam”. Na prática, esse estado de permanente ilegalidade era expresso pelo fato de que “muitas das normas em vigor já não [eram] do domínio público”. Teoricamente, correspondia ao postulado de Hitler, segundo o qual “Estado total não deve reconhecer qualquer diferença entre a lei e a ética”, porque quando se presume que a lei em vigor é idêntica à ética comum que emana da consciência de todos, então não há mais necessidade de decretos públicos.

Ademais, também por meio dessa passagem de Arendt, pode-se observar ainda a relação de compatibilização existente entre Estado de Direito e estado de exceção, no sentido de que o estado de exceção ocorre, necessariamente, em Estado de Direito.

Logo, não faz sentido falar de estado de exceção sem que o Estado seja um Estado de Direito. Consequentemente, o paradigma com relação ao estado de exceção é tão somente quando se trata de Estado Democrático de Direito, pois nele presume-se que as instituições democráticas são suficientemente fortes para prevalecer em relação a eventual razão de Estado. E é aqui que entra o ponto nevrálgico deste trabalho: mesmo as instituições tidas como fortes não, necessariamente, impedem a ocorrência do estado de exceção.

Diante então do exposto, entende-se o conceito de Estado de Gramsci como o mais apropriado para os fins desse trabalho, já que leva em consideração aquilo que está além da mera detenção do monopólio legítimo da violência enquanto mecanismo coercitivo e definidor do Estado contemporâneo.

2.1.2 Abordagem histórica sobre passagem do Estado de Direito para Estado Democrático de Direito

Na seção anterior, 2.1.1, compreende-se o que é o Estado e chega-se a um entendimento do que é Estado de Direito e que ele não se confunde com o termo Estado Democrático de Direito. O que faz-se agora é buscar compreender, à luz da história, a passagem de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito. Ao se entender à luz da história o surgimento do Estado Democrático de Direito, o que se está entendendo são as “tentativas de enfrentar as arbitrariedades e desigualdades dos modelos pretéritos de Estado e de dominação/legitimação política” (MORAES, 2014, p. 270), vez que o que se concebe hoje como Estado Democrático de Direito é “o resultado de anseios passados, da esperança daqueles que nos precederam” (MORAES, 2014, p. 270).

O ponto de partida nesta seção é o século XVIII e a emergência do liberalismo enquanto doutrina econômica e ideologia social.

No âmbito da doutrina econômica, tem-se os autores que serviram de base ao pensamento econômico ortodoxo, como: Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus, James Mill, John Ramsey McCulloch, Nassau Senior e John Stuart Mill. Dentre esses autores, destacam-se Smith e Ricardo, que são tidos como os pais do pensamento econômico liberal, do auto-ajuste/auto-regulação de mercado e da mão invisível (SILVA; MISAILIDIS, 2016, p. 139). É de se mencionar ainda que a própria ideologia econômica liberal se faz presente, nos dias atuais, com a denominada ideologia neoliberal³⁰.

Todavia, a forma de liberalismo que verdadeiramente nos importa é a jurídica, “cujo foco está na concepção de um Estado que garanta os direitos dos indivíduos contra o uso arbitrário do poder pelos governantes” (MORAES, 2014, p. 271). O modelo de Estado Liberal apregoado pelos defensores da ideologia liberal se caracteriza pela abstenção do Direito em regular economia, muito embora ele fosse os contratos e a propriedade. Em decorrência disso, para eles a única ação estatal legítima é aquela que é absolutamente necessária para preservar a segurança individual dos cidadãos.

A Revolução Francesa é um dos principais acontecimentos históricos em relação a consolidação desse modelo de Estado Liberal.

Com relação à Revolução Francesa, aponta Eric J. Hobsbawm (1996, p. 18) que, ao longo das diversas leituras sobre ela, dois elementos principais foram comumente aceitos: o primeiro com relação à forma geral da passagem (HOBSBAWM, 1996, p. 18) e o segundo que ela própria foi um “episódio de significado profundo e sem paralelo na história de todo o mundo moderno” (HOBSBAWM, 1996, p. 20).

Com relação ao primeiro, menciona o autor que

Quaisquer que sejam as teorias sobre as origens da Revolução, todos concordam que havia uma crise na velha monarquia que, em 1788, levou os Estados-Gerais – a assembleia que representava os três estados do reino, o clero, a nobreza e o resto, o “Terceiro Estado” – a serem convocados pela primeira vez desde 1614. Desde que foram estabelecidos pela primeira vez, os marcos políticos principais continuaram inalterados: a transformação dos Estados-Gerais; ou preferencialmente do Terceiro, na Assembléia Nacional; os atos que visivelmente terminaram o Antigo Regime – A tomada da Bastilha, a prisão real, no dia 14 de julho; a desistência, pela nobreza, de seus direitos feudais em 4 de agosto de 1789; a Declaração dos Direitos; a transformação da Assembléia Nacional que, entre 1789 e 1791, revolucionou a estrutura administrativa e a organização do país (aliás, introduzindo o sistema métrico no mundo) e que esboçou a primeira das quase vinte constituições da França moderna, uma monarquia liberal constitucional. Também não há desacordo sobre os fatos da dupla radicalização da Revolução depois de 1791, que levou, em 1792, à irrupção da guerra entre a França revolucionária e uma coalização variada de potências

³⁰ No trabalho publicado e realizado em coautoria com Misailidis, aborda-se diferentes que contribuíram para a formação da ideologia econômica neoliberal, apontando os seus principais fundamentos. Para maiores informações, confira Silva e Misailidis (2016).

estrangeiras contra-revolucionárias e insurreições internas contra-revolucionárias. Essa situação durou até 1815 quase sem interrupções. Também levou à segunda revolução de agosto de 1792 que aboliu a monarquia e instituiu a República – uma era nova – absolutamente revolucionária, na história da humanidade – simbolizada, com um pequeno atraso, por um novo calendário. (HOBSBAWM, 1996, p. 18-19).

Ademais, não se pode esquecer daquilo que já se aborda quando, da seção 1.1.1, em relação próprio surgimento do termo de estado de exceção, por ocasião da Revolução Francesa, por meio do instituto de estado de sítio promulgado por Napoleão Bonaparte. Com relação a isso, aborda Hobsbawm (1996, p. 19) que:

O período da revolução radical, de 1792 a 1794, e especialmente o da República Jacobina, também conhecido como o “Terror”, de 1793 a 1794, constituem um marco ainda mais reconhecido universalmente; também o é o fim do Terror, o famoso Novo Termidor, que assistiu à prisão e execução de Robespierre – embora sobre nenhum outro período da Revolução Francesa as opiniões tenham divergido tão drasticamente. O Regime de moderado e corrupção que dominou nos cinco anos seguintes não tinha uma base adequada de respaldo político ou a habilidade para restaurar condições de estabilidade – e novamente todos concordam – foi substituído, no famoso Dezoito Brumário de 1799, por uma ditadura militar mal disfarçada, a primeira de muitas na história moderna, resultado do golpe de um jovem general bem-sucedido e ex-radical. A maioria dos historiadores modernos dá por terminada a Revolução Francesa nesse ponto, embora, como veremos, o regime de Napoleão – pelo menos até se declarar imperador em 1804 – foi normalmente considerado como a institucionalização da nova sociedade revolucionária durante a primeira metade do século XIX.

Já com relação ao segundo ponto, após citar diferentes autores que viam a Revolução Francesa como um dos maiores acontecimentos históricos, aborda Hobsbawm (1996, p. 20-21) que:

Portanto, podemos assumir que as pessoas no século XIX – pelo menos as pessoas letradas – consideravam a Revolução Francesa sumamente importante, um acontecimento, ou uma série deles, de tamanho, escala e impacto sem precedentes. Essa consideração não se devia apenas às consequências históricas enormes que pareciam óbvias aos observadores, mas também à natureza espetacular e peculiarmente dramática daquilo que aconteceu na França e, através da França, na Europa e ainda além, nos anos que se sucederam a 1789.

De todo modo, o que nos interessa, para os fins deste trabalho, é com relação a esse segundo aspecto.

O que se tem enquanto Estado Liberal é, em verdade, um Estado Burguês vez que o modelo de Estado implementado pela Revolução Francesa é de ideal burguês.

Os principais ideais que se tornaram os motes da revolução, *liberté, égalité e fraternité*, ou liberdade, igualdade e fraternidade, se manifestam na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

O primeiro deles, liberdade, se faz presente no art. 4º:

Art. 4.º - A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei. (FRANÇA, 2017).

Observa-se pela redação que a liberdade não significa em fazer tudo e qualquer coisa, mas ela é condicionada a convivência harmônica em sociedade, sendo que os indivíduos estão todos em mesmo plano, sendo a lei o instrumento que impõe os limites daquilo que pode ou não ser feito. Ao se colocar a lei como instrumento, denota-se o sentido de que ela só se aplica por ser absolutamente necessária a imposição de limites, pois, do contrário, a liberdade, conferida de modo desregrado, não permitiria um convívio harmônico em sociedade: cada um tentar-se-ia impor sobre os demais.

Já o segundo, igualdade, embora não exposto explicitamente, pode ser subentendido a partir do disposto no art. 6º:

Art. 6.º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (FRANÇA, 2017)

Vê-se aqui uma igualdade formal no que tange a aplicação da lei, sem distinção entre as classes sociais. Tal assertiva possui fundamento histórico já que o clero e a nobreza possuíam tratamento totalmente diferenciado em relação ao resto do povo.

Por fim, a fraternidade pode ser subentendida, a partir do disposto no primeiro artigo, que dispõe que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum” (FRANÇA, 2017). Como os homens são livres e iguais em direito, entende-se que, para a vida em sociedade, não existe distinção hierárquica entre eles.

Os três institutos vão de pleno encontro aos ideais burgueses, porque implicam na ideia da livre iniciativa e da atuação de um Estado mínimo que tão somente busca manter a ordem social. Não se trata mais do poder soberano exercendo de maneira absoluta suas amarras sobre a sociedade. O viés de emancipação humana atua como uma ideologia que favorece a burguesia, que agora está livre para exercer a atividade econômica sem depender da boa vontade do soberano: tudo aquilo que pode ou não é conferido pela lei, e isso dá segurança aos negócios.

Ademais, a própria Declaração também reflete o seu espírito burguês quando ressalta a importância da propriedade privada: “Art. 17.º - Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” (FRANÇA, 2017).

A partir da Revolução, o que se pretendia, era que o poder soberano não fosse mais exercido de forma desregrada. A lei e, conseqüentemente, o Direito passam ser instrumentos que devem atuar em prol da sociedade; e não apenas para a sociedade. Ressalta-se ainda a importância da lei, conforme a disposição do art. 5º, que diz “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.” (FRANÇA, 2017). Além desse dispositivo, outros direitos e princípios fundamentais passam a ser reconhecidos, como o princípio legalidade penal (art. 8º), presunção de inocência (art. 9º), liberdade de manifestação de pensamento (arts. 10 e 11), e atuação da máquina estatal em prol de todos da sociedade (arts. 12 e 13). Ademais, os próprios cidadãos passam a atuar enquanto os agentes fiscalizadores do poder estatal (arts. 12, 13, 14 e 15), ou seja, aqueles que dirigem o Estado são apenas agentes condutores que estão sob a égide da prevalência do interesse coletivo sob o particular, o qual está fragmentado; e não concentrado nas mãos de um soberano (art. 16).

Diante do exposto, tem-se, nesse momento histórico, uma etapa de transição de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito. É um Estado dotado de regras e normas com um suposto ordenamento jurídico, mas um Estado que passa ser unicamente regulado pela lei e, mais ainda, fiscalizado pelo povo. Não é mais o Soberano que passa a fazer a lei e está acima dela, mas os próprios cidadãos, que atuam dentro do âmbito do limite poder estatal por meio da tripartição orgânica dos poderes, e que eles mesmos estão sujeitos à própria lei. Pode-se, então, deduzir que o que está em jogo é uma transformação na ordem do *status quo*.

Com o avançar da história, aquilo que se compreende como Estado Democrático de Direito passou por inúmeras transformações e os próprios ideais que as sociedades entendiam como fundamentais também passaram por reformulações. De um modelo de Estado Liberal, especialmente, após as duas grandes guerras (para se valer da terminologia empregada por Hobsbawm), passou a ser cada vez mais incorporada uma acepção social. É nesse sentido que autores que se valham da acepção da teoria das dimensões de direitos humanos se referem a esses direitos em prol de uma sociedade universal como direitos da fraternidade, a exemplo de Bobbio.

Por conta disso, hoje aquilo que se entende como conceito de Estado Democrático de Direito é muito mais amplo do que quando de seu surgimento em âmbito histórico. O que a sociedade entende como sendo direito e princípio fundamental da Constituição de um Estado é mutável e influenciado pelos acontecimentos de seu tempo. Toma-se como exemplo a popularmente conhecida Segunda Guerra Mundial, nota-se que ela também atuou como grande marco histórico em termos de conquistas no âmbito de direitos humanos em razão da elaboração de diversos tratados e convenções internacionais³¹.

2.1.3 A tripartição orgânica dos poderes

O termo tripartição orgânica dos poderes é atribuído a Montesquieu por ocasião de sua obra “O Espírito das Leis”, mais especificamente por ocasião do livro décimo primeiro³² denominado “A liberdade política – sua relação com a Constituição”.

De modo similar ao que realizamos quando da abordagem de razão de Estado em Maquiavel (vide seção 1.1.2), sendo que foca-se, especificamente, sobre o termo dentro da concepção do autor, assim também segue-se com relação a tripartição orgânica dos poderes e Montesquieu.

Para Montesquieu, Estado se confunde com sociedade em que há leis, e são essas leis que conferem liberdade ao povo, sendo que a liberdade se consiste em poder fazer o que se deve querer e não ser obrigado a fazer o que não se deve querer (MONTEQUIEU, 1994, p. 163). E, assim sendo, é necessário que haja mecanismos, para que possa frear o poder com vistas a coibir abusos (MONTEQUIEU, 1994, p. 163). Nesse sentido, dentre as leis, uma é de especial destaque, a constituição, pois é dela que decorre aquilo que é ou não legal. Sobre a Constituição, menciona Montesquieu: “Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue, e a não fazer as coisas que a lei permita”³³ (MONTEQUIEU, 1994, p. 163).

³¹ Para maiores informações confira Silva e Martins (2016). Nesse trabalho escrevemos em seção exclusiva sobre os tratados e convenções internacionais que se seguiram em decorrência dos acontecimentos sórdidos da Segunda Guerra Mundial.

³² Conforme nota 336 do tradutor responsável pela edição da obra referenciada, Pedro Vieira Mota (à época desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo), há uma pertinente circunstância histórica a respeito do livro décimo primeiro: não foi escrito originariamente com o resto da obra (os outros dez livros), mas concomitantemente à obra “As causas da grandeza dos romanos e de sua decadência” de 1734, e, por conta disso, existem diferenças de estrutura e estilo em relação as demais (MONTESQUIEU, 1994, p. 161).

³³ A assertiva de Montesquieu reflete um dos principais princípios do Direito - “Princípio da Legalidade” –que até hoje se faz presente em nosso ordenamento jurídico, ainda que com outros termos. Nesse sentido, conforme dispõe artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em seguida, continua o autor que o objetivo de todos os Estado é manter-se, e por conta desse ímpeto de querer se manter³⁴, independentemente de se tratar da autoridade, de um órgão que exerça o poder ou até mesmo povo, pode vir a cometer os abusos (MONTEQUIEU, 1994, p. 163). A forma encontrada para evitar que não ocorram abusos, para o autor, é por meio da tripartição orgânica de poderes.

A lógica, então, parece simples: se antes o poder soberano abusava dos poderes que detinha, pois nele todo o poder estava concentrado, a partir do momento em que o poder se encontra dividido, é estabelecido um sistema de freio e contrapeso, no qual os excessos de um dos poderes é contrabalanceado por um dos outros.

Montesquieu exemplifica essa questão da seguinte forma: “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (MONTEQUIEU, 1994, p. 165) e do mesmo modo também não haverá liberdade “se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, poderia ter a força de um opressor” (MONTEQUIEU, 1994, p. 165) e, portanto, “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTEQUIEU, 1994, p. 165).

Ironicamente, tal situação de invasão das esferas de atribuições dos poderes não é algo raro, vide o denominado ativismo judicial³⁵. Por exemplo, valendo-se de técnicas de hermenêutica constitucional³⁶, o Supremo Tribunal Federal muda o entendimento a respeito de determinada norma da Constituição. É o caso, por exemplo, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ. Nessa ADPF em questão, mesmo ela se tratando de algo positivo, vez que a partir dela o entendimento de família da norma constitucional passa a compreender também o de família homoafetiva, o que é uma conquista significativa em termos de direitos humanos, não deixa de se constituir enquanto invasão de atribuição.

Oportuno observar a fala proferida pelo ministro Gilmar Mendes quando das discussões que ocorreram durante o seu voto (fl. 122-123):

³⁴ Identifica-se aqui a preponderância da razão de Estado. Veja também seção 1.1.2.

³⁵ Sobre a questão do ativismo judicial, veja também a seção 2.2.2, na qual aprofunda-se nessa temática.

³⁶ Técnicas para interpretação da Constituição.

Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel, ainda que provisoriamente, pode ser que o legislador venha a atuar, mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem de ser realmente relativizada diante de prestações que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção; tem de haver aí uma resposta de caráter positivo. E se o sistema, de alguma forma, falha na composição desta resposta e se o Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir ao próprio sistema político, óbvio que a resposta só poderá ser esta de caráter positivo. Na verdade, essa própria afirmação já envolve um certo engodo metodológico. Eu [sic] dizia que até a fórmula puramente cassatória, quando se cassa uma norma por afirmá-la inconstitucional – na linha tradicional de Kelsen –, essa própria fórmula já envolve também uma legislação positiva no sentido de se manter um *status quo* contrário à posição que estava a ser... [...] que é uma consequência desse processo. Portanto, isso é algo importante que se diga.

Nas sustentações de ontem, agitou-se o tema da questão do reconhecimento do direito da minoria. Tenho voto escrito sobre isso, já destaquei em outro momento inclusive como um *ethos* fundamental, básico, da jurisdição constitucional. E, no caso específico, é notório que o que se pede é um modelo mínimo de proteção institucional como instrumento para evitar uma caracterização continuada de discriminação, de discriminação.

Evidentemente essa proteção poderia ser feita – ou talvez devesse ser feita – primariamente pelo Congresso Nacional, mas também se destacou da tribuna as dificuldades que ocorrem nesse processo decisório, em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema. E aí a dificuldade do modelo representativo, muitas vezes, de atuar, de operar.

(BRASIL, 2011, p. 122-123, grifo nosso)

Com especial destaque às partes destacadas, observa-se o posicionamento do ministro de ser favorável à transpassar a esfera de atribuições, reconhecendo que a atribuição primária seria do Legislativo. Porém, considerando as dificuldades que impedem a o Legislativo de cumprir o que o que lhe deveria ser sua função, reconhece que caberia ao Judiciário atuar em seu lugar, desde que, ao assim prosseguir, o resultado final seja positivo (como de fato foi no caso em questão). Esse tipo de entendimento não deixa de ser particularmente perigoso, pois é a típica lógica dos fins justificarem os meios.

No caso da ADPF 132/RJ, a atuação foi positiva: é uma afirmação de direitos humanos para minorias. Mas, e se não fosse esse o caso? A ineficiência de um determinado órgão justificaria a usurpação da competência pelo outro? A necessidade é o único fundamento possível? Essas questões provocativas, ainda que não almeje respondê-las neste trabalho, ao menos, espera-se fornecer uma luz a seu respeito. O que o ministro fez, em seu discurso, foi o reconhecimento das premissas do estado de exceção, porém, um estado de exceção com finalidade positiva em prol de direitos humanos. Contudo, busca-se agora retomar o entendimento da tripartição orgânica dos poderes de Montesquieu, de modo a melhor embasar essa questão.

O “Poder de Julgar”, conforme Montesquieu, não deve ser entregue a um corpo permanente³⁷, sendo exercido por pessoas que vieram do Povo, seguindo forma prevista em lei e com prazo de duração determinado tão somente pela necessidade que deu causa ao ato (MONTESQUIEU, 1994, p. 167). Assim, deste modo, “o Poder de Julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a um certo estado, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo”³⁸ (MONTESQUIEU, 1994, p. 167). Ao não se constituir enquanto corpo fixo e ao possuir prazo determinado, o que deverá prevalecer, de forma permanente, é tão somente a lei; e não a opinião particular daqueles que a exercem (MONTESQUIEU, 1994, p. 168).

Com relação ao Legislativo, a concepção de Montesquieu é que o melhor é deixar a cargo de representantes próprios de localidades tidas como importantes, o que confere, por sua vez, maior adequação aos problemas próprios daquela região (MONTESQUIEU, 1994, p. 169). Nota-se aqui que a ideia de Legislativo, para o autor, é mais parecida com a de um modelo federalista. A ideia é que o Legislativo de cada região seja especializado aos problemas dela. O povo, por sua vez, possui a obrigação de tão somente votar para escolher o seu representante, conferindo-lhe a autonomia necessário para o exercício de sua atividade, devendo fazê-lo, incondicionalmente, salvo razão de saúde, e este deveria corresponder aos anseios daqueles que do distrito que o elegeu (MONTESQUIEU, 1994, p. 171).

Além disso, oportuno observar que, apesar dessa sua ótica a respeito do Legislativo, Montesquieu concebia também a presença de um corpo permanente no Legislativo composto pela classe de nobres, que deveria ser hereditária, mas possuindo, tão somente, o poder de impedir; e não o de estatuir, o que contrabalançaria as decisões daqueles que vieram do povo (MONTESQUIEU, 1994, p. 171-172). Nesse caso, o povo continuaria tendo papel relevante, mas, como os interesses das classes nobres tendem a ser diferentes, ao se constituir essa segunda esfera legislativa uma contrabalancearia as decisões da outra.

Denota ainda Montesquieu a importância do Corpo Legislativo estar continuamente renovado, com base na disposição em lei (MONTESQUIEU, 1994, p. 173-174). Dessa forma, caso o corpo fosse corrompido, o povo poderia depositar no corpo seguinte as suas esperanças, mas, sendo sempre o mesmo corpo e estando ele corrompido, não esperaria nada de suas leis, ficando furioso ou caindo em marasmo (MONTESQUIEU, 1994, p. 174).

³⁷ Em sua obra, o termo empregado é Senado, mas optamos por colocar a expressão corpo permanente por entender que ela imprime melhor o sentido desejado, nos tempos atuais (Cf. MONTESQUIEU, 1994, p. 167).

³⁸ Tal situação é totalmente distinta da realidade brasileira, que se afastou da concepção de Judiciário de Montesquieu, sendo o poder de julgar pelas pessoas do povo é restrito ao tribunal do júri aos casos que envolvam crimes dolosos contra a vida (Art. 5, XXXVIII, d, Constituição Federal de 1988).

Por fim, com relação ao Poder Legislativo, observa Montesquieu que ele deve possuir capacidade fiscalizatória de examinar como o executivo executa as leis que ele fez, mas não de parar o executivo em si (MONTESQUIEU, 1994, p. 174). Via de regra, o legislativo não deveria atuar como Tribunal, mas tão somente enquanto agente fiscalizador.

No entanto, a atuação do corpo legislativo enquanto Tribunal, ou seja, de ser dotado da capacidade para exercer o Poder de Julgar, estaria restrita há três situações: julgamento de nobres pela própria classe de nobres, moderar casos em que a lei seja rigorosa demais, e punir cidadãos em casos em que o Poder Judiciário (que, na concepção de Montesquieu, é exercido pelas próprias pessoas do povo), não possam ou não queiram punir (MONTESQUIEU, 1994, p. 176). Nesse último, a intenção é fazer valer a lei a todo custo, não sendo a omissão do Judiciário um fator de impedimento ao exercício da lei.

Tendo em vista que a atuação enquanto Tribunal é exceção e não regra, aponta Montesquieu que, sendo o acusado do Povo, a esfera do povo que iria acusá-lo perante a esfera dos nobres, já que, em tese, os nobres possuem interesse diverso daqueles do povo, o que proporcionaria maior imparcialidade (MONTESQUIEU, 1994, p. 177).

Por fim, o Poder Executivo, para Montesquieu, deve tão somente executar as leis elaboradas pelo Legislativo (MONTESQUIEU, 1994, p. 173). O poder de intervenção do Executivo sobre o Legislativo deveria estar restrito ao poder de impedir (MONTESQUIEU, 1994, p. 174), mas não ao de estatuir, atuando como espécie de freio. Fosse o Poder Executivo dotado do poder de estatuir, estaria intervindo diretamente em prerrogativa do Legislativo e, conseqüentemente, restringindo a liberdade.

Diante do exposto, pode-se afirmar que, mesmos nos dias de hoje, o modelo de tripartição orgânica dos poderes se faz presente na maioria dos Estados. Todavia, a concepção do autor em seu modelo mais puro não parece ter sido plenamente adotada, sofrendo alterações, ao longo do tempo. Os valores de democracia contemporâneos são no sentido de ampliar cada vez mais a participação popular, não havendo, tão pouco, distinções pautadas em níveis de renda.

Nos parece, então, que o mérito do autor é mais no sentido de entender a divisão dos poderes como mecanismo de barrar a concentração dos poderes nas mãos de um soberano do que, necessariamente, atuar enquanto a melhor forma possível de organização estatal em prol do povo.

Todavia, é de se ter em mente que o autor já previa institutos que são debatidos, na sociedade contemporânea, como a questão da renovação do Poder Judiciário. No caso do Brasil, a mais recente constituição outorgava um mandato de quatro anos sem possibilidade de

reeleição, o que foi revisto na década de 90 e permitiu a reeleição do presidente Fernando Henrique Cardoso.

Portanto, podemos afirmar, pós-análise do modelo originário de tripartição orgânica dos poderes de Montesquieu, que o mesmo se constitui enquanto um valioso instrumento para coibir abusos do poder soberano. Há, na contemporaneidade, momentos de invasão desse sistema e, sendo ele outorgado pela constituição, deveria ao máximo se respeitado. Ao Legislativo compete legislar e fiscalizar o Executivo. Ao Judiciário, julgar. E, ao Executivo, executar as leis elaboradas pelo Legislativo. Quando um realiza a prerrogativa de outro, ainda que os resultados sejam positivos, conflagra-se uma espécie de crise de legitimidade entre os poderes, o que pode levar a uma experiência de estado de exceção vez que outro órgão que não o originariamente competente estaria usurpando prerrogativas alheias.

2.1.4 Breves considerações sobre o respeito ao ordenamento jurídico

Observou-se, nas últimas seções, o que é o Estado, o papel do Direito, o que é um Estado Democrático de Direito, e a fragmentação do poder soberano por meio do modelo da tripartição orgânica dos poderes. Todavia, ainda falta compreender como é a estrutura do ordenamento jurídico. Nesse sentido, busca-se apresentar como é a estrutura básica do ordenamento jurídico em países que seguem o modelo do denominado positivismo jurídico. O intuito não é de esgotar o tema, mas tão somente fornecer bases para a compreensão dos impactos que o eventual desrespeito ao ordenamento pode ocasionar.

Tendo isso em vista, nas seções 2.1.1 e 2.1.2, apenas para fins recordatórios, retratou-se que o Direito atua como um mecanismo de garantir a ordem social.

Essa concepção se aplica tanto aos Estados que adotam um modelo de direito consuetudinário, pautado nos costumes, que seguem um viés pautado em direitos naturais, como para os Estados que adotam o denominado positivismo jurídico, o qual tem como fonte primordial do direito a lei.

Sobre o positivismo jurídico, afirma Norberto Bobbio (1995, p. 142, grifos no original):

O positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da *validade*, considerando portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindido do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da *eficácia*.

Por outras palavras, a preocupação do positivismo jurídico, não é se a lei é eficaz, isto é, produz efeitos no mundo real. Mas tão somente se ela é válida. E o que é necessário para que ela seja válida?

Idealmente, essa lei vai passar, ou, ao menos deveria, para ser válida, por um processo legislativo, inspirado no processo de tripartição orgânica dos poderes, isto é, elaborado pelo Legislativo. Nesse sentido, a legitimidade da lei decorreria do fato de que o Legislativo é composto idealmente por membros escolhidos através e do povo; e não simplesmente por se tratar da mera vontade de um Soberano.

É aqui, neste momento, que se compreende a importância da distinção do poder de impedir do poder de estatuir da concepção de Montesquieu. No ideal democrático, se é o Executivo que legisla indiscriminadamente por meio de decretos, o que ele faz é usurpar a competência do Legislativo.

É de se entender que, por vezes, há omissão por parte do Poder Legislativo, o que é indesejado, e nisso os outros poderes podem se aproveitar para atuar em seu lugar, ainda que com o discurso disso ser o melhor para a sociedade. Embora o exemplo citado tenha como alvo o Legislativo e sua relação com o Judiciário, nada impede que o executivo também atue no processo de elaboração de leis, porém estas para serem legítimas e válidas, conforme o ideal do positivismo jurídico, sem adentrar em questões éticas, deveriam ser por meio de situações igualmente previstas em lei.

Dentre os autores que seguem o viés do positivismo jurídico, Hans Kelsen se tornou uma das principais referências por meio de sua obra Teoria Geral do Direito e do Estado. Nessa obra, Kelsen busca desprover a norma de qualquer senso moral ou político. Sobre isso, menciona expressamente o autor:

A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas, de acordo com a qual elas recebem e perdem sua validade (KELSEN, 1998, p. 166).

Não é mais o conteúdo da norma que interessa, mas tão somente a sua aplicação. Por outras palavras, é uma teoria em consonância com o positivismo jurídico. Se a norma está válida de acordo com os critérios formais, então, é legítima. Ou seja, não é o conteúdo normativo que interessa, mas tão somente o aspecto formal.

A premissa básica disso é a estruturação do ordenamento jurídico como um conjunto de relações de Dever-Ser (“Se A deve ser B”). “No plano do dever-ser jurídico, existe apenas a passagem de uma norma a outra, de acordo com uma escala hierárquica em cujo topo se encontra a autoridade suprema que elabora as normas – um conceito-limite do qual a jurisprudência parte como dado” (PACHUKANIS, 2017, p. 70). Essas relações de Dever-Ser são situações que partem de um plano ideal, cujos efeitos irão ocorrer no mundo real.

No topo dessa hierarquia, segundo Kelsen, está a denominada norma fundamental, que é a base para todas as demais. Em última análise, sempre há uma norma tida como fundamental que dela derroga-se todas as outras, pois ela é mais velha. Nesse sentido, a Constituição do Estado, especialmente as dos países de matriz de direito positivo, é de suma importância por estar no topo do nível hierárquico, sendo a mais velha das normas, e dela decorrendo a tripartição orgânica dos poderes e o processo de criação das leis, que é o que irá gerar novas normas. No caso de novas constituições, a constituição sucessora irá impor os mecanismos para definição se a norma que era vigente até então irá ou não se manter dentro do ordenamento jurídico. E, se voltar no tempo, encontra-se uma Constituição que terá sido a base de todo o ordenamento que veio posteriormente. É, por conta disso, que se pode afirmar que a Constituição é a norma fundamental por excelência, sendo aquilo que está no topo do ordenamento jurídico. Sobre isso, menciona o autor:

Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira constituição é a pressuposição da última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas dessa ordem jurídica. É postulado que devemos nos conduzir como o indivíduo ou os indivíduos que estabeleceram a primeira constituição prescreveram. Esta é a norma fundamental da ordem jurídica em consideração. O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida. É apenas sob tal pressuposição que as declarações daqueles a quem a constituição confere poder criador de leis são normas de caráter obrigatório. É esta pressuposição que nos possibilita distinguir entre indivíduos que são autoridades jurídicas e outros que não consideramos como tais, entre atos de seres humanos que criam normas jurídicas e atos que não têm tal efeito. Todos esses atos pertencem a uma mesma ordem jurídica porque a origem de sua validade pode ser remontada – direta ou indiretamente – à primeira constituição. Pressupõe-se que a primeira seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica. (KELSEN, 1998, p. 168-169).

Apesar de ser uma importante contribuição para o desenvolvimento do positivismo jurídico, é uma teoria que traz em si elementos de preocupação, especialmente, por desconsiderar o mundo real. Sobre isso, pode-se citar a crítica geral de Evguiéni B. Pachukanis

a respeito da Teoria Geral de Kelsen, mas aplicável também às outras teorias que possuem esse mesmo viés de prezar a forma em detrimento do conteúdo:

Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir à teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. Por isso, podemos dizer, usando uma expressão vulgar, que ‘desse mato não sai coelho’ (PACHUKANIS, 2017, p. 71).

Apesar das críticas a Kelsen, especialmente, pelo caráter de abstração de valores, é inegável a sua contribuição ao desenvolvimento da teoria do positivismo jurídico.

Para os fins dessa seção, o que se interessa é o aspecto mais básico do positivismo jurídico: o da norma ser válida dentro do ordenamento jurídico. Disso denota-se que toda norma precisa atender aos critérios de formalidade, não sendo meros pressupostos para a vida dos cidadãos. Mesmo o direito à vida, algo que parece tão básico e inerente ao ser humano, na pura racionalidade positivista, é algo que só é admitido caso se encontre em critérios de formalidade. E nisso a gente entende o porquê de mesmo os direitos tidos como fundamentais terem que se adequar a esse critério, que é o que será averiguado, em maior profundidade, nas próximas seções.

De todo modo, diante dessa abordagem, pode-se compreender o porquê da preocupação dos franceses em buscar promulgar uma Constituição cujo foco seja inerentemente a pessoa humana e, com isso, validar direitos que teriam o aspecto de direitos naturais. Mais ainda, pode-se entender o porquê de ser da própria Constituição, e o motivo de se fazer necessário possuir normas rígidas no que tange a preservação de direitos ditos como fundamentais.

Por fim, não se pode perder de vista as implicações lógicas que uma não normatização dentro do âmbito jurídico sobre estado de exceção acarretaria: se está dentro é legal e, consequentemente, legítimo e, do contrário, ilegal e, portanto, ilegítimo. No entanto, não todos os países de ordenamento jurídico de direito positivo que optaram por regulamentar o Estado de Exceção. Sobre essa questão, menciona Agamben (2004, p. 22):

Um exame da situação do estado de exceção nas tradições jurídicas dos Estados ocidentais mostra uma divisão – clara quanto ao princípio, mas de fato muito mais nebulosa – entre ordenamentos que regulamentam o estado de exceção no texto da constituição ou por meio de uma lei, e ordenamentos que preferem não regulamentar explicitamente o problema. Ao primeiro grupo pertencem a França (onde nasceu o

estado de exceção moderno, na época da Revolução) e a Alemanha; ao segundo, a Itália, a Suíça, a Inglaterra e os Estados Unidos.

Além disso, também não existe consenso em âmbito doutrinário sobre a positivação em lei do referido instituto. Conforme explica Agamben (2004, p. 22-23):

A doutrina se divide, respectivamente, entre autores que defendem a oportunidade de uma previsão constitucional ou legislativa do estado de exceção e outros, dentre os quais se destaca Carl Schmitt, que criticam sem restrição a pretensão de regular por lei o que, por definição, não pode ser normatizado. Ainda que, no plano da constituição formal, a distinção seja indiscutivelmente importante (visto que pressupõe que, no segundo caso, os atos do governo, realizados fora da lei ou em oposição a ela, podem ser teoricamente considerados ilegais e devem, portanto, ser corrigidos por um *bill of indemnity*³⁹ especial); naquele da constituição material, algo como um estado de exceção existe em todos os mencionados; e a história do instituto, ao menos a partir da Primeira Guerra Mundial, mostra que seu desenvolvimento é independentemente de sua formalização constitucional ou legislativa. (AGAMBEN, 2004, p. 22-23).

A positivação do instituto do estado de exceção, em regra, não é obrigatória, e cada Estado possui liberdade para fazê-la, ou não, conforme julgar adequado. No Brasil, conforme visto na seção 1.2.1 do Capítulo 1, que, na dúvida, os constituintes optaram pela positivação, algo reiterado ao longo da história das constituições brasileiras. Na seção 3.2, nota-se mecanismos que podem ser utilizados para se conflagar o estado de exceção fictício⁴⁰, isto é, o estado de exceção ocasionado pelo fato; e não pela lei.

Dando, então, este tópico por encerrado, parte-se agora para abordagem a respeito dos direitos fundamentais.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na presente seção, busca-se compreender qual o papel dos direitos na condição de limitadores do poder estatal e a sua importância na contemporaneidade.

³⁹ *Bill of indemnity* (declaração de indenização), segundo o dicionário jurídico (Cf. BLACK; *et al*, 1990, p. 168), era originariamente um instituto do direito inglês que consistia em um ato parlamentar aprovado em todas as sessões desde 1869, mas descontinuado em 1868 por ocasião da aprovação do *Promissory Oaths Act* (Ato de Juramentos Provisórios) de 1868, que era destinado a aliviar os efeitos de condenação dos agentes públicos que involuntariamente ou inevitavelmente negligenciaram fazer os juramentos formais e legais exigidos para qualificá-los para se manterem em seus postos. Em seu sentido moderno, passou a ser utilizado para se referir a uma lei na qual o agente público (*public official*) está protegido da responsabilidade por sua atuação em atos oficiais, incluindo sua falha em fazer seu juramento oficial (Cf. BLACK; *et al*, 1990, p. 168). No entanto, conforme o sentido empregado por Agamben, observa-se que o termo foi utilizado em sentido comum, como sendo tão somente uma declaração de indenização; isso é, um instrumento que reconhece a responsabilidade pelos atos realizados e aborda quais as providências que serão tomadas.

⁴⁰ Ver também seção 1.3.

O que se pretende, na totalidade dessa seção 2.2, é introduzir, especialmente, a quem é de fora da área do direito enquanto área do saber, questões que são importantes sobre os direitos fundamentais, esclarecendo o porquê de sua importância no mundo jurídico e na sociedade contemporânea.

De modo a se atender a esse objetivo, essa seção está subdividida em duas partes principais.

Na primeira delas (seção 2.2.1), realiza-se breves considerações iniciais importantes no estudo dos direitos fundamentais. A fim de permitir um maior aprofundamento em determinadas questões, opta-se por separar determinados temas, os quais envolvem a classificação dos direitos fundamentais (seção 2.2.1.1) e a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais (seção 2.2.1.2).

Por fim, na seção seguinte (seção 2.2.2), aborda-se um aspecto específico sobre os direitos fundamentais, que é a sua capacidade de atuação enquanto limites ao exercício pleno da razão de Estado, visando, com isso, compreender a colisão de interesses que faz com que os direitos fundamentais passem pelo crivo da experiência de exceção.

2.2.1 Breves considerações sobre direitos fundamentais

Direitos Fundamentais são um rol de direitos que não são fundamentais apenas pelo caráter de sua essencialidade. Muito embora essa essencialidade justifique per si a importância dos mesmos. Contudo, na doutrina jurídica brasileira, eles passaram a ser usados para se referir a um rol específicos de direitos que se encontram positivados no âmbito da Constituição.

É de se mencionar que desde a Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, todas as demais Constituições dispunham de um rol de direitos fundamentais, ainda que a nomenclatura empregada não seja essa em específico, como exemplo, o artigo 179 da Constituição de 1824, que tratava desse rol de direitos, o qual se reproduz na íntegra, com a redação original:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer pôde conservar-se, ou sahir do Imperio, como Ihe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórmula por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguem será exempto de contribuir pera as despezas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Comissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fórma das Leis.

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdede individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

(BRASIL, 1824)

É possível identificar, mesmo na Constituição de 1824, diversos direitos e garantias que também se fazem presentes na Constituição de 1988, a exemplo do princípio da legalidade, liberdade de expressão, liberdade de crença, restrição à prisão, inviolabilidade do lar, inviolabilidade de correspondência, direito à educação, direito à saúde, etc, apenas para mencionar alguns dos mais conhecidos. Por fim, é interessante observar que, na Constituição de 1824, muito embora não esteja mencionando expressamente estado de defesa, de guerra, de sítio, ou qualquer outro termo análogo nos moldes do que abordamos na seção 1.1.1, o instituto se faz presente de forma simbolicamente curiosa: é a exceção legal diretamente inserida no mesmo artigo que versa sobre os direitos e garantias fundamentais (vide inciso XXXV). Independentemente dos motivos que levaram a sua inserção em tal posicionamento, somente o fato de estar ali presente, aos olhos dos dias de hoje, não deixa de ser uma tarefa reflexiva passiva para discussão.

Com relação à atual Constituição, da qual se vale do uso da expressão direitos fundamentais, explica Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 79-80, grifo nosso) que:

A regra do art. 5º, § 2º da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891, com alguma variação mais no que diz com expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratio* e seu *telos*. Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA de 1791, e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]), a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), assim como nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais próximas de nós.

Ademais do aspecto de origem histórica e de direito comparado do fragmento ora abordado, o que nos é de especial interesse é a questão da fundamentalidade, a qual denota o sentido de importante, essencial, dentre outros. E por que seriam tais direitos importantes? No viés de dar uma luz à essa questão, menciona Sarlet (2015, p. 75) que a noção de direitos fundamentais está relacionada com a dignidade e proteção de direitos nos sentidos formal e material.

Com relação a fundamentalidade, no sentido formal, explica Sarlet (2015, p. 75-76, grifo nosso) que:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto, (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, o que será objeto de estudo na parte final deste obra; c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF)

Em suma, a partir do conteúdo destacado, nota-se, então, que a questão da formalidade se deve pela natureza da positivação dentro do ordenamento jurídico. Sendo a Constituição o ápice de todo esse ordenamento, estão esses direitos acima de todos os demais, fazendo-se

presentes na norma fundamental que dá ensejo a todo o ordenamento jurídico⁴¹. Mais ainda, são cláusulas pétreas e, conseqüentemente, não podem ser reduzidos, mas podem ser ampliados. E, por fim, são diretamente aplicáveis e vinculam tanto as entidades públicas como privadas, ou seja, o próprio Estado tem que se submeter à prestação deles como os próprios indivíduos particulares não podem se esquivar de sua aplicação.

Já com relação a fundamentalidade material, continua Sarlet (2015, p. 76):

Decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constante de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime da fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.

Mais ainda, aduz o autor que:

importa considerar, ainda com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. (SARLET, 2015, p. 76).

Diante do exposto, pode-se entender, então, que a fundamentalidade material está intimamente relacionada com a estrutura básica do Estado e da sociedade, de modo que, tendo em vista esse aspecto, pode-se considerar como direitos fundamentais não apenas àqueles expressamente previstos na Constituição (embora com relação a esses não haja controvérsias com relação a sua hierarquia em âmbito jurídico, o que não significa que não haja problemas de colisão de direitos fundamentais constitucionalmente previstos), o que abre a possibilidade por interpretação, tendo em vista o critério de conter decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade.

Ainda observa Sarlet (2015, p. 77-78), que:

um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídica na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição

⁴¹ Vide seção 2.1.4.

da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pela Constituinte às normas de direitos fundamentais.

Ou seja, diante de toda exposição ora realizada, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são fundamentais não apenas pelo bem jurídico que se está buscando tutelar em si, mas pelo fato do Constituinte considerar aquilo como relevante, bem como assegurar previsão normativa em âmbito constitucional e, no âmbito da Constituição, assegurar tratamento diferenciado que reflita esse caráter de fundamentalidade. Por conta disso, o que um Estado entende como sendo direito fundamental pode não o ser para outro, ou ainda ambos podem entender tais direitos como fundamentais, mas um deles assegura aquele direito de forma totalmente distinta do outro.

Antes de avançar, todavia, faz-se um breve exercício reflexivo que se mostrará de especial importância para a compreensão do que está em jogo quando se estuda estado de exceção, bem como permitir esclarecer o porquê de determinadas escolhas terminológicas empregadas nesse trabalho. Para isso, deve-se tentar responder as seguintes perguntas: quais são os tipos de direitos fundamentais previstos no âmbito da Constituição de 1988? Direitos humanos são direitos fundamentais?

2.2.1.1 sobre a classificação dos direitos fundamentais

Com relação à primeira questão, a divisão de tipos de direitos fundamentais adotada pelo Constituinte é aquela disposta, no título II da Constituição, que é composta pelos direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), direitos sociais (capítulo II), direitos de nacionalidade (capítulo III), direitos políticos (capítulos IV) e partidos políticos (capítulo V).

Observa Silva (2015, p. 184) que “a classificação que decorre de nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objetivo de tutela”.

Oportuno lembrar que não é o fato de estar inserido, diretamente, no título II, que torna determinado direito fundamental por força, em especial, do parágrafo segundo do artigo 5º. E, assim sendo, na própria Constituição, pode-se encontrar direitos que se enquadrariam em alguma das classificações adotadas pelo título II, mas que o legislador preferiu dedicar tópico separado, a exemplo do artigo 193. Além disso, os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil após a Emenda Constitucional 45/2004, passam a fazer parte no ordenamento jurídico, tendo força de norma Constitucional.

Porém, tudo isso são classificações e não devem, per si, se tornar obstáculos à compreensão de tais direitos, mas sim facilitar a sua compreensão. Nesse sentido, Silva (2015, p. 186), diferente do Constituinte, prefere classificar os direitos fundamentais em direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225). Veja que, por essa outra forma de classificação, o autor preferiu separar os direitos individuais dos coletivos, agrupar direitos políticos e dos partidos políticos, em um mesmo grupo, e criar uma outra classificação, na forma de direitos solidários. Portanto, não há uma única resposta correta quanto à classificação, mas tão somente maneiras de se compreender determinado conteúdo.

Diante disso, no presente trabalho, caso se refira a direitos fundamentais, deve-se orientar, primeiramente, pelos critérios de formalidade e materialidade, os quais aborda-se, no início dessa seção, para, com isso, definir se tal ou direito é ou não fundamental. Em segundo momento, optar-se-á por uma compreensão de classificação expandida, a exemplo da adotada por Silva (Cf. 2015, p. 186).

2.2.1.2 distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais

A segunda questão tem como propósito distinguir direitos humanos de direitos fundamentais.

Aponta Sarlet (2015, p. 29) que tal distinção decorre do fato de parte da doutrina jurídica entender e, nisso, ele cita como exemplos Canotilho e Cabral Pinto, que direitos fundamentais compreendem os direitos do ser humano reconhecidos e positivados em âmbito do direito constitucional positivados dos Estados e direitos humanos se limitarem a documentos oriundos do âmbito do direito internacional que reconhecem o ser humano, independentemente de uma ordem específica que aspira à validade universal e possuem caráter supranacional.

Em trabalho publicado em coautoria com o prof. Dr. Jorge Luis Mialhe, aborda-se os impactos com relação ao posicionamento que se for adotar:

Independentemente da possível distinção de termos [direitos fundamentais e direitos humanos], é possível observar que existem impactos quando se utiliza um posicionamento ou outro. Ao se valer do entendimento de parte da doutrina jurídica em que direitos humanos e fundamentais não são a mesma coisa, o que se está auferindo é que os únicos direitos possíveis de serem exigíveis de serem prestados, inclusive pela via judicial, seriam àqueles positivados no ordenamento jurídico dos Estados. Por outro lado, pelo entendimento de que ambos, direitos humanos e direitos fundamentais, possuem como titular a pessoa humana, o que se está auferindo é que qualquer ser humano, independentemente de seu Estado de origem, é dotado de um rol mínimo de direitos pelo simples fato de ser humano já que esses direitos fazem

parte de um rol mínimo à manutenção de uma vida digna; ou seja, são universais. (SILVA; MIALHE, 2016, p. 263)

Diante disso, pode-se concluir que direitos humanos e direitos fundamentais não são termos sinônimos. Muito embora, possa-se afirmar que as próprias transformações históricas dos direitos fundamentais não deixaram de ser influenciadas pelas mudanças obtidas decorrentes das transformações dos direitos humanos. Como exemplo, é de se mencionar que, a partir do momento que um determinado Estado internaliza em seu ordenamento jurídico determinado tratado de direitos humanos, se incorporou também o reconhecimento de valores que a comunidade internacional reconheceu enquanto direito inerente da pessoa humana.

Ao longo de toda essa seção, o que se busca foi familiarizar o leitor com a temática de direitos fundamentais em termos gerais através da ótica do direito. Espera-se, com isso, ter criado bases que o permitam compreender as próximas questões que se seguem e, que ao final deste trabalho, atuaram como o fundamento de nosso ponto de vista.

Assim, encerra-se a presente seção e parte-se para a próxima, a qual busca compreender como os direitos fundamentais atuam enquanto limites ao exercício da razão de Estado.

2.2.2 Direitos fundamentais enquanto limites à razão de Estado

A ideia de direitos fundamentais enquanto limite ao poder estatal e, conseqüentemente, da própria razão de Estado, pode ser remetida a segunda metade do século XVIII, quando, da época da Revolução Francesa, encontrando amparo jurídico, no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 agosto de 1789 (SARLET, 2015, p. 59). Dispunha o artigo que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição” (Cf. FRANÇA, 2017). Explica Sarlet (2015, p. 59) que:

A partir desta formulação paradigmática estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Observa-se, então, que a própria noção de legitimidade constitucional e do próprio Estado estão atreladas ao reconhecimento desses limites. É o reconhecimento de que, a partir

daquele momento, o Estado e o poder soberano não poderiam mais agir a seu bel prazer. Nesse mesmo sentido, menciona Sarlet (2015, p. 60):

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional.

Nessa seara, a positivação de determinados princípios e direitos tidos como fundamentais passam a ser paradigmas de expressões de valores e necessidades reconhecidos historicamente, atuando como parâmetros da legitimidade em âmbito⁴² formal e material da ordem jurídica estatal. (SARLET, 2015, p. 61).

Portanto, pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais passam a ser a própria razão de ser dos Estados contemporâneos. Eles não são apenas instrumentos de defesa da liberdade individual, tal como quando de seu surgimento no âmbito da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, mas o próprio fundamento de toda a ordem jurídica (SARLET, 2015, p. 61). Sem os direitos fundamentais, não há, então, de se retratar em Estado Democrático de Direito.

Diante do exposto, almeja-se agora responder a seguinte pergunta: como os direitos fundamentais podem atuar enquanto mecanismos de freio ao poder estatal?

Vislumbra-se aqui, tendo em vista o arcabouço teórico que foi construído, ao menos duas formas de se responder a essa questão.

A primeira delas, em um sentido mais técnico e talvez até tido como alienado, poder-se-ia dizer que como não há hierarquia entre as normas, e sendo a Constituição que outorga a competência dos poderes bem como os próprios Direitos Fundamentais, um não poderia estar acima do outro por estarem no mesmo plano normativo. Logo, o Poder Estatal, e aqui compreendendo-se o Executivo, Legislativo e Judiciário não poderiam realizar algo que vá contra o disposto, na norma fundamental, que deu outorgou a eles legitimidade: a Constituição Federal. Assim, os direitos fundamentais limitam aquilo que o Poder Estatal pode fazer com relação aos seus súditos.

Outra resposta possível, essa dotada de um senso crítico maior, poderia afirmar que o fundamento está nas transformações históricas que ocorreram, e garantiram o conteúdo normativo que deu ensejo à caracterização de um direito enquanto fundamental, incorporando-o ao ordenamento jurídico. Essa resposta, em especial, a título exemplificativo, permitiria entender o porquê da importância da Segunda Guerra Mundial e dos diversos tratados

⁴² Ver seção 2.2.1.

internacionais que se seguiram: impedir que os seus fatores ensejadores ocasionem outros conflitos.

Independentemente da resposta escolhida, o que é destacado é tão somente entender que eles, os direitos fundamentais, são importantes, e que não surgiram ao acaso, mas, ao se constituírem enquanto obstáculos ao pleno exercício da razão de Estado, poderão ser eventualmente suprimidos caso o Poder Estatal julgue necessário, que é o que se nota na próxima seção.

3 O PARADIGMA DA EXCEÇÃO

No capítulo anterior, observa-se como se deu a formação do Estado Democrático de Direito e os limites impostos aos governantes que não mais poderiam valer-se da aplicação da lógica pura da razão de Estado. No entanto, retomando agora o que foi visto, na seção 1.1, a respeito do surgimento do estado de exceção, notar-se-ão como, mesmo esses limites, podem ser superados e a razão de Estado se fazer valer.

Para isso, inicia-se com a análise das principais marcas que caracterizam a razão de Estado: a necessidade e a urgência. Em seguida, almeja-se, em âmbito teórico, duas das formas que fazem a razão de Estado se valer através da necessidade e da urgência: a emissão de decretos pelo Executivo e o ativismo judicial. Por fim, aborda-se aquilo que Giorgio Agamben denomina força de lei sem lei (força de ~~lei~~)⁴³, isto é, aquilo que se faz valer valendo-se da mesma força da lei sem, no entanto, se constituir como tal.

3.1 DA NECESSIDADE E DA URGÊNCIA ENQUANTO MARCAS DA RAZÃO DE ESTADO

No Direito, independentemente de se tratar do ramo público ou privado, tantos os seus operadores diretos (e, aqui, inclui-se tanto a área acadêmica como profissional) como a sociedade civil irão se deparar com dois institutos que são capazes de justificar praticamente qualquer ato: necessidade e urgência.

A necessidade e a urgência atuam como fundamentos, para que seja permitido a abertura de uma excepcionalidade. Essa situação excepcional, por vezes, não é aquela de conotação negativa típica, como um golpe de Estado, mas tão somente algo que por não ter como se esperar não se admite o respeito as normas típicas. É uma excepcionalidade legal no âmbito do ordenamento jurídico.

No Direito Penal, há as denominadas excludentes de ilicitude, que são mecanismos que afastam a tipicidade da conduta do agente enquanto o crime. Sem conduta típica, aquela que se enquadra, no tipo específico, não há de se falar em crime. No Brasil, conforme disposição expressa, no art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1940), há como mecanismos de exclusão de ilicitude: conduta praticada pelo agente em estado de necessidade (inciso I), em legítima defesa (inciso II) e/ou em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (inciso

⁴³ No original, Agamben (2004) aparece, já no sumário, item 2, “Força de lei”. Na grafia original, sobre a palavra lei, vem grafado um X, o que indica negação da lei. No presente trabalho, por impossibilidade técnica de fazer a mesma grafia, foi utilizado o recurso de taxado (~~abe~~).

III). E o que isso significa? Que até mesmo algo que era para ser considerado como crime não o será, pois o estado de necessidade afasta a tipicidade da conduta do agente.

No âmbito do Direito Administrativo, por exemplo, é admitido ao poder público contratar, de forma direta, conforme previsões legais. Porém, algumas situações exigem uma rapidez na solução, sob o risco de dano maior se perpetuar, ao longo do tempo. É o caso, por exemplo, de atuação do Estado em caso de enchente. Ainda que não seja decretado oficialmente a hipótese de estado de defesa, o Estado poderá contratar, diretamente, para suprir uma necessidade urgente e imediata. Assim, conforme o exemplo, o Estado poderia contratar, de forma direta, equipes para fazer limpeza na cidade, em caráter emergencial, aquisição de medicamentos, de suprimentos para acolhimento da população diretamente afetada, etc.

No âmbito do Direito Tributário, tal como no exemplo acima, ainda assim o Estado poderá utilizar tipos específicos de tributos para suprir a necessidade financeira necessária e urgente. É o caso, por exemplo, da contribuição especial e do empréstimo compulsório. Nesses casos, tão logo seja sanada a situação que deu causa à urgência e à necessidade, a normalidade deverá voltar e essa cobrança deixar de ser devida.

Poderia continuar indefinidamente com os exemplos, abordando cada uma das áreas do Direito. No entanto, o que se quer demonstrar é tão somente que o próprio ordenamento jurídico prevê como justificativa a necessidade e a urgência, para validar situações de excepcionalidade.

No entanto, existe uma linha tênue entre aquilo que é ou não legal. Um determinado ato pode começar como sendo algo legal, mas resultar em algo ilegítimo pautado na ilegalidade. É o caso, por exemplo, do golpe de Estado. Na situação de golpe, diferentes mecanismos são utilizados para suscitar um aspecto de legalidade e, com isso, fazer parecer que o mesmo é legítimo. Conforme os dizeres de Ferreira Filho (1999, p. 109, grifo no original):

O Estado de Direito, para realizar o intento de proscrever o arbítrio, almeja uma ordem jurídica sem lacunas. Tem horror ao vazio, pois nesse vazio pode ocorrer a decisão arbitrária que lhe repugna. Há de estabelecer uma *legalidade* que sirva de fundamento para toda e qualquer decisão. Uma *superlegalidade* definida na Constituição que se impõe aos próprios Poderes do Estado, fixando-lhes o procedimento, limitando-lhes a competência, pondo balizas ao conteúdo de seus atos. Uma *legalidade* a ela sujeita e enunciada pela lei dita ordinária, afim de servir de pauta para os atos de natureza administrativa ou jurisdicional.

Nota-se, por exemplo, o *impeachment* da presidente eleita Dilma Rousseff, o qual foi pautado tendo como base crime de responsabilidade fiscal. O que deu ensejo ao referido crime

foi uma “alteração no entendimento do TCU⁴⁴ com efeitos ilicitamente retroativos” (SEMER, 2016, p. 108). Nesse sentido, a conduta de cometimento do crime de responsabilidade é o mecanismo utilizado para dar aspecto de legitimidade ao procedimento. Como denota Marcelo Semer “sem crime de responsabilidade que pudesse servir de base para acusação, o propalado *conjunto da obra* representou um voto de desconfiança, em inequívoca ruptura com o processo eleitoral que o antecederá” (SEMER, 2016, p. 108, grifo no original). Logo, por ser legal a decisão, conforme os moldes constitucionais, na concepção de Estado de Direito, o *impeachment* não pode ser considerado golpe, o que também não significa, que ele seja legítimo, pois o fundamento que embasa a sua legalidade é frágil.

Inobstante, o que nos interessa é ter em vista que, no âmbito do ordenamento jurídico, a necessidade e a urgência atuam no sentido de pautar aquilo que cabe ou não tratamento excepcional; ou, por outras palavras, a necessidade e a urgência são os parâmetros que norteiam a tomada da decisão a respeito da excepcionalidade. O problema é que, ao assim proceder, a situação passa a ser analisada não mais com base em critérios objetivos e determinados, mas tão somente com base em fatores subjetivos. A subjetividade é ampla, pois cada ente pode interpretar uma determinada situação como sendo necessária ou urgente.

A necessidade e a urgência são paradigmas da exceção, no sentido de atuarem como verdadeiros modelos daquilo que dão ensejo à excepcionalidade, independentemente de ser a exceção legal (tal como nos exemplos acima referentes aos casos de Direito Penal, Administrativo e Tributário) ou de estado de exceção típico. Com relação a este, nota-se como ele se dá no âmbito de nossa constituição.

Tanto no caso do estado de defesa como no de sítio, o Poder Constituinte reconheceu a necessidade e a urgência como critérios que o Presidente da República deverá levar em consideração para tomar a decisão se deve ou não os decretar (arts. 136 e 137, da Constituição Federal de 1988). Observa-se que o critério tomado como base é subjetivo ao entendimento do Presidente da República, o qual possui a prerrogativa de decidir sobre se deve ou não decretar os referidos institutos. De modo a contribuir com o entendimento subjetivo do Presidente da República, é que o Constituinte abriu a possibilidade de ele consultar o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional.

⁴⁴ Sigla para Tribunal de Contas da União. Órgão de controle externo do governo federal que auxilia o Congresso Nacional em sua função fiscalizadora. Suas principais competências estão estabelecidas nos artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 e em outras leis ordinárias, dentre elas Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei de Licitações e Contratos e Lei de Diretrizes Orçamentárias (Cf. BRASIL, 2017b.).

Inobstante, pode-se ainda afirmar que, ao se constituírem enquanto paradigmas da exceção, a necessidade e a urgência são também as marcas típicas da razão de Estado, já que é com base nelas que o soberano tomará a decisão de caráter subjetivo de decretar ou não o estado de exceção.

Oportuno ainda a afirmativa de Agamben (2004, p. 31) de que o uso corriqueiro da necessidade enquanto fundamento, no âmbito da doutrina italiana, levou a formulação da tese da necessidade enquanto fonte primária do direito. É nesse sentido que temos a máxima *necessitas non habet legem* (a necessidade não tem lei, em tradução livre).

Com relação ao *necessitas non habet legem*, explica Agamben (2004, p. 40) que esse princípio:

Encontrou sua formulação no *Decretum* de Graciano, onde aparece duas vezes: uma primeira vez na glosa e uma segunda, no texto. A glosa (que se refere a uma passagem em que Graciano limita-se genericamente a afirmar que “por necessidade ou por qualquer outro motivo, muitas coisas são realizadas contra a regra”, *pars I, dist. 48*) parece atribuir à necessidade o poder de tornar lícito o ilícito (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem non habet*). Mas compreende-se melhor em que sentido isso deve ser entendido por meio do texto seguinte de Graciano (*pars III, dist. I, cap. II*), o qual se refere à celebração da missa. Depois de haver esclarecido que o sacrifício deve ser oferecido sobre o altar ou em um lugar consagrado, Graciano acrescenta: “é preferível não cantar nem ouvir missa a celebrá-la nos lugares em que não deve ser celebrada; a menos que isso se dê por uma suprema necessidade, porque a necessidade não tem lei” (*nissi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet*).

Observa ainda Agamben (2004, p. 41) que Tomás de Aquino também desenvolve esse princípio na *Summa theologiae*, sendo que aí a teoria da necessidade não é:

outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observação da lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma. (AGAMBEN, 2004, p. 41).

Com os modernos, incluindo juristas de Jellinek a Duguit, afirma Agamben que essa visão de Aquino passa a mudar, sendo que “o estado de necessidade tente a ser incluído na ordem jurídica e a apresentar-se como verdadeiro ‘estado’ da lei” (AGAMBEN, 2004, p. 43). Com isso, o estado de necessidade “apresenta-se (...) como uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato” (AGAMBEN, 2004, p. 45).

Assim, a necessidade e a urgência passam a serem utilizadas enquanto lacunas, no âmbito do direito público, sendo que essas lacunas se constituem enquanto uma suspensão do ordenamento vigente, para que ele mesmo possa garantir a sua existência (AGAMBEN, p. 48).

3.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A INVASÃO DOS PODERES: ATIVISMO JUDICIAL E GOVERNAR POR DECRETOS

Ativismo judicial e governar por decretos são duas maneiras excepcionais de exercer o poder de legislar sem ser o legislador. A primeira é exercida pelo Judiciário e a segunda pelo Executivo. No caso da primeira, o exercício legislativo ocorre por meio da interpretação do texto da lei, conferindo a ele sentido e validade. Já a segunda, ocorre de forma direta, na forma daquilo que é denominado Decreto-Lei.

Em trabalho publicado, recentemente, em dezembro de 2016, por ocasião do XXV Congresso Nacional do CONPEDI, Bruno Bertolotti e Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez (2016) analisam a possibilidade do Judiciário em realizar uma interpretação proativa, no campo dos direitos fundamentais. Argumentam os autores que “a Constituição de 1988 é um marco que dá uma nova roupagem à jurisdição, sobretudo a Constitucional” (BERTOLOTTI; GONZALEZ, 2016, p. 175), e que, a partir dela, “as expressões ativismo judicial e judicialização da política passaram a ser frequentes nos meios jurídicos e políticos” (BERTOLOTTI; GONZALEZ, 2016, p. 175).

O primeiro termo é “o ato pelo qual as decisões políticas são transferidas ao judiciário, o que ocorre sempre por parte daqueles que ficaram desagradados com a decisão inicial” (BERTOLOTTI; GONZALEZ, 2016, p. 175) e o segundo como sendo algo que “faria com que o Judiciário adentrasse nas decisões políticas propriamente ditas, desempenhando um papel, que a princípio não seria o seu” (BERTOLOTTI; GONZALEZ, 2016, p. 176), o que ocorre por meio da interpretação conferida ao texto constitucional.

Levantam Bertolotti e Gonzalez que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 abriu novas possibilidades interpretativas, em decorrência tanto de focar consigo um amplo rol de direitos fundamentais como pela forma que é organizado e exercido o controle de constitucionalidade (BERTOLOTTI; GONZALEZ, 2016, p. 175).

Ao longo dessa dissertação, já foi abordado os atos de ativismo judicial e de governar por decretos presentes em diferentes seções. Todavia, o que não havia retratado até então é o caráter deles enquanto paradigma de exceção.

Ao se analisar ativismo judicial e governar por decretos, considerando-os enquanto paradigmas de exceção, o que está fazendo é primeiro identificar que a normalidade é o exercício do poder de legislar pelo legislativo e, conseqüentemente, essas outras duas formas se caracterizam enquanto exceções.

Em âmbito prático, pode-se afirmar que não há um problema, de fato, quando é a própria lei que permite o exercício desse tipo de atividade, tal como foi retratado ainda na seção 2.1.4 do Capítulo 2, o aspecto da legalidade dentro do ordenamento jurídico. Por essa ótica, desde que essas atribuições tenham sido previamente conferidas pela norma fundamental, então, o exercício delas é legítimo.

Sob esse prisma de legalidade, deve-se convir que não é o mero fato de ser exceção que torna o conteúdo real passível de ser julgado como algo benéfico ou não. É o caso do ato de ativismo judiciário, como o da interpretação do reconhecimento do casamento homoafetivo. Nesse caso, tal como citado pelo ministro Gilmar Mendes, em seu voto, nas fls. 122-123, da ADPF 132/RJ, o resultado era positivo para a sociedade e uma conquista para as minorias. Era, ao mesmo tempo, reconhecimento das transformações sociais que ocorreram, na sociedade, de modo não mais a admitir que a ausência de legislação específica fosse obstáculo ao reconhecimento de um direito fundamental (no caso, a constituição de família por meio do casamento, que é um instituto de ordem pública que também implicará no regime de bens, sucessões e previdência).

Mas, cabe questionar: seriam essas as melhores práticas? A mera legalidade é suficiente? No caso do casamento homoafetivo, não restam dúvidas de que o resultado foi efetivamente positivo e benéfico, mas e se o caso em julgo fosse outro? Como resolver essa questão? Ao longo desta seção, buscar-se-á tecer considerações sobre essas questões.

Para se poder afirmar, se ativismo judicial e governar por decretos é algo positivo ou não, deve-se primeiro saber se eles são ou não justos, sendo que justo está relacionado a ideia de justiça⁴⁵. No mesmo sentido, John Rawls afirma que “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais” (RAWLS, 2000, p. 3) e, como tal, “leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas” (RAWLS, 2000, p. 4). Portanto, a justiça é aquilo que deve ser utilizado como parâmetro ao se conferir

⁴⁵ Não se pode também perder de vista que o próprio conceito de justiça é relativo e inserido dentro de um determinado contexto histórico-social. Como exemplo, notou-se que, na seção 1.2.1 do Capítulo 1, em Maquiavel, a medida de justiça é o próprio príncipe, ou seja, para o autor o poder soberano é em si justo e, na 2.1.1 do Capítulo 2 que, para Marx, a justiça é instrumento compostos pelos ideários da burguesia como forma de se fazer valer seus interesses.

validade à determinada lei, decreto ou ato de ativismo judicial. É, portanto, uma espécie de lastro com relação as práticas excepcionais de exercício do poder de legislar.

Para Rawls, a justiça é a justiça social, que tem como objeto primário “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (RAWLS, 2000, p. 7), sendo que as instituições mais importantes para o autor são a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais (RAWLS, 2000, p. 8). Logo, para se saber se uma determinada sociedade é justa ou injusta, conforme Rawls, o que deve ser analisado é o objeto primário da justiça social; ou, por outras palavras, analisar como a constituição política e os acordos econômicos e sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais.

Então, deve-se retomar à ADPF 132/RJ para analisá-la sob a ótica de Rawls. A partir dessa ADPF, como foi retratado, anteriormente, na seção 2.1.3 do Capítulo 2, passou a ser permitido o casamento de indivíduos do mesmo sexo e que tal prática se constitui enquanto ativismo judicial por fornecer um sentido a lei que deveria originariamente ter sido feito pelo Poder Legislativo. Naquele caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a constituição não emprega o termo família em sentido literal, estrito, mas, em sentido amplo, sociocultural. O fundamento desse entendimento é o reconhecimento do direito à preferência sexual como derivada do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se, então, afirmar que, para aquele caso, a prática de ativismo foi justa vez que a prática de ativismo judicial resultou na ampliação da prestação por parte do Poder Público de direitos fundamentais, visando propiciar uma sociedade mais justa e igualitária. Assim, os direitos fundamentais prevaleceram para o entendimento da aplicabilidade da norma constitucional. Restringir o casamento apenas entre homens e mulheres resultaria em uma interpretação restritiva e, como tal injusta, vez que restringiria uma determinada minoria de poder se valer do instituto do casamento, o qual tem como uma de suas principais características a comunhão de vida em comum. A decisão, em que pese ter caráter político, conferiu sentido a algo que o Legislativo deveria ter realizado e foi justa.

Pode-se, então, deduzir que não é possível generalizar, a ponto de afirmar que toda e qualquer prática de ativismo judicial é maléfica e injusta e, ao mesmo tempo, não se pode deixar de reconhecer que o que deveria ter prevalecido era a vontade do Legislativo. Com relação aos decretos do Executivo, pode-se afirmar que a lógica é a mesma: se atender aos critérios de justiça em sentido social, é justo.

Diante do exposto e mantendo-se coerente a essa linha de raciocínio, pode-se, portanto, afirmar que legalidade e justiça são conteúdos relacionados e, ao mesmo tempo, não sinônimos

entre si. E mais ainda, não se pode criar generalizações sem levar em consideração cada caso a nível individual: se a invasão dos poderes é algo, necessariamente, maléfico, então, irá depender do caso concreto.

O problema com relação ao ativismo judicial e os decretos do executivo, enquanto medidas excepcionais, não é quando de sua utilização para promoção de justiça, mas quando os mesmos, ainda que sejam medidas de justiça social, muitas vezes, se perpetua enquanto instrumento que atua com força de lei sem se constituir como tal.

No Brasil, não temos mais dentro do ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal de 1988, a previsão de decretos-lei, diferentemente, por exemplo das constituições de 1937 e de 1967. Todavia, isso não quer dizer que não haja um instituto análogo, que, no caso em questão, é a medida provisória.

As medidas provisórias possuem força de lei expedida pelo Presidente da República e são regulamentadas no art. 62 da Constituição Federal de 1988. Para serem válidas, as medidas requerem que haja a cumulatividade dos requisitos de relevância e urgência, além de posterior apreciação ao Congresso Nacional, que deverá convertê-la em lei. Ademais, em seu parágrafo 1º, estão dispostas diversas vedações de matérias que não podem ser objeto de medida provisória. Mas cabe ressaltar que isso denota tão somente conteúdos para serem caracterizados a sua legalidade. E aqui, para fins provocativos de reflexão, pode-se questionar até que ponto é desejável, sem entrar no mérito se é ou não necessário, um elevado número de medidas provisórias durante o mandato do presidente⁴⁶.

Agamben analisou o uso do decreto de urgência, ao longo da história, em diferentes países europeus, entre os quais Alemanha, França e Itália, com especial destaque para esse último e, após essa análise, criticou a prática reiterada dessa conduta, afirmando que ela significa que:

o princípio democrático da divisão dos poderes (...) está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita ratificar os decretos emanados pelo poder executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim governamental. E é significativo

⁴⁶ Sem realizar distinção se a emenda ou foi revogada, ou convertida em lei, ou se possui eficácia, é fato que, desde a Emenda Constitucional n. 32 de 2001, a qual instituiu a atual regulamentação a respeito das medidas provisórias (MPs), 774 foram elaboradas pelo chefe do executivo federal até a data de 30 de março de 2017, conforme levantamento de dados do site do Portal da Legislação, que está vinculado ao Planalto (Cf. BRASIL, 2017a). Esse número pode ser considerado elevado se visto sem um juízo de valor de caráter qualitativo, pois poderiam ser interpretados como sendo 774 medidas que, no plano ideal, deveriam ser leis originárias do poder legislativo. Ademais, oportuno lembrar que, em decorrência da “Operação Lava Jato”, um elevado número de medidas provisórias poderia revelar que, talvez, existam interesses obscuros por trás de tais práticas, algo que notoriamente necessita de um levantamento apropriado, mas que nem por isso deixa de ser instigante à reflexão.

que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente despercebida por parte dos cidadãos. (AGAMBEN, 2004, p. 32-33).

Nesse sentido, compartilha-se a preocupação do autor. Ainda que a prática de governar via decretos possa ser, eventualmente, justa e legal, ela não deixa de refletir uma fragilidade por parte do Legislativo, e do Estado Democrático, em não conseguir lidar com questões que, mesmo que sejam necessárias e urgentes, deveriam ser resolvidas obrigatoriamente por ele. Portanto, a falha de atuação do Legislativo é umas das brechas que não apenas perpetuam a condição de exceção como cria novos espaços para a exceção, se fazer valer, dentro do âmbito do Estado Democrático. Aqui, não se pode afirmar categoricamente que um Legislativo eficaz, que se constitua enquanto um real representante do povo, fosse a única e derradeira solução para a consolidação das práticas de exceção, mas, que, se ao menos assim o fosse, seria algo muito mais desejável, auxiliando a desconstruir a imagem negativa que se têm do mesmo, ao, simplesmente, cumprir o seu papel.

No entanto, também não podemos perder de vista que não é só a omissão do legislativo que propicia a ocorrência desses mecanismos de exceção.

A “Operação Lava-Jato”, e aqui não vamos adentrar sobre seu mérito, evidenciou diversos escândalos de corrupção envolvendo tanto políticos como não políticos relacionadas a eles. Com relação a esse caso, é de se destacar as informações obtidas no âmbito das delações premiadas, como por exemplo, a existência de um departamento exclusivo em uma das empreiteiras para realização de lobby que doava quantias tanto a membros do Legislativo como do Executivo, e, ainda, aquilo que interessa para os fins desta seção, que é a criação de medidas provisórias por parte do Poder Executivo para atuar no sentido de favorecimento de uma classe específica em detrimento dos interesses da sociedade (Cf. G1, 2017).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a corrupção que consubstancia a exceção não advém, exclusivamente, dos membros do Poder Legislativo e Executivo, mas do jogo de interesse daqueles que detêm o capital. É o capital que se alastra nas mais diversas esferas da sociedade, sendo a política apenas mais um dos campos. Nos parece sensato afirmar, até mesmo por uma questão de lógica, que nem mesmo o Poder Judiciário consegue ser totalmente neutro em decisões que vão contra ao interesse do capital, como é o caso das argumentações dos magistrados quando envolvem juros bancários⁴⁷.

⁴⁷ Sobre essa questão, confira os recursos especiais 420.111/RS, 971.853/RS e 1.036.818/RS. Nessas ações, os ministros do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) se posicionaram favoráveis a taxa de juros média do mercado em detrimento da ora limitação constitucional de 12% a.a. ou do uso da Taxa Selic enquanto parâmetro. O principal

Portanto, o que deve-se ter em mente com relação a ativismo judicial e decretos-lei, enquanto paradigmas de exceção, é a finalidade que os mesmos possuem por serem mecanismos excepcionais. Não se trata, como foi visto, ao longo desta seção, de serem justos (e justos aqui compreendido como capazes de promover justiça social) ou legais (previsto no âmbito do ordenamento jurídico), mas de serem capazes, se usados como finalidade negativa a prestação e efetivação de direitos fundamentais, de atuar em prol dos interesses particulares invés dos da sociedade, ou, por outras palavras, de atuar tão somente em prol do interesse de um soberano, seja ele um Príncipe, um Presidente da República, um Ditador, ou ainda um grande detentor de Capital.

3.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCEPÇÃO AGAMBEN DE FORÇA DE LEI SEM LEI (FORÇA DE ~~LEI~~) E ESTADO DE EXCEÇÃO

A expressão “força de lei” possui tradição oriunda do direito romano e medieval, possuindo sentido de eficácia (AGAMBEN, 2004, p. 59), porém, com o advento da Revolução Francesa⁴⁸, passa a ser utilizado para “indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembleias representativas do povo” (AGAMBEN, 2004, p. 59-60), isto é, o termo força de lei passa a ser indicado para se referir a “intangibilidade da lei, inclusive em relação ao soberano, que não pode anulá-la nem modificá-la” (AGAMBEN, 2004, p. 60).

E o que significa essa transição de significado da expressão “força de lei” do sentido clássico para o moderno?

Sobre isso, explica Quadri⁴⁹, citado por Agamben, que eficácia da lei “decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos” (QUADRI, 1979, p. 10 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 60), e, no sentido moderno, força de lei “é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou os atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo)” (QUADRI, 1979, p. 10 *apud* AGAMBEN, 2004, p. 60). Por outras palavras, é uma distinção tênue: enquanto o primeiro se resume à capacidade de produzir efeitos jurídicos, o segundo realiza uma equiparação a algo que efetivamente produz efeitos jurídicos.

problema de se utilizar uma taxa média naqueles casos é que se a média do mercado é alta, os juros recolhidos também passam a ser, e isso não atua no sentido de favorecer os princípios e direitos fundamentais previstos e consagrados no âmbito dos art. 3º e 170 da CF/88, mas tão somente de beneficiar o portador do capital a juros que, nos casos mencionados, são os bancos.

⁴⁸ Veja também art. 6º da Constituição Francesa de 1791.

⁴⁹ Cf. QUADRI, G. **La forza di legge**. Milão (Itália): Giuffrè, 1979.

E no que isso nos interessa com relação ao estudo do estado de exceção?

Na seção 2.1.4, foi visto a estrutura do ordenamento jurídico em países que seguem matriz de direito positivo. Tendo isso em vista, pode-se, então, entender que, aquilo que se conflagra em exceção, por usurpar a prerrogativa que era do Poder Legislativo (criar leis), adquire a força da lei sem se constituir como tal⁵⁰. As decisões oriundas do ativismo judicial e os decretos do executivo (que, como foi analisado na seção anterior, no Brasil pós-Constituição Federal de 1988 é referenciado como Medida Provisória) não são leis em sentido estrito, mas, dentro do ordenamento jurídico, adotam a sua força e são a ela equiparados.

A via interpretativa não cria lei nova, mas os efeitos da decisão passam a ser tais como se fosse e, por isso, deve ser obedecida. Já, no caso das Medidas Provisórias, estas são na prática, leis, mas leis criadas pelo Executivo, cuja força de lei é reconhecida por uma lei superior (a constituição) que obriga necessariamente a sua conversão em lei ordinária sob pena de perder a força da lei, ou seja, é conferida à Medida Provisória a força de lei em caráter temporário, mas que pode se perpetuar, caso seja convertida em lei ordinária pelo Poder Legislativo.

No entanto, ao longo da história, a “força de lei”, quando analisada dentro do âmbito de estudo de estado de exceção, já apareceu de diferentes formas. Agamben, de forma singela, menciona o caso do Eichmann⁵¹ (Cf. AGAMBEN, 2004, p. 60-61), porém são nos relatos de Hannah Arendt (2016b) que se pode melhor compreender o significado da obediência cega do oficial ao Führer, que afirma que Eichmann era um cidadão respeitador das leis⁵², porque as ordens do Führer tinham “força de lei” (ARENDDT, 2016b, p. 35). Sobre as palavras do Führer terem força de lei, explica Arendt:

Em Jerusalém, confrontado com provas documentais de sua extraordinária lealdade a Hitler e à ordem do Führer, Eichmann tentou muitas vezes explicar que durante o Terceiro Reich “as palavras do Führer tinham força de lei” (*Führerworte haben Gesetzeskraft*), o que significava, entre outras coisas, que uma ordem vinda diretamente de Hitler não precisava ser escrita. Ele tentou explicar que, por isso, nunca havia pedido uma ordem escrita a Hitler (nenhum documento relativo à Solução Final jamais foi encontrado; provavelmente nunca existiu nenhum), mas havia pedido para ver uma ordem escrita de [Heinrich] Himmler⁵³. Sem dúvida era um estado de coisas fantástico, e bibliotecas inteiras de comentários jurídicos “abalizados” foram escritas demonstrando que *palavras* do Führer, seus pronunciamentos orais, eram a lei do

⁵⁰ No mesmo sentido expõe Agamben ao afirmar que “o conceito ‘força de lei’, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua ‘força’” (AGAMBEN, 2004, p. 60).

⁵¹ Ex-oficial do regime nazista de Hitler que foi julgado no Tribunal de Israel, um típico tribunal de exceção aos moldes de Nuremberg (Cf. ARENDT, 2016b).

⁵² Nas palavras de Arendt (2016b, p. 35): “ele [Eichmann] sempre fora um cidadão respeitador das leis, porque as ordens de Hitler, que sem dúvida executou o melhor que pôde, possuíam ‘força de lei’”.

⁵³ Ex-oficial do regime nazista de hierarquia superior a Eichmann, e também seu desafeto, que ocupava “o duplo posto de *Reichsführer SS* e Chefe da Polícia Alemã de 1936 em diante” (ARENDDT, 2016b, p. 48).

mundo. Dentro desse panorama “legal”, toda ordem contrária em letra ou espírito à palavra falada por Hitler era, por definição, ilegal. A posição de Eichmann, portanto, demonstra uma semelhança muito desagradável com aquela do muito citado soldado que, agindo dentro de um quadro legal normal, se recusa a executar ordens que contrariam a sua experiência normal de legalidade e que podem ser reconhecidas por ele como criminosas. (ARENDR, 2016b, p. 165, grifo nosso)

Sendo a palavra do Führer dotada de “força de lei”, como observa Arendt, ela passa a ser legal, pois é tal como se lei fosse. Ora, sendo ela legal, todos aqueles que obedeciam de forma direta ou indireta as palavras de Hitler estavam agindo diretamente sobre o prisma da legalidade.

É nesse ponto também que se pode melhor compreender a teoria schmittiana sobre ditadura, que foi vista originariamente, neste trabalho, na seção 1.1.1, sob o prisma da ditadura constitucional. Porém, só aquela abordagem que havia realizado não é, *per si*, suficiente para entender a compreensão de Schmitt sobre ditadura.

Para Schmitt, a ditadura pode se dividir em duas principais ramificações: ditadura comissária e ditadura soberana. A primeira, ditadura comissária, é abordada originariamente no Capítulo I, de *Die Diktatur*, de 1921, fazendo-se ainda presente nos demais capítulos, e é a ditadura que visa defender ou restaurar a ordem constitucional (SCHMITT, 1968, p. 181 e ss). Já a segunda, é a ditadura soberana, abordada no Capítulo IV da mesma obra, que consiste na ditadura estabelecida por um soberano (SCHMITT, 1968, p. 182 e ss). Observa Schmitt (1968, p. 172) que uma ditadura que começou como comissária pode se transformar em ditadura soberana se for dado ao legislador o poder de ditador.

Com relação à ditadura comissária, nas palavras do próprio Schmitt⁵⁴ (1968, p. 181-182, tradução livre, grifo nosso):

A ditadura comissária suspende a constituição *in concreto*, para proteger a mesma constituição em sua existência concreta. Desde sempre foi repetido o argumento (sobretudo e com maior frequência desde Lincoln) de que se a existência da constituição está ameaçada, ela deve ter sua existência assegurada mediante uma suspensão temporária. A ditadura protege uma determinada constituição contra um ataque que ameaça por abaixo esta constituição. A sustentatividade metódica do problema de realização do direito como um problema jurídico aparece aqui com maior

⁵⁴ Conforme o original da edição em espanhol: “*La dictadura comisarial suspende la Constitución in concreto, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta. Desde siempre se ha repetido el argumento (sobre todo y con mayor frecuencia desde Lincoln) de que si la existencia de la Constitución está amenazada, debe asegurarse mediante una suspensión temporal de la misma. La dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esta Constitución, La sustantividad metódica del problema de la realización del derecho como un problema jurídico aparece aquí con la mayor claridad. La acción del dictador debe crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación normal en la cual tiene validez. Em consecuencia, la dictadura es un problema de la realidad concreta, sin dejar de ser un problema jurídico. La constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta*” (SCHMITT, 1968, p. 181-182).

certeza. A ação do ditador deve criar uma situação em que se possa realizar o direito, porque cada norma jurídica pressupõe com meio homogêneo uma situação normal em que tenha validez. Em consequência, a ditadura é um problema de realidade concreta, sem deixar de ser um problema jurídico. A constituição pode ser suspensa sem deixar de ter validez, pois a suspensão somente significa uma exceção concreta.

Cabe um breve parêntese para observar que a ditadura comissária, da concepção schmittiana, é aquela que se enquadraria na concepção de nossa Constituição Federal de 1988 caso fosse promulgado estado de sítio, pois nela o estado de exceção é admitido com fins de tão somente retornar à normalidade, preservando, de tal modo, a própria constituição.

Por sua vez, na ditadura soberana, o objetivo do ditador não é de preservá-la (tal como na comissária), mas de rompê-la e criar uma totalmente nova aos interesses do soberano, conforme Schmitt⁵⁵ (1968, p. 182-183, tradução livre):

A ditadura soberana vê agora, na ordenação total existente, a situação que quer eliminar mediante sua ação. Não suspende uma constituição existente valendo-se de um direito fundamentado nela própria e, portanto, constitucional, senão que aspira a criar uma situação que possibilite uma constituição, a qual considere como a constituição verdadeira. Em consequência, não apela a uma constituição existente, senão a uma constituição que vá implantar.

E, aqui, há uma outra análise: ao se retomar o que foi analisado na seção 1.2.1, as duas ditaduras que o Brasil, a do Vargas, na década de 30 a 40; e dos militares, entre as décadas de 60 a 80, se transformaram de ditaduras comissárias para ditaduras soberanas. Nos dois casos, o estado de sítio foi utilizado para fins de preservação da ordem constitucional vigente, mas, tão somente após estabelecido os novos soberanos no poder, novas constituições foram criadas.

Feitas essas considerações, também pode-se compreender o porquê da clássica “definição schmittiana de ‘soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção’” (AGAMBEN, 2007, p. 19) pois, nos dois casos, o soberano possui um papel singular: no primeiro tipo, ele quem autoriza o estado de exceção para tentar preservar a ordem constitucional; já, no segundo, é ele, o soberano, quem acaba por criar uma nova constituição.

A ditadura de Hitler surge, inicialmente, com o propósito de salvaguardar a Constituição de Weimar de 1919, promulgando para tal finalidade, o “Decreto do Presidente do Reich para

⁵⁵ Conforme original da edição em espanhol: “La dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución, existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar” (SCHMITT, 1968, p. 182-183)

a Proteção do Povo e do Estado”⁵⁶ de 28 de fevereiro de 1933⁵⁷, o qual tinha como base legal o art. 48 da Constituição de Weimar que já foi analisado na p. 17 da seção 1.1.1. Esse decreto por sua vez, é um caso típico de mecanismo dotado de força de lei sem ser lei (força de ~~lei~~)⁵⁸ porque, a exemplo do que vimos na seção 3.2, decretos-lei são mecanismos atípicos que se fazem de lei sem se constituírem como tal por serem emanados do Executivo.

Diante disso, o que o art. 48 da Constituição de Weimar de 1919 legalizou na forma do Decreto do Presidente do Reich para a Proteção do Povo e do Estado, de 28 de fevereiro de 1933, foi uma ditadura comissária que, posteriormente, se transformou em ditadura soberana, criando, assim, o espaço anômalo na forma de estado de exceção que se constituiu a Alemanha nazista da ditadura de Hitler.

Pode-se, então, antes de prosseguir para o último capítulo dessa dissertação, afirmar que o estado de exceção está além de uma acepção de ditadura, seja esta constitucional ou inconstitucional (AGAMBEN, 2004, p. 78). O estado de exceção está mais próximo da ideia de um vazio jurídico (AGAMBEN, 2004, p. 78), de uma lacuna que, para existir, pressupõe a existência da norma. E, assim sendo, a consequência direta é que são falaciosas as doutrinas que “tentam inscrever indiretamente o estado de exceção num contexto jurídico, baseando-o na divisão entre normas de direito e normas de realização do direito, entre poder constituinte e poder constituído, entre norma e decisão” (AGAMBEN, 2004, p. 79). É nesse vazio jurídico que se insere a ideia de uma força de lei sem lei, “é como se a suspensão da lei liberasse uma força ou um elemento místico, uma espécie de mana jurídico, de que tanto o poder quanto seus adversários, tanto o poder constituído quanto o poder constituinte tentam apropriar-se” (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Essa fantasia se faz presente no estado de exceção de fato, em que se crê que, ao se suspender os direitos fundamentais, é possível solucionar a situação de crise que se há instaurado. E, ao assim, prosseguir, o que tão somente se consegue é fragilizar as democracias, perpetuando-se ainda mais as injustiças sociais.

⁵⁶ No original em alemão: *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat* de 28 de fevereiro de 1933 (Cf. ALEMANHA, 1933).

⁵⁷ No âmbito histórico, o referido decreto surge em resposta a um incêndio que ocorreu no prédio do *Reichstag* (prédio do parlamento alemão, sediado em Berlin).

⁵⁸ A respeito do termo, vide nota 43 localizada na página 74.

4 PARA ALÉM DA DITADURA: o Estado Democrático de Direito brasileiro em experiência de estado de exceção

Nos três primeiros capítulos desta dissertação, se realizou uma abordagem de natureza teórica e conceitual, valendo-se ainda de técnica histórica, de modo a compreender o instituto do estado de exceção. Foi retratado, desde sua primeira aplicação na contemporaneidade, quando dos decretos napoleônicos, a sua relação com a suspensão das normas vigentes do ordenamento jurídico e os seus impactos com relação aos direitos fundamentais.

A construção teórica realizada permite afirmar que o estado de exceção deixou de ser resumir enquanto algo estritamente relacionado a concepção de ditadura para se constituir enquanto um fenômeno próprio. E é nesse sentido de fenômeno próprio, do vazio jurídico da concepção de Agamben (Cf. 2004, p. 79), que se compreende que o estado de exceção está além do conceito de ditadura. Porém, ainda precisa construir bases próprias que permitam articular essa concepção que, timidamente, foi dado os primeiros passos, na seção 1.3.

Neste capítulo, construiu-se aquilo que vem a ser a própria razão de ser dessa dissertação articulando todos os principais elementos que já foram construídos, desde o primeiro capítulo. De modo, a sustentar essa compreensão, utiliza-se abordagem em eixo sociológico-jurídico pela técnica da dialética, pois a considera como a mais adequada para a compreensão do estado de exceção de fato enquanto um fenômeno que pode ocorrer no âmbito dos Estados Democráticos de Direito.

De modo a atingir o seu propósito, o presente capítulo está estruturado em quatro seções principais.

Na primeira, discute-se o significado de democracia e como ela atua, no Brasil. Nela, não se realizou um esgotamento teórico e aprofundado sobre o tema, vez que discutir democracia por si só mereceria, ao menos, um capítulo único. Assim, o intuito aqui é criar bases que permitam refletir sobre as democracias contemporâneas em geral, mas com especial ênfase no Brasil.

Na segunda seção, apresenta-se e introduz aquilo que se entende como uma espécie de novo soberano e norteador da razão de Estado: o Capital.

Já, na terceira, faz-se jus a aceção sociológica, momento em que se une em nossa abordagem teoria e realidade. Nela, aborda-se, de forma sintética, três principais elementos que permitem falsear nossa hipótese de experiência de exceção em âmbito de Estado Democrático de Direito: a Emenda Constitucional 95/2016, a Reforma da Previdência e a Reforma Trabalhista. Esses três elementos possuem em comum o fato de pertencerem a uma mesma

agenda de viés ideológico, sendo essa agenda aquilo que compreenda como a verdadeira promotora de um estado de exceção em Estados Democráticos de Direito.

Por fim, na quarta seção deste capítulo, encerra-se com breves ponderações específicas.

4.1 UMA APARENTE DEMOCRACIA?

Conforme explica Bobbio (2000, p. 416), democracia é um termo de origem grega que significa poder (*krátos*) do povo (*démos*). O termo passou por diferentes transformações ao longo da história adquirindo diferentes concepções. Sobre isso, menciona Bobbio:

Quando falamos de Democracia, os antigos entendiam a democracia direta, do povo reunido na praça para escutar os oradores e para, depois de tê-los escutado, decidir, e assim, era direta a democracia dos comícios romanos, ou as assembleias das cidades medievais. Quando, no *Esprit des Lois*, Montesquieu, dando como exemplo Atenas, expõe sua teoria da democracia e afirma que a democracia necessita, para sobreviver, da virtude dos cidadãos (III, 3), ele tem em mente a pequena cidade-Estado onde as decisões essenciais podem ser tomadas diretamente pelo povo reunido em assembleia. Limita-se a dizer: o povo, aquilo que não pode fazer sozinho, deixa a seus ministros (II, 2). Mas apenas aquilo que não pode fazer sozinho. Hoje dizemos o contrário. O povo não pode fazer nada sozinho, mas deve deixar tudo aos seus “ministros”, ou seja, a seus representantes. Permanece essencialmente verdadeiro aquilo que Rousseau, último fautor da democracia direta, a qual todavia reconhecia ser possível apenas em um povo de deuses, dizia no *Contrato social* a propósito do povo inglês, que era livre apenas no momento em que ia votar, e logo depois voltava à servidão (III, 15). Aquela a que hoje chamamos democracia representativa receberia então, do mesmo Rousseau, o nome de “aristocracia eletiva (III, 5), que não era muito diferente daquilo que chamamos de “elitismo político” (BOBBIO, 2000, p. 421).

Com base na exposição de Bobbio supracitada, pode-se identificar então que o que hoje compreende-se como democracia é, na verdade, a denominada democracia representativa. Nesse tipo de democracia, diferentemente da concepção “dos antigos”, para se valer do termo empregado por Bobbio, os exercícios das atividades que afetam a vida pública passam a ser delegados a outros, os quais passam a atuar enquanto representantes daqueles que os elegeram.

É, aqui, então que passamos a compreender a importância do sufrágio, vez que o mesmo é a própria razão de ser das democracias representativas. Sem sufrágio, o próprio exercício da democracia fica prejudicado.

Já lecionava Montesquieu que “quando, na República, o Povo no seu todo tem o poder soberano, é uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do Povo, chama-se Aristocracia” (MONTESSQUIEU, 1994, p. 84). Esse tipo de concepção indica que a democracia só existe se o poder soberano realmente tiver como lastro o povo como um todo, isto é, a democracia, necessariamente, está correlacionada a uma ideia de inclusão.

A democracia grega e romana, por exemplo, em que pesem receber a nomenclatura democracia, pela concepção contemporânea estão mais próximas de uma aristocracia, conforme a fundamentação de Montesquieu, do que democracia *per se*. Isso, porque o sufrágio nesses “povos antigos”⁵⁹ era restrito, sem incluir, por exemplo, mulheres⁶⁰, pessoas de baixa renda⁶¹ e escravos⁶².

O processo de abertura, no âmbito do sufrágio, viria ocorrer séculos mais tarde, a partir das Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, nos Estados Unidos da América, e das Declarações de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França. Isso, porque é a partir desse momento histórico, conforme já havia abordado na seção 2.1, que é realizada a transição de um regime de Estado de Direito para Estado Democrático de Direito, sendo que o povo é o soberano do Estado, o qual se governa para si.

A partir disso, pode-se formular a democracia como sendo de dois tipos: a ideal (que é aquela que se espera) e a real (aquela que, efetivamente, se cumpriu na vida real tendo como parâmetro a ideal). Conforme aponta Bobbio (2000, p. 421), “há no mundo democracias muito diferentes entre si, e que podem ser distinguidas com base no diferente grau de aproximação do modelo real”. É nesse sentido que melhor pode-se compreender a nossa constituição atual que, logo, em seu art. 1º, dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(BRASIL, 1988)

⁵⁹ Termo usado por Bobbio.

⁶⁰ Nas democracias contemporâneas, por exemplo, o sufrágio feminino é uma conquista relativamente recente. No Brasil, por exemplo, possui menos de um século desde que o mesmo veio a ocorrer sem restrições com o advento do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que, em seu art. 2º, dispunha que “e' eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na fôrma deste Código” (BRASIL, 1932, mantida grafia original). Em 1934, a disposição seria incorporada na nova constituição, e que substituiria a de 1891. Após a constituição de 1934, todas as demais constituições brasileiras passaram a garantir o sufrágio feminino.

⁶¹ A primeira constituição brasileira, de 1824, também incorporava restrição de renda para o exercício do voto (Cf. BRASIL, 1824), que era indireto, conforme as hipóteses dos artigos 92, V; 94, I e 95, I. A constituição seguinte não dispunha de tal restrição em sua redação, porém abria margem para que normas infraconstitucionais viessem a estabelecer eventual restrição, conforme o art. 70, *caput* (Cf. BRASIL, 1891).

⁶² A Constituição Imperial de 1824 não utiliza de forma expressa o termo escravo, admitindo, em seu lugar, conforme o art. 92, “os criados de servir” (Cf. BRASIL, 1824). O termo figurativo, por sua vez, se aplicava aos escravos. Ademais, mesmo os escravos libertos possuíam restrições, a exemplo do art. 94.

Assim, o que o Constituinte entendia como sendo um Estado Democrático de Direito está além do poder ser emanado do povo (o que é exercido de forma direta ou representativa), mas também os valores de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, sendo que todos esses fundamentos são cumulativos. Ademais, ressalta-se os objetivos fundamentais, os quais estão dispostos no art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
 (BRASIL, 1988)

Por sua vez, no Título II, o qual versa os direitos e garantias fundamentais, encontramos aquilo que, em um plano ideal, deveriam ser respeitados por se constituírem enquanto o próprio pilar de nossa democracia, sendo assim a base de todos os demais direitos de nosso ordenamento jurídico. Um Estado que se diz Democrático de Direito, em sentido pleno, independentemente de seu exercício de democracia ocorrer pela via direta ou representativa, deve estar, necessariamente, alinhado aos valores que a sua sociedade considera enquanto fundamentais. É claro que reconhecemos a existência de um abismo entre aquilo que é o real e aquilo que é o efetivamente realizado, mas o que se deve buscar é sempre atingir ao máximo aquilo que pressupõe como ideal.

Valho-me aqui das palavras de Bobbio (2000, p. 421): “a democracia perfeita não pode existir, ou de fato jamais existiu”. A democracia está em um constante processo de transformação, lento e irrefreável. Leciona ainda Bobbio (2000, p. 425) que:

Um ideal-limite já é em si mesmo, e por definição, inatingível. Podemos existir historicamente maiores ou menores aproximações desse ideal. Mas nenhum ideal é deste mundo. Aquilo que hoje chamamos de democracia, em oposição aos governos autoritários, às ditaduras, aos Estados totalitários, não é uma meta, é uma via, uma via da qual talvez estejamos apenas no início, não obstante tenha sido tentada pela primeira vez há muitos séculos, tentada e mil vezes interrompida. O fato de que, não obstante as frequentes e brutais interrupções, tenha sido sempre retomada é ao menos motivo de esperança. Uma via da qual não sabemos nem ao menos onde vai dar, como de resto não sabemos onde vai dar a história humana em seu todo, mas que ao menos como via nos parece mais praticável e mais tratável do que as outras, ou talvez apenas menos desesperada. Essa ideia da democracia como via tornou-se afinal domínio comum. É uma ideia que faz parecer menor a disparidade entre a democracia ideal e a democracia real, porque, como afirmei em outras ocasiões, é a definição mínima de democracia aquela sobre a qual podemos mais facilmente concordar. Uma definição mínima, e exatamente porque mínima, realista.

Também compartilham desse entendimento “alguns dos maiores filósofos, economistas e juristas contemporâneos, como Karl Popper, Schumpeter, Alf Ross, Hayek e Kelsen” (BOBBIO, 2000, p. 426). E nós também compartilhamos desse entendimento de retratar a democracia enquanto uma via que busca aproximar o real do ideal. Por isso, preocupa-nos os momentos de interrupção, suspensão, afastamento ou impedimento dessa via, pois, no mundo real, pode ser que não seja a sociedade, o povo, quem está de fato na condição de soberano⁶³.

O que diferencia a democracia das demais formas de governo são as eleições periódicas, o que por si só a diferencia dos meios de sucessão hereditária ou cooptação, e ainda as regras que estabelecem os modos de tomar decisões coletivas, seguindo princípio da maioria (BOBBIO, 2000, p. 426). O intuito das eleições periódicas é “impedir que uma classe política se perpetue sem se submeter ao controle dos indivíduos sobre os quais ela exerce o próprio poder” (BOBBIO, 2000, p. 426). Por sua vez, os modos de tomar decisões coletivas servem para buscar ao máximo consenso coletivo, de forma pacífica (BOBBIO, 2000, p. 426).

Não existe garantia de que a escolha tomada pela vontade da maioria seja mais sábia (BOBBIO, 2000, p. 426). No mundo real, nota-se, corriqueiramente, situações em que as vontades da maioria por vezes se mostram equivocadas. No âmbito histórico, Hitler talvez seja um dos maiores exemplos nesse sentido, conforme já foi abordado por diferentes ocasiões, neste trabalho. Não é possível crer que os alemães, à época da ascensão do partido nazista pós-Primeira Guerra Mundial, se soubessem das consequências que se seguiriam, mantivessem apoio ao partido. Não é possível prever o futuro. No âmbito da ciência da administração, o planejamento por cenários surge com o intuito de auxiliar na tomada de decisões, caso ocorram determinados eventos, mas não é sob nenhuma hipótese um meio de prever o futuro, e o próprio cenário, muitas vezes, é revisto, conforme a incidências das hipóteses que venham a se confirmar.

A democracia nos propicia a certeza de que, em caso de decisões equivocadas terem sido tomadas por uma determinada classe política, há a possibilidade de mudança. Essa mudança

⁶³ A respeito dessa questão, oportuno observar seguinte passagem Spinoza sobre a relação soberano e democracia em seu Tratado Teleológico Político: “Eis aqui a condição segundo a qual uma sociedade pode se formar sem que o direito natural lhe contradiga minimamente, e todo pacto ser observado com a maior fidelidade: é preciso que o indivíduo transfira à sociedade toda a potência que lhe pertence, de modo que apenas ela tenha sobre todas as coisas um direito soberano de natureza, ou seja, uma soberania de comando à qual todos deverão obedecer, seja livremente, seja por temor do último suplício. O direito de uma sociedade desse gênero é chamado democracia, e a democracia assim se define: a união dos homens em um todo e que tem um direito soberano coletivo sobre tudo o que está em seu poder.” Cf. GUINSBURG, J; CUNHA, N; ROMANO, R. (orgs). **Spinoza**: obra completa III: Tratado Teleológico Político. Trad. J. Guinsburg e Newton Cunha. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 376, grifo nosso. Assim, conforme a passagem em destaque, podemos afirmar que a democracia só existe realmente quando é o povo que exerce o papel de soberano por meio da manifestação da vontade coletiva, o que significa que não basta a mera aparência para se estabelecer uma democracia (nota de atualização do autor).

ocorre quando, havendo o entendimento de que a classe política instaurada não é boa, o povo, legitimado pelo exercício do voto, realiza uma efetiva troca da classe política.

No entanto, é em decorrência dessa questão que torna tão essencial aos regimes democráticos a existência de um povo educado, que consiga fiscalizar os seus governantes. Ser capaz de raciocinar por conta própria é penoso e, como tal, oportuno recordar de uma lição kantiana.

Em sua obra⁶⁴, “Resposta à pergunta: O que é esclarecimento?”, de 05 de dezembro de 1783, Immanuel Kant (1783, p. 1) afirma que:

Esclarecimento (Aufklärung) significa a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável. A minoridade é a incapacidade de ser de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro. É a si próprio que se deve atribuir essa minoridade, uma vez que ela não resulta da falta de entendimento, mas da falta de resolução e de coragem necessárias para utilizar seu entendimento sem a tutela de outro.

Mais adiante, continua o autor:

A preguiça e a covardia são as causas pelas quais uma parte tão grande dos homens libertos há muito pela natureza de toda tutela alheia (*naturaliter majorenes*), comprazem-se em permanecer por toda sua vida menores; e é por isso que é tão fácil a outros instituírem-se seus tutores. É tão cômodo ser menor. Se possuo um livro que possui entendimento por mim, um diretor espiritual que possui consciência em meu lugar, um médico que decida acerca de meu regime, *etc.*, não preciso eu mesmo esforçar-me. Não sou obrigado a refletir, se é suficiente pagar; outros se encarregarão por mim da aborrecida tarefa. Que a maior parte da humanidade (e especialmente todo o belo sexo) considere o passo a dar para ter acesso à maioridade como sendo não só penoso, como ainda perigoso, é ao que se aplicam esses tutores que tiverem a extrema bondade de encarregar-se de sua direção. Após ter começado a emburrecer seus animais domésticos e cuidadosamente impedir que essas criaturas tranquilas sejam autorizadas a arriscar o menor passo sem o andador que as sustenta, mostram-lhes em seguida ao perigo que as ameaça se tentam andar sozinhas. Ora, esse perigo não é tão grande assim, pois após algumas quedas elas acabariam aprendendo a andar; mas um exemplo desse tipo intimida e dissuade usualmente toda tentativa ulterior (KANT, 1783, p. 1 e 2).

Então, para Kant, o homem, em nível individual, deve ser capaz de superar o estado que ele vem a denominar minoridade, o que deve ocorrer por meio da faculdade de pensar por conta própria. Outros virão e tentarão impor um modo próprio de pensar, dizendo qual o melhor caminho a ser seguido. No caso de nossa reflexão, àquele que faz esse papel são os governantes. E, assim, o fazem, pois, caso o indivíduo não pense, não questione, não exercite por meio do

⁶⁴ A tradução da obra de Immanuel Kant utilizada possui tradução atribuída à Luiz Paulo Rouanet e foi disponibilizada por ocasião do II Encontro do evento “A Construção do Sujeito em Kant – As luzes de Foucault”, ministrado por Jamille Santos (PPGLing/UESB), realizado em 08 de outubro de 2013, às 18h30, no Labedisco da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

voto o exercício da democracia, poderá ter seu mandato assegurado com a difusão de suas verdades.

O Capital, de um modo ou de outro, pareceu entender a lição kantiana supramencionada. A Grande Mídia, valendo-se especialmente dos meios de informação e comunicação conseguiu atingir em nível individual escalas sem precedentes. Moraes, Ramonet e Serrano (2013), em sua obra, demonstram como a união do Capital com a mídia a tornou um novo e importantíssimo *player*. Em trabalho publicado, em conjunto de Wallace Leite Nogueira, por ocasião do III Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania da Universidade de Ribeirão, escrevemos “os esforços da mídia em exercer os interesses de seus grupos tolhem a liberdade de expressão e inviabilizam o efetivo exercício da democracia, ou seja, a mídia passa a atuar como uma espécie de contrapoder dentro dos estados democráticos de direito” (SILVA; NOGUEIRA, 2015, p. 310).

Como a mídia pensa no lugar do indivíduo, ela passa a estabelecer quais valores são ou não certos, o que deve ou não ser seguido, o que é ou não verdade. O controle da informação passa a ser fundamental no processo de construção política. O *policy maker* que não obtiver boas relações midiáticas dificilmente será capaz de se consolidar. Em recente artigo à Revista Piauí, Fernando Haddad, ex-Ministro da Educação e ex-prefeito de São Paulo, reconheceu os impactos da mídia com relação ao ambiente político (Cf. HADDAD, 2017).

A Internet também não é isenta, afinal, existem diversos “filósofos” que propagam suas mensagens, por vezes, infundadas de qualquer embasamento, mas que pela falta do exercício da crítica reflexiva são replicadas e reproduzidas e uma informação passa a ser tratada como sendo verdadeira. Contudo, por estar fora de um ambiente de monopólio político-ideológico, já que existem diferentes fontes de informação, ao menos a Internet passa a ser mais democrática. É uma competição mais justa, especialmente, no Brasil, sendo que temos um modelo de regulamentação que estabelece meia dúzia de grandes emissoras com seus respectivos reprodutores regionais.

Na Internet, há uma infinidade de *websites*, em que pese haver uma espécie de monopólio dos motores de busca para se chegar a uma determinada informação. Nesse sentido, entende-se a Internet como um ambiente mais democrático para se obter o acesso à informação do que as mídias tradicionais, já que ainda, nos dias atuais, as barreiras existentes para se conseguir o próprio acesso de conexão (a exemplo da exigência de um dispositivo informático, como computador, *tablet*, *smartphone*, dentre outros, e da contratação do plano de um plano de acesso, o qual pode não estar disponível em determinadas regiões geográficas) se fazem presentes.

Retomando a ideia de democracia enquanto via, Bobbio identifica uma série de universais processuais que permitem identificá-las:

1) Todos os cidadão que tenham alcançado a maioria etária sem distinção de raça, religião, condição econômica, sexo, devem gozar de direitos políticos, isto é, cada um deles deve gozar do direito de expressar sua própria opinião ou de escolher quem a expresse por ele; 2) o voto de todos os cidadãos deve ter igual peso; 3) todos aqueles que gozam dos direitos políticos devem ser livres para poder votar segundo sua própria opinião formada, ao máximo possível, livremente, isto é, em uma livre disputa entre grupos políticos organizados em concorrência entre si; 4) devem ser livres também no sentido de que devem ser colocados em condições de escolher entre diferentes soluções, isto é, entre partidos que tenham programas distintos e alternativos; 5) seja para as eleições, seja para as decisões coletivas, deve valer a regra da maioria numérica, no sentido de que será considerado eleito o candidato ou será considerada válida a decisão que obtiver o maior número de votos; 6) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições (BOBBIO, 2000, p. 427).

Reconhece o autor que tais regras podem conferir um aspecto restrito ao significado de democracia, porém, em sua visão, é preferível um significado restrito do que um amplo. Sobre isso menciona:

Estou até disposto a admitir que para que um Estado seja verdadeiramente democrático não basta a observância dessas regras, ou seja, reconheço os limites da democracia apenas formal, mas não tenha dúvidas sobre o fato de que basta a inobservância de uma dessas regras para que um governo não seja democrático, nem verdadeiramente, nem aparentemente (BOBBIO, 2000, p. 427).

Particularmente, não há problemas nas regras formais estabelecidas por Bobbio. Pode-se entendê-las, do ponto de vista acadêmico, como um ponto de partida, mas não como um fim em si mesma. Essas regras atuam como um norte, como um parâmetro, e que por isso não devem ser vistas de forma absoluta e irredutível. Ao mesmo tempo, se não tivéssemos um norte, considerando justamente a discrepância do ideal e do real, em última análise, não poderíamos sequer definir uma determinada sociedade como sendo democrática. Parece que o que deve ser visto para o estabelecimento dos critérios é o quão mais próximo do estabelecimento dessas regras as sociedades se encontram.

Ao longo desse trabalho, construiu-se a compreensão a respeito da consolidação de um estado de exceção de fato; e não de direito. Nesse sentido, o estado de direito confere um aspecto de formalidade, e sendo de formalidade, a sua aparência é de ambiente democrático. Diversos países buscam, em suas constituições, criar regras formais, as quais vão conferir o aspecto de democracia, mesmo não o sendo nas vias de fato.

O estabelecimento de um regime de exceção, seja ele estado de defesa, de sítio, de emergência, ou qualquer outra terminologia é, por si só, um claro atentado ideal de democracia. E é nesse ponto que reforçamos o entendimento de Agamben de que uma “‘democracia protegida’ não é uma democracia” (AGAMBEN, 2004, p. 29). Ao se suspender direitos o que se faz é suspender a própria democracia. O estado de exceção faz com que os indivíduos não sejam nem livres e muito menos iguais. Restrições aos direitos de comunicação, locomoção, reunião, dentre outros que podem eventualmente sofrer restrições, tolhem dos indivíduos liberdades fundamentais. Ao indivíduo, nada, e ao soberano, tudo.

O estado de exceção de fato é ainda mais perverso: ocorre no âmbito de uma aparente democracia. A democracia, do ponto de vista formal, se faz presente. É o caso da presença das normas constitucionais, a exemplo dos arts. 1º e 3º de nossa constituição. Porém, ao mesmo tempo, interesses obscuros fazem o formalismo ser apenas uma fachada, criando a aparência de algo, como um fetichismo. No caso, o fetichismo consiste em acreditar que vivemos em uma democracia quando, na verdade, vivemos um estado de exceção de fato.

E o que nos leva a crer que vivemos em um estado de exceção de fato? Isso será retratado nas próximas seções.

4.2 O CAPITAL E ESTADO DE EXCEÇÃO

Chesnais dedicou sua obra “A Mundialização do Capital” ao estudo daquilo que ficou popularmente conhecido como “globalização”, analisando, de tal forma, as transformações que ocorreram em decorrência do processo de reprodução do capital, nos anos 80 (Cf. CHESNAIS, 1996). A respeito da “globalização”, explica o autor que o termo deriva da palavra “global”, aparecendo, a partir dos estudos realizados nas escolas de administração de empresas norte-americanas, como: Harvard, Columbia, Stanford, dentre outras (CHESNAIS, 1996, p. 23).

O termo global passa uma ideia de amplitude, o que significa que passa a ideia de algo ser muito maior do que realmente o é. Nesse sentido, o autor afirma que o termo possui uma conotação difusa e ambígua (Cf. CHESNAIS, 1996, p. 24). Inobstante, além de Chesnais, pode-se observar também em Hannah Arendt a significância de amplitude do termo “global” em relação ao processo de acumulação, sendo que o globo é o próprio limite (ARENDR, 2016a, p. 309).

No âmbito acadêmico, os fundamentos que embasam o ideal globalizante são as ideias de autores como Muth (1961), Phelps (1967), Friedman (1968), dentre outros, denominados autores novos-clássicos, vez que se inspiram em ideias de autores clássicos da escola liberal,

como Smith, Ricardo, dentre outros. É a partir desses autores que aquilo que ficou popularmente conhecido como neoliberalismo ganha sustentáculo teórico.

Muth (1961) contribuiu com a teoria da racionalidade dos agentes econômicos, que relaciona expectativas racionais com a teoria da movimentação dos preços. Phelps (1967) e Friedman (1968) pautam seus estudos na denominada “Curva de Phillips”⁶⁵. A novidade introduzida pela abordagem desses autores é a introdução na equação da curva da taxa de inflação esperada, o que viria produzir uma nova “Curva de Phillips” a cada taxa de inflação inserida (LUQUE, 2011, p. 296). É uma contribuição perigosa do ponto de vista social, porque “a consequência direta da crítica desses autores é que ela passa a admitir que são os trabalhadores que decidem quanto de emprego oferta em razão de variações em seus salários reais e por isso há uma taxa natural de desemprego” (SILVA; MISAILIDIS, 2016, p. 141).

Explica ainda Sawaya (2015, p. 109) que essa lógica de pensamento é favorável às empresas porque elas não contratariam, vez que salários elevados não compensam a ampliação da produção. Dessa forma, para que as empresas passem a contratar, justifica-se uma redução dos níveis salários.

Naomi Klein (2008) aborda que as ideias desses autores foram postas em prática na América Latina, a qual atuou como espécie de laboratório de testes dessas políticas por meio do estabelecimento de estados de exceção. Dentre esses laboratórios de teste, o Chile foi o que apresentou os resultados mais positivos e, até hoje, é tido como o caso de sucesso do modelo neoliberal. A verdade é que as políticas foram, de fato, um sucesso: um sucesso de aprofundamento das desigualdades sociais, tornando os ricos em super-ricos e as classes de trabalhadores organizados em algo descartável (KLEIN, 2008, p. 444)

A mensagem neoliberal imposta pelos turiferários da globalização é clara: “a liberalização e a desregulamentação devem ser levadas a cabo, que as empresas tenham absoluta liberdade de movimentos e que todos os campos da vida social, sem exceção, sejam submetidos à valorização do capital privado” (CHESNAIS, 1996, p. 25). É a submissão da vida-nua, do mero viver, aos interesses do capital.

Na seara econômica, essa ideologia se popularizou por meio dos manuais de economia. Dentre eles, se destaca o de Gregory Mankiw:

⁶⁵ A “Curva de Phillips” é uma “curva inversamente proporcional que relaciona o desemprego (valor em porcentagem) com a taxa de variação dos salários reais (valor em porcentagem), e que foi elaborada a partir da observação de dados do Reino Unido entre 1861-1957” (SILVA; MISAILIDIS, 2016, p. 141). Para fins de aprofundamento, veja também o artigo original de Phillips (1958).

O Prof. Gregory Mankiw (Harvard) produziu um Manual de Introdução à Economia, que é texto básico em diversas universidades na iniciação dos estudantes nos princípios da disciplina. A apresentação da matéria é feita através de um capítulo intitulado ‘Dez Princípios de Economia’ (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 99).

Nesse manual, destacam Belluzzo e Galípolo (2017, p. 100) que uma de suas primeiras lições é sobre *tradeoffs*, sendo que, para Mankiw, uma das principais é entre eficiência e equidade. Nas palavras de Mankiw (2005, p. 5, grifo no original):

Outro *tradeoff* que a sociedade enfrenta é entre eficiência e equidade. **Eficiência** significa que a sociedade está obtendo o máximo que pode de seus recursos escassos. **Equidade** significa que os benefícios advindos desses recursos estão sendo distribuídos com justiça entre os membros da sociedade. Em outras palavras, a eficiência se refere ao tamanho do bolo econômico e equidade, à maneira como o bolo é dividido. Muitas vezes quando estão sendo reformuladas as políticas do governo, esses dois objetivos entram em conflito.

Sobre *tradeoff*, exemplifica Mankiw (2005, p. 5, grifo nosso):

Consideramos, por exemplo, as políticas que têm por objetivo atingir uma distribuição mais igualitária do bem-estar econômico. Algumas delas, como o sistema de bem-estar ou o seguro-desemprego, procuram ajudar os membros mais necessitados da sociedade. Outras, como o imposto de renda das pessoas físicas, requerem que os bem-sucedidos financeiramente contribuam mais do que outros para sustentar o governo. Embora essas políticas tragam o benefício de levar a um a maior equidade, elas têm um custo em termos de redução da eficiência. Quando o governo redistribui renda dos ricos para os pobres, reduz a recompensa pelo trabalho árduo; com isso, as pessoas trabalham menos e produzem menos bens e serviços. Em outras palavras, a quando o governo tenta cortar o bolo econômico em fatias mais iguais, o bolo diminui de tamanho.

O postulado de Mankiw ignora a realidade e suas variáveis, a exemplo do desemprego involuntário. Sobre isso, comentam Belluzzo e Galípolo (2017, p. 100):

Pode parecer estranho, mesmo ao mais despretenso observador de nossa sociedade, mas os economistas, que tem por hábito ignorar as objeções empíricas aos seus postulados teóricos, têm dificuldade em aceitar a existência de desemprego involuntário. O problema é tratado como se a decisão de permanecer desempregado estivesse na alçada do próprio desemprego, e não como consequência da baixa atividade econômica que inibe a contratação de mão de obra por parte das empresas. O emprego, portanto, seria importante, pois ao dar agulhadas nos trabalhadores eleva a eficiência do sistema econômico.

Ademais, é de se ter em vista a assertiva de Mankiw que:

Políticas públicas alteram os incentivos aos indivíduos que naturalmente tenderiam a tomar decisões eficientes. O ponto é demonstrar como a intervenção governamental afeta o cálculo de custo-benefício individual podendo conduzir a ineficiências

econômicas e efeitos contrários aos desejados pelos seus formuladores (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 100).

Essa forma de raciocinar não é particularidade de Mankiw, a exemplo dos manuais de economia de Robert Pindyck (MIT) e Daniel Rubinfeld (Universidade da Califórnia, Berkeley), conforme apontam Belluzzo e Galípolo (2017, p. 101).

Este trabalho não tem como principal intuito fazer críticas aos manuais de economia, porém, tendo em vista esse modo pensar, julga-se pertinente realizar algumas ponderações. A principal ponderação é a falta de uma visão humanista por parte desses economistas, os quais fazem parte de corpos de instituições renomadas, e é de notório conhecimento estarem entre as melhores do mundo nos mais diferentes rankings. Já a segunda ponderação, que decorre da primeira, é a de que essa forma de lecionar é aparentemente perigosa, já que doutrina os alunos, desde os primeiros anos de suas graduações (tendo em vista que esses manuais são de caráter introdutório à disciplina), a terem uma visão fria da economia, totalmente voltada a uma suposta maximização do valor, ignorando as consequências que ela pode vir a ter no mundo real.

De toda sorte, o que pode-se afirmar é que a doutrina neoliberal é uma vertente econômica perigosa que determina quem fica e se beneficia da renda nacional (SAWAYA, 2015, p. 108), ampliando as desigualdades. É uma vertente que atende a interesses específicos e determinados: do Capital.

Em 2008, uma tormenta, para saber fazer valer do termo empregado por Belluzzo (2009), despencou. Uma grave crise econômica, cujos efeitos se assemelham a de 1929, assolou as principais economias desenvolvidas e pôs em xeque determinados mitos, a exemplo do clássico *too big to fail*, ou grande demais para quebrar. Com a crise, nenhuma empresa, especialmente bancos, poderia ser considerada grande demais para quebrar. No entanto, o que a história nos revelou foi um importante papel por parte dos governos, os quais foram obrigados a injetar dinheiro na economia, a fim de evitar um ciclo de reprodução de desastres. A queda do Lehman Brothers, à época um dos maiores bancos de investimentos, foi apenas um prelúdio do que estava por vir⁶⁶.

No Brasil, a crise iniciada, no primeiro mundo, viria se manifestar de forma tardia. Isso não significa que, naquela época, ela não foi sentida, mas que as condições reais mascaravam

⁶⁶ O Lehman Brothers era um dos maiores bancos estadunidenses, sendo especializado em investimentos de risco. Para saber mais a respeito da queda do Lehman Brothers, Cf. BBC. **Entenda a quebra do banco Lehman Brothers**, 2008. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/09/080915_lehman_qa_pu.shtml>. Acesso em: 10 jun. 2017.

a situação. Entre 2004 e 2010, o país viveu um período de bonança, motivado, especialmente, pela demanda global que alavancou as exportações. Com o fim da bonança:

O consumo de duráveis ainda mantinha trajetória positiva, mas a derivada-segunda⁶⁷ emitia sinais de esgotamento desse componente da demanda: a antecipação do consumo via crédito, como se acontecesse, acarretou a sobrecarga dos compromissos do pagamento com juros e amortizações na renda disponível das famílias. Também os acréscimos de renda agregada decorrente dos reajustes do salário mínimo e dos novos empregos formais perdeu força (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 127).

E, assim, “desde 2012, a economia brasileira vinha resfolegando tal como uma locomotiva a vapor com a caldeira furada. A diminuição da pressão não impedia, no entanto, que os vapores do consumo continuassem a empurrar o comboio para frente” (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 127). A isso tudo se acrescenta a falta de reação aos estímulos nos âmbitos de política fiscal e monetária (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 127) e “a penalização da Petrobrás, afetada por uma despropositada contenção dos preços dos combustíveis” (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 127).

Tendo isso em vista, em 2015, ocorreu uma mudança na equipe econômica do governo Dilma, assumindo como Ministro da Fazenda Joaquim Levy que, pautado nas ideias acerca das expectativas racionais dos agentes econômicos, tentou promover medidas de austeridade monetária e fiscal, as quais agravaram justamente aquilo que se tentava combater: inflação, recessão e déficits públicos (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 128).

A respeito do insucesso das políticas de Levy, explicam Belluzzo e Galípolo (2017, p. 128)

Partindo das condições estáticas de equilíbrio (disfarçadas de dinâmica estocástica), os modelos de expectativas racionais desconsideram a dinâmica concreta da economia monetária da produção. Na hipótese keynesiana, as antecipações que sustentam as decisões dos empresários a respeito dos rendimentos do seu estoque de capital existente, ou do investimento em nova capacidade, são tomadas em condições de incerteza radical. Seria um prodígio da confiança antecipar um ‘reequilíbrio’ das condições de crescimento depois de um choque de preços dos insumos universais, choque de juros e contração dos gastos públicos.

Sem atingir o sucesso esperado, Levy deixou o cargo de Ministro da Fazenda, no início de 2016, e, em seu lugar, assumiu Nelson Barbosa que, em seu breve mandato enquanto ministro, o qual durou até o final do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, em agosto de 2016, relaxou as medidas que haviam sido tomadas.

⁶⁷ Em matemática, derivada-segunda é a derivada da derivada de uma função.

Com a saída de Dilma, resultado do *impeachment*, Michel Temer, que assumiu o cargo de Presidente da República, nomeou Henrique Meirelles como Ministro da Fazenda em substituição a Barbosa. Meirelles, por sua vez, seguidor do “sagrado tripé”, choque de preços dos insumos universais, choque de juros e contração de gastos públicos, se assenta no discurso da “pertinente e necessária demanda por equilíbrio entre receitas e despesas públicas” (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 129), que, na prática, serve para “incriminar aposentados, trabalhadores e mães do Bolsa Família pelo ‘ataque’ ao orçamento público” (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 129), o qual se manifestou na forma das seguintes políticas: estabelecimento de teto dos gastos públicos (Emenda Constitucional 55/2016), reforma trabalhista e reforma da previdência.

O discurso empregado pelo governo, que segue alinhamento neoliberal, é de fácil assimilação pelas pessoas comuns vez que aplica conceitos que podem ser compreendidos no âmbito da economia doméstica. De um modo simples, por meio de retórica exemplificativa, uma dona de casa não possui condições de gastar mais do que arrecada, logo aquilo que ela possui de renda é o que irá limitar a sua capacidade de consumir. No entanto, o mesmo não ocorre com o Estado. Além dos tributos como fonte de arrecadação (capacidade de exercer política fiscal), o Estado é dotado de poderes para realização de política monetária e cambial, que a dona de casa não possui. Essa simples interpretação, por si só, diferencia o Estado de todos demais agentes econômicos. Dessa forma, não faz o menor sentido tratar o Estado tal como se ele fosse uma empresa, tal como pregoam os “adoradores da ‘velha meretriz macroeconômica’”⁶⁸ (BELLUZZO; GALÍPOLO, 2017, p. 129).

Nota-se, então, que o neoliberalismo é uma vertente conveniente não à sociedade. Em verdade, busca explorar dela ao máximo para atender ao processo de reprodução e acumulação do Capital. Não está preocupado com as consequências concretas, se haverá ou não emprego, se as pessoas conseguem atingir condições materiais mínimas de existência, mas tão somente atender uma suposta racionalidade econômica.

A corrente neoliberal vem promovendo, no Brasil, uma verdadeira conflagração de um estado de exceção de fato. Os direitos fundamentais, que deveriam proteger os cidadãos, passaram a ser o principal alvo das medidas que, mesmo se analisadas de um ponto de vista econômico, conforme foi retratado na abordagem de Belluzzo e Galípolo (2017, p. 128), não fazem o menor sentido.

⁶⁸ O termo empregado por Belluzzo e Galípolo (2017, p. 128) deve ser compreendido dentro do contexto crítico que está inserido. É nítido que os autores possuem um forte repúdio à referida vertente econômica. Optamos por reproduzir o termo tendo em vista o aporte retórico que ela propicia.

Assim, é certo afirmar que governo Temer estabeleceu um estado de exceção de fato. Ao adotar o receituário econômico neoliberal, apoiando-se em medidas que não visam o bem-estar da população, o estado brasileiro teve o exercício de sua democracia corroído. Não importa a ótica sob a qual se analise a situação, o que se tem é um governo ilegítimo, sem o lastro do povo obtido mediante o exercício do sufrágio e, conseqüentemente, sem o lastro do exercício democrático.

O neoliberalismo instaurou no país uma situação de servidão financeira⁶⁹, na qual as contas públicas, as finanças, passam a ser mais importantes que a vida humana. Pagar os juros da dívida e obter a confiança dos agentes econômicos, passou a ser mais importante que a liberdade, a igualdade e a fraternidade, fundamentos do ideal democrático.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o soberano capaz de instaurar um estado de exceção de fato é o Capital, e não propriamente uma pessoa física chefe de Estado e/ou de governo. Por outras palavras, não é Michel Temer ou o seu Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, embora antes assim o fosse, pois, pela via da formalidade democrática, em caso de substituição, poderia, ao menos, ter uma perspectiva de mudança e relaxamento do estado de exceção de fato. Inobstante, aqui não se pode prever o futuro, o que parece é que essa infeliz situação que o país se encontra deverá durar por mais alguns anos⁷⁰.

4.3 O BRASIL EM EXPERIÊNCIA DE EXCEÇÃO: consequências na sociedade contemporânea

A presente seção está subdividida em três tópicos principais, cada qual relacionado a um elemento que tenha como objeto algo que conflague uma experiência de exceção de fato, na sociedade brasileira contemporânea, a saber: a EC 95/2016, a Reforma Trabalhista e a Reforma da Previdência.

As três seções podem ser consideradas uma espécie de tripé do atual governo. Os três elementos se coadunam ao ideal neoliberal de liberalização da economia e desregulamentação. Atendem, portanto, ao interesse do Capital de caráter financeiro, portador de juros o qual, conforme abordou-se na seção anterior, passou a se configurar como um novo soberano.

⁶⁹ Para fins de aprofundamento, Ladislau Dowbor lançou, no segundo semestre de 2017, nova obra que aborda a arquitetura de poder sob a dominação financeira e seus impactos diretos sob a democracia e o planeta. Em específico, indicamos a leitura dos capítulos 8 (“A Captura do Poder Político”) e 10 (“Apropriação do Excedente Social Pelo Capital Financeiro”), os quais compartilham, de forma mais direta de nossa compreensão e angústia, ao longo deste capítulo sob a fragilização das democracias em decorrência da ação do capital. A respeito da obra Cf. DOWBOR, L. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo?**. São Paulo: Autonomia Literária, 2017. (nota de atualização do autor).

⁷⁰ Alusão ao período de 20 anos estabelecidos pela Emenda Constitucional 95/2016.

O soberano não é o Presidente da República Michel Temer, tampouco o Ministro da Fazenda Henrique Meirelles, ou uma entidade física definida como um banco, fundo pensão, fundo de investimento, ou qualquer outro tipo de agente financeiro, mas uma entidade fictícia e não corpórea: o Capital, o qual manipula a vida das pessoas até mesmo em seus aspectos mais íntimos da vida privada.

No Brasil, a ideologia neoliberal não foi iniciada por Temer. Em verdade, pode-se observá-la, em nosso país, desde a época da Ditadura Militar. A diferença é que, naquela época, os seus efeitos e consequências talvez não tivessem sido tão claros. E, inobstante, o suposto caso de sucesso da experiência chilena pode ter cegado nossos *policy makers*.

Não se pretende, neste trabalho, retomar toda a evolução histórica do neoliberalismo no Brasil, o que poderá ser explorado, no futuro, em momento oportuno. Não obstante, se faz necessário ter em vista que a própria Constituição Federal possui traços que refletem a ideologia neoliberal, a exemplo da tutela da ordem econômica, da questão da propriedade, entre outros tópicos.

Observa-se ainda que todos os governos que se seguiram desde a promulgação da constituição, a saber, Collor, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso 1 e 2, Lula 1 e 2, Dilma 1 e 2 e agora Michel Temer estão definitivamente alinhados à ideologia neoliberal.

De todo modo, seleciona-se três situações que identificamos como sendo reflexos da conflagração de uma experiência de exceção. Essas três situações, refletem as características da necessidade e urgência e, tal como o estado de sítio por meio da suspensão de direitos fundamentais visa propiciar uma resposta rápida a uma situação de crise. Tais medidas, que também suspendem direitos fundamentais, são dadas como receituário para a situação de crise econômica que o país se encontra. Tais medidas são: o controle dos gastos públicos (seção 4.3.1), a Reforma Trabalhista (seção 4.3.2) e a Reforma da Previdência (seção 4.3.3).

4.3.1 Do controle dos gastos públicos e a Emenda Constitucional 95 de 2016

O controle dos gastos públicos, desde à época de Joaquim Levy enquanto Ministro da Fazenda, se mostrou presente no âmbito do discurso econômico, por todas as razões que foram mencionadas na seção 4.2.

A motivação por trás do controle dos gastos públicos é de que a Constituição de 1988 “teria ampliado em demasia os direitos sociais em relação à capacidade de gasto do Estado” (SAWAYA, 2015, p. 108). Por outras palavras, aos operadores do direito, isso está atrelado à concepção de que os direitos fundamentais devem ser prestados. Os direitos fundamentais não

se realizam por si só e, portanto, necessitam de algum tipo de ação (ou omissão) para surtirem os efeitos desejados no mundo real, no mundo do ser.

O discurso comum apregoa de que a capacidade do Estado é virtualmente limitada ao quanto ele consegue recolher em tributos, o que já foi demonstrado, na seção 4.2, que não é necessariamente verdade. Logo, *per si*, desde já pode-se identificar quão falaciosa é essa proposta de limitação dos gastos públicos.

A política para o controle de gastos públicos se materializou na forma da Proposta a Emenda à Constituição 241/2016 que posteriormente, quando foi para o Senado, se transformou em Emenda Constituição 95/2016, a qual foi aprovada e já se encontra em vigor no âmbito do ordenamento jurídico. O seu principal fundamento está disposto no item 8 da exposição de motivos, que reproduzo a seguir:

Com vistas a aprimorar as instituições fiscais brasileiras, propomos a criação de um limite para o crescimento das despesas primária total do governo central. Dentre outros benefícios, a implementação dessa medida: aumentará a previsibilidade da política macroeconômica e fortalecerá a confiança dos agentes; eliminará a tendência de crescimento real do gasto público, sem impedir que se altere a sua composição; e reduzirá o risco-país e, assim, abrirá espaço para redução estrutural das taxas de juros. Numa perspectiva social, a implementação dessa medida alavancará a capacidade da economia de gerar empregos e renda, bem como estimulará a aplicação mais eficiente dos recursos públicos. Contribuirá, portanto, para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e cidadãs brasileiro (BRASIL, 2016a).

O discurso embora bonito e de fácil compreensão, não possui fundamentação técnica ou empírica para lhe dar embasamento. Não há nenhuma garantia concreta, uma “fumaça do bom direito”, de que o novo regime fiscal atingirá sua finalidade. Esse tipo de argumentação é um verdadeiro “prodígio da confiança”⁷¹ na expectativa racionais dos agentes.

Mas, é no item 25 da exposição de motivos que deve-se atentar, pois, nela, o governo chega a argumentar que a medida é democrática, pois como o descontrole fiscal é um problema do país, cabe a todos socializá-lo para solucioná-lo:

Trata-se, também, de medida democrática. Não partirá do Poder Executivo a determinação de quais gastos e programas deverão ser contidos no âmbito da elaboração orçamentária. O Executivo está propondo o limite total para cada Poder ou órgão autônomo, cabendo ao Congresso discutir esse limite. Uma vez aprovada a nova regra, caberá à sociedade, por meio de seus representantes no parlamento, alocar os recursos entre os diversos programas públicos, respeitado o teto de gastos. Vale lembrar que o descontrole fiscal a que chegamos não é problema de um único Poder, Ministério ou partido político. É um problema do país! [sic]E todos o país terá que colaborar para solucioná-lo (BRASIL, 2016a).

⁷¹ Termo empregado por Belluzzo e Galípulo (Cf. 2017, p. 128) em tom de ironia para se referir ao excesso de confiança na teoria da racionalidade dos agentes econômicos.

Infelizmente, a Proposta de Emenda à Constituição foi aprovada na Câmara e no Senado, se transformando na Emenda Constitucional 95/2016 e, com isso, estabeleceu o congelamento das despesas do governo, corrigidas pela inflação, por um período de 20 anos. Em 2017, o limite é calculado pelo ano de 2016 corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA-IBGE), adotando, nos anos seguintes, o valor do limite referente ao ano anterior.

Ademais, de modo a se atingir a eficácia esperada, a Emenda Constitucional estabeleceu medidas coercitivas, como veto a realização de concursos públicos, à criação de novos cargos e à contratação de pessoal com o argumento de que com isso busca preservar, ao máximo, a sua finalidade de restrição de gastos. Esse tipo de atitude passa a impressão de que o Governo está “fazendo a lição de casa”, pois, se há rombo, então que se corte os gastos. E na perspectiva do cidadão comum, antes um corte de gastos que um aumento de tributos.

Ocorre que o tamanho da máquina pública não é e nunca foi um problema, se analisado qual o tipo ideal de Estado que se espera. No mesmo sentido, entendem José Celso Cardoso Junior e Paulo Kliass (2016):

Com relação ao mito do tamanho do Estado, cabe perguntar: grande em relação a quem? Grande em relação a quê? A resposta depende do tamanho da ambição, da ousadia, do escopo, do perfil do projeto de desenvolvimento nacional almejado. Significa que o problema não é o tamanho (em abstrato!) do Estado, mas sim qual o arranjo institucional necessário (Estado/Mercado/Sociedade) para levar a cabo o projeto de desenvolvimento pretendido. Em perspectiva desenvolvimentista: para um projeto incluyente, sustentável, soberano, democrático, o Estado brasileiro decididamente não é grande! Tanto se considerada a carga tributária brasileira, como o percentual dos trabalhadores empregados no serviço público, ambos em perspectiva internacional, os dados mostram claramente que o Estado brasileiro está aquém de suas necessidades mínimas de recursos e de pessoas.

Ademais, continuam os autores:

Com relação ao mito da eficiência do Estado, para usar apenas um único parâmetro de avaliação, temos hoje no Brasil um Estado cujo contingente de servidores civis ativos é praticamente o mesmo de quando foi promulgada a CF-1988. No entanto, desde então, esse mesmo Estado ampliou em muito as suas competências e áreas institucionais de atuação, bem como o acesso da população e a cobertura social de todas as políticas públicas de âmbito federal. Significa que, em termos de eficiência, faz-se hoje muito mais que no passado, seja por unidade de pessoal, de TIC's⁷² ou mesmo de orçamento per capita. Disso não se desprende que a agenda da eficiência não seja relevante! Pelo contrário, todos reconhecem ser necessário novos e permanentes ganhos de eficiência da máquina pública. Porém, de mais eficiência não se obtém, automaticamente, mais eficácia ou efetividade da ação governamental. E é exatamente neste pequeno detalhe que reside toda a ignorância, a insensatez, a arrogância e a má-fé do projeto golpista (CARDOSO JUNIOR; KLIASS, 2016)

⁷² Sigla que significa Tecnologias da Informação e Comunicação.

Com a capacidade de gastos do Estado virtualmente congelada em virtude da aprovação da Emenda Constitucional, é certo afirmar que o país cometeu um profundo retrocesso que condenará a sociedade brasileira por, ao menos, 10 anos, que é o prazo estabelecido no âmbito do art. 108 da constituição, a capacidade de gastos do Estado, sem garantia de que as “expectativas racionais” serão atendidos.

Porém, ademais do teto, a EC 95/2016 veda aumentos reais, que são aumentos acima da inflação, em áreas sociais, e aí se incluem, por exemplo, saúde e educação, pelo prazo de 20 anos. Sobre isso, menciona Eduardo Pagnani em entrevista à Eduardo Maretti da Rede Brasil Atual:

A ideia deles é a seguinte: o Brasil tem ‘dono’, desde as capitânicas hereditárias. Os ‘donos’ do Brasil estão dizendo que as demandas da democracia não são possíveis de ser atendidas. As alternativas que passam por cobrar os coronéis das capitânicas não fazem parte da agenda. Então você vai fazer o ajuste em cima do trabalhador, dos pobres e dos miseráveis (MARETTI, 2016).

Por conseguinte, a EC 95/2016 revela ainda a intenção de implementação de um modelo de Estado liberal mínimo no país.

Queriam fazer isso nos anos 1980. O Chile fez isso, a Argentina também. Vários países fizeram. Não conseguiram fazer aqui no Brasil nos anos 1980. Tentaram nos anos 1990, e avançaram bastante. Agora é o golpe final. [...] Trata-se da manifestação da luta de classes no país. É uma disputa pelo orçamento público. As classes de mais alta renda estão dizendo o seguinte: ‘Nós vamos reaver os recursos que vocês nos surrupiaram com a Constituição de 1988 e outras medidas sociais. Queremos de volta essa grana. Isso não estava no script’ (MARETTI, 2016)

Inobstante, observa Fagnani que existem alternativas possíveis com relação a alegada necessidade urgente de corte de gastos sociais:

A revisão da política de juros (que consomem R\$ 500 bilhões por ano) e das isenções fiscais (R\$ 300 bilhões) é uma delas. Além disso, estima-se que o país perde R\$ 400 bilhões anuais com sonegação, que precisaria ser rigorosamente controlada. Só esses três fatores somam R\$ 1,2 bilhão. Isso sem falar na questão tributária (MARETTI, 2016).

Diante do exposto, pode-se afirmar que o “teto dos gastos” pode ser compreendido como um típico instrumento de conflagração de um estado de exceção de fato. Os direitos fundamentais continuam previstos enquanto normas constitucionais, mas a sua eficácia é limitada. Os efeitos da EC 95/2016, por uma questão de lógica, não são facilmente sentidos no curto prazo, afinal, o país se encontra em uma situação de crescimento pífio em razão da crise

econômica. Quando, e se retornar à situação de normalidade, que poderá ser antes do prazo de 10 anos, ainda assim, o país estará sob a égide das restrições.

4.3.2 Da Reforma Trabalhista

A reforma trabalhista, PL 6787/2016⁷³, foi apresentada pelo Poder Executivo, em 23 de dezembro de 2016, e altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991.

Dentre os argumentos do governo, expostos pelos motivos do projeto, estão:

Aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário (BRASIL, 2016b)

Até o presente momento (junho de 2017), a Reforma Trabalhista já foi aprovada na Câmara dos Deputados⁷⁴.

O presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, (Anamatra), Guilherme Guimarães Feliciano, entende que as propostas da Reforma Trabalhista do governo Temer “representam retrocessos em relação às garantias sociais que o Brasil já conquistou” (SANTOS, 2017). Ademais, entende ainda o magistrado que a reforma pretende “relativizar uma série de **direitos sociais** que têm, inclusive, previsão constitucional e que, portanto, não poderiam, nesses termos, ser relativizados” (SANTOS, 2017, grifo no original).

Dentre os principais pontos da reforma, segundo levantamento do jornal El País (2017), incluem-se: maior ênfase nas negociações coletivas, de modo que os acordos coletivos poderão ser negociados, independentemente do que prevê a legislação trabalhista; mudanças nas regras processuais que resultam em maior ônus ao trabalhador, como a necessidade de comprovação de insuficiência de recursos e o pagamento de custas judiciais pelo trabalhador; punições por litigância de má-fé; limitação de ampliação de interpretação pelo Tribunal Superior do Trabalho; liberalização da terceirização para atividade-fim; tornar facultativa a contribuição

⁷³ O Projeto de Lei foi transformado na Lei Ordinária 13467, de 13 de julho de 2017 (nota de atualização do autor).

⁷⁴ A reforma foi sancionada pelo presidente em 13 de julho de 2017, e entrará em vigor em 120 dias após a publicação ocorrida em 14 de julho de 2017 no Diário Oficial da União, em 11 de novembro de 2017 (nota de atualização do autor).

sindical; aumentar a multa por empregado não registrado; estabelecimento de modalidade de contratação por teletrabalho (home office) e do trabalho intermitente; concessão de prêmio salarial pelo empregador sem que o prêmio considerado como parte integrante do salário; possibilidade de realização de rescisão contratual, na própria empresa, sem a necessidade de homologação pelos sindicatos; estabelecimento de demissão em comum acordo; possibilidade de mulher grávida ou lactante trabalhar em ambiente insalubre desde que comprovado via atestado médico que não há risco ao nascituro ou à mãe e; em caso de sucessão empresarial, a empresa sucessora passa a ser a responsável pelas obrigações trabalhistas.

Diante de tamanha alteração, não há dúvidas de que o projeto é tão somente benéfico a um só lado: o do empregador. Notoriamente, os trabalhadores são os mais prejudicados pelas mudanças, que não se constituem em outra coisa senão em puro retrocesso social.

Ademais, de todos os três pontos suscitados que exemplificam a conflagração de uma experiência de exceção de fato, a EC 95/2016, a Reforma Trabalhista e a da Previdência, é justamente na trabalhista que encontramos os maiores retrocessos sociais possíveis.

A reforma trabalhista fragiliza a democracia ao aumentar ainda mais as distâncias sociais existentes entre empregado e empregador. Não é uma norma que se reflita em termos de se alcançar maior justiça social. É claro que empregado e empregador são diferentes, porém, em termos de direitos, o que se busca é uma situação de maior igualdade, ao passo que a reforma acentua ainda mais as diferenças já existentes.

4.3.3 Da Reforma da Previdência

Na segunda, 05 de dezembro de 2016, foi apresentado pelo Poder Executivo a ora “PEC da reforma da Previdência”, a PEC 287/2016, a qual entrou em regime de tramitação especial com embasamento nos arts. 191, I e 202 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e cuja última ação legislativa, ao menos, até o momento da redação desse trabalho, ocorreu, em 14 de dezembro de 2016 em decorrência da aprovação do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Cf. BRASIL, 2017b).

A PEC realizaria alterações nos arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição Federal, com o suposto intuito de “fortalecer a sustentabilidade do sistema de seguridade social, por meio do aperfeiçoamento de suas regras, notadamente no que se refere aos benefícios previdenciários e assistenciais” (BRASIL, 2016b). Na justificativa do projeto, Henrique Meirelles, Ministro da Fazenda, argumenta que tais medidas são necessárias e

urgentes para que possam garantir “o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 2016b).

Conforme se extrai da proposta, a mesma estabelece como requisitos para a aposentadoria 25 anos de contribuição acumulada com a idade de 65 anos, o que, conforme explica Ruy Braga em entrevista à Renan Truffi da Carta Capital, “a rigor o que você está fazendo é estender o tempo de contribuição e tornar mais seletiva a possibilidade de entrar no regime de aposentadoria. Isso evidentemente causará uma série de impactos no tocante ao fato de que o Brasil é muito desigual em termos demográficos” (Cf. TRUFFI, 2016).

A respeito da questão demográfica, explica ainda Braga que:

Essa demografia acaba fazendo com que, por exemplo, um piso de 65 anos para aposentadoria exclua uma série de estados da federação onde a estimativa de vida da população masculina é de 65 anos ou até mesmo menos. É o caso do Maranhão e Piauí. Isso está significando um retrocesso muito grande em termos de proteção social. (Cf. TRUFFI, 2016)

O regime atual, sob essa ótica, justamente em decorrência dessa questão levantada por Braga, já pode ser considerado perverso, pois o indivíduo contribuiria com o regime sem qualquer perspectiva de que receberia um retorno futuro. Nesse tipo de situação, o indivíduo, durante sua vida útil enquanto trabalhador, já ficaria privado de parte de sua renda, a qual poderia ser destinada às suas necessidades básicas mais imediatas, o que vai diretamente de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humano. Contudo, a sua contribuição auxiliaria, dentro da lógica do sistema previdenciário, aos demais contribuintes, mas não a ele próprio. Reconhecemos que pode-se argumentar sobre riscos naturais, a exemplo de que todos estamos sujeitos ao risco de virmos a óbito ainda em nossa juventude, porém esse tipo de situação não leva em conta o cenário de normalidade, que é vir a óbito na velhice. Assim, o que temos são regras que já são surreais quanto a sua eficácia social e que, com a eventual aprovação da PEC, se distanciam ainda mais do que seria ideal em termos de eficácia social.

Além disso, ainda relação ao tempo mínimo de contribuição, pelas regras atuais, qualquer trabalhador pode requerer a aposentadoria, após ao menos 15 anos de contribuição, desde que preenchido os requisitos de 65 anos de idade. Com as novas regras, o tempo mínimo passaria para os 25 anos. Tendo em vista que o tempo mínimo não garante o teto máximo da contribuição, essa medida significa um aprofundamento ainda maior da ineficácia da função social da norma. Com relação a isso, entende Braga que tal aumento não encontra respaldo na realidade do trabalhador de baixa renda no país, já que o panorama do mercado de trabalho

brasileiro é organizado em torno de altas taxas de rotatividade e que 44% da força de trabalho do país está na informalidade (Cf. TRUFFI, 2016).

No entanto, em ambos os casos, 15 e 25 anos, respectivamente, regra atual e regra proposta, não é possível obter o teto máximo da aposentadoria. Isso, porque, para fins de determinação do valor a ser recebido, é utilizado o denominado Fator Previdenciário. A título exemplificativo, “pela PEC 248, se um trabalhador contribuir com uma média de 2.000 reais durante 25 anos, por exemplo, ele receberá uma aposentadoria de apenas 1.520 reais quando chegar aos 65 anos de idade, o que corresponde a uma cota de 76%” (Cf. TRUFFI, 2016). Disso se deduz que, caso queira receber um valor maior de aposentadoria, terá que trabalhar no mercado formal por mais tempo que os 65 anos de idade, ou seja, 49 anos de tempo de trabalho formal. Sobre isso, comenta Braga que:

É totalmente irreal. Você não vai encontrar ninguém com 49 anos de contribuição entre aqueles que ganham até dois salários-mínimos. Hoje, o trabalhador perde o emprego, vai para a informalidade, fica alguns anos e volta para o mercado formal. Isso é a regra do mercado de trabalho brasileiro, ou seja, um jogo de sobrevivência que os setores populares conhecem bem. Evidentemente que isso jamais somará 49 anos

Ademais, foram excluídos da proposta da previdência aposentadorias e pensões de militares, as quais são responsáveis por um déficit de 32 bilhões de reais. Assim, conforme entende Braga, ao submeter parte da população às novas regras e excluir outros, o que se promove é o aprofundamento das desigualdades, além de não contribuir “com os objetivos redistributivos de proteção social da Previdência pública do País” (Cf. TRUFFI, 2016).

Em 23 de março de 2017, a Presidência da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) divulgou nota sobre a reforma da Previdência. Argumentam os bispos que:

Buscando diminuir gastos previdenciários, a PEC 287/2016 ‘soluciona o problema’ [problema de financiamento da previdência], excluindo da proteção social os que têm direito a benefícios. Ao propor uma idade única de 65 anos para homens e mulheres, do campo ou da cidade; ao acabar com a aposentadoria especial para trabalhadores rurais; ao comprometer a assistência aos segurados especiais (indígenas, quilombolas, pescadores...); ao reduzir o valor da pensão para viúvas ou viúvos; ao desvincular o salário mínimo como referência para o pagamento do Benefício de Prestação Continuada (BPC), a PEC 287/2016 escolhe o caminho da exclusão social (CNBB, 2017, grifo nosso).

Ao optar pela exclusão social como meio de solucionar um suposto problema de financiamento das contas públicas, a PEC de Reforma da Previdência atua como um verdadeiro meio de corrosão da democracia.

Em roteiro utilizado sobre palestra da Reforma da Previdência realizada em 11 de fevereiro de 2017, ministrada por Adriana Marcolino, economista coordenadora da subseção Dieese da Central Única dos Trabalhadores (CUT) Nacional, em reunião da FBP/SP, foi elencado que:

De um total de 103,4 milhões de pessoas na População Economicamente Ativa, apenas 58% possuem cobertura previdenciária (53 milhões no Regime Geral e 7 milhões nos Regimes Próprios) – com a **PEC 287** essa cobertura irá cair, ampliando a pobreza e a pobreza extrema no médio prazo, diminuindo a ‘potência’ da seguridade social enquanto política pública de diminuição das desigualdades sociais (IHU, 2017a, grifo no original).

Assim, pode-se afirmar que a PEC 287/2016 não busca ampliar direitos sociais, promovendo maior liberdade e igualdade aos cidadãos, mas reforçar as disparidades sociais já existentes com retórica de insustentabilidade do modelo atual e que mantem ainda o privilégio de determinadas castas às custas da imensa maioria dos contribuintes. É assim, em sua essência, uma reforma que vai contra os direitos fundamentais e também, em última análise, aos próprios direitos humanos⁷⁵.

A Previdência é dotada de uma função social com valores éticos-sociais e solidários. Logo, só se torna de medida de justiça quando atingida em seu propósito. Sobre isso, mencionam os bispos:

O sistema da Previdência Social possui uma intrínseca matriz ética. Ele é criado para a proteção social de pessoas que, por vários motivos, ficam expostas à vulnerabilidade social (idade, enfermidades, acidentes, maternidade...), particularmente as mais pobres. Nenhuma solução para equilibrar um possível déficit pode prescindir de valores éticos-sociais e solidários. Na justificativa da PEC 287/2016 não existe nenhuma referência a esses valores, reduzindo a Previdência a uma questão econômica. (CNBB, 2017, grifo nosso).

Assim, tende-se a posicionar-se no mesmo entendimento dos bispos, no sentido de que, independentemente, de um suposto problema econômico, o que deve prevalecer são os direitos fundamentais. Logo, considerando que há um inegável retrocesso que, pelo menos, deve prevalecer o regime atual que, embora longe do ideal, ao menos é mais justo do que a proposta

⁷⁵ No mesmo sentido já se posicionou o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) e Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP): “a reforma parece ir de encontro ao encontro artigo 25 da clássica Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na medida em que não estará garantido a todos ‘o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle’. Se aprovarem as regras agora propostas, o Brasil, um dos países mais desiguais e heterogêneos do mundo, caminhará para se transformar em um dos campeões mundiais em regras restritivas para a aposentadoria” (Cf. DIESSE; ANFIP, 2017, p. 28).

apresentada pelo governo Temer, independentemente das justificativas apresentadas pelo Ministro da Fazenda.

Contudo, antes de finalizar o tópico, ocasiona ainda mais uma última questão a ser refletida: há realmente um déficit na previdência?

A proposta do Ministro da Fazenda que dá embasamento à PEC, muito embora seja relativamente recente (datada de dezembro de 2016), já vinha sendo debatida até mesmo durante o governo Dilma, antes do processo de *impeachment*. Em entrevista ao “Notícias do Dia”, publicadas nas páginas eletrônicas do Instituto Humanistas Unisinos, em 26 de fevereiro de 2016, a professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Denise Lobato Gentil, argumenta que os argumentos de déficit da previdência não são de todos verdadeiros. Sobre isso mencionou:

Tenho defendido que o governo faz um cálculo sem considerar o que prevê a Constituição Federal nos artigos 194 e 195. Nesses dois artigos verifica-se que os recursos que pertencem à seguridade social, que financiarão os gastos com saúde, assistência social e previdência, são provenientes de várias fontes de receita. Há a receita de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, o PIS-Pasep, a receita de concursos de prognósticos e a Contribuição Previdenciária dos trabalhadores, empregadores e dos contribuintes individuais para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

O que o governo faz, de fato, é pegar as Contribuições Previdenciárias do INSS e diminuir dessa receita o total dos benefícios previdenciários. O resultado é deficitário. Então a Previdência, que é financiada por quatro fontes de receita, aparece como sendo financiada por apenas uma. Mas, seguindo os preceitos constitucionais, o correto é somar todas as receitas da seguridade social e diminuir o total da despesa, o que inclui todos os gastos com previdência, os gastos com o Sistema Único de Saúde – SUS, com o Bolsa Família, com os benefícios da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS.

Permita-me insistir em algo importante: baseado nos preceitos constitucionais, não há déficit. Em 2013 houve um superávit de R\$ 67 bilhões, em 2014 um superávit de R\$ 35 bilhões e em 2015 de R\$ 16 bilhões. Note-se que no governo Dilma esse superávit tem caído progressivamente, porque a política macroeconômica tem produzido queda do Produto Interno Bruto – PIB desde 2011. Os anos de 2014 e 2015 são anos de recessão, mesmo assim o sistema de seguridade social gerou um superávit de R\$ 16 bilhões em 2015. Então, o que insistimos é que obviamente o argumento central para fazer a reforma da Previdência não pode ser a falta de recursos para cobrir os gastos. Temos que discutir as verdadeiras razões de fazer essa reforma.

Aliás, não sou apenas eu quem chega à conclusão de que há um superávit. A Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – Anfip chega a resultados semelhantes aos que apresentei. (IHU, 2016).

Ademais, conforme documento recente e atualizado produzido concomitantemente pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese) e Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP):

O suposto ‘rombo’ R\$ 85,8 bilhões apurado pelo governo em 2015, poderia ter sido coberto com parte dos R\$ 202 bilhões arrecadados pelo Confins, dos R\$ 61 bilhões

arrecadados pela CSLL e dos R\$ 53 bilhões arrecadados pelos PIS-Pasep. Haveria ainda os R\$ 63 bilhões capturados da Seguridade pela DRU e os R\$ 157 bilhões de desonerações e renúncias de receitas pertencentes ao Orçamento da Seguridade Social (DIEESE; ANFIP, 2017, p. 20).

Com base nessa argumentação de natureza econômica e tributária, pode-se afirmar que não há um real déficit ou rombo da Previdência, mas uma articulação escusa e draconiana com finalidade de ludibriar as pessoas comuns membras da sociedade civil, bem como os próprios membros do Legislativo para serem favoráveis a uma mudança, que é injustificável, independentemente da ótica utilizada.

Há ainda que ter em vista que a Previdência não é o maior gasto público do país, mas sim o pagamento de juros e amortizações da dívida pública:

Segundo o governo, a 'Previdência é o maior item do gasto público no Brasil' e é muito elevado, na comparação internacional. Mas, como mostrado neste relatório, o maior item do gasto público do país são as despesas financeiras com o pagamento de juros e amortizações que têm impactos decisivos no ritmo de expansão da dívida pública. Em 2015, o Brasil pagou R\$ 502 bilhões de juros e R\$ 436 bilhões com benefícios previdenciários. Uma diferença de 66 bilhões. (DIEESE; ANFIP, 2017, p. 21).

Felizmente, até o presente momento (meados de 2017), a PEC 287 ainda não foi aprovada, bem como há indícios⁷⁶ de que também não será votada durante o governo Temer, o que não necessariamente significa que não irá de fato se concretizar, mas que não deixa de ser animador. De todo modo, poder-se-ia ainda apresentar e discutir outros argumentos que ajudam a desconstruir a argumentação favorável a Reforma da Previdência mas, considerando que essa dissertação é antes sobre estado de exceção e apenas utiliza-se o tema de Reforma da Previdência como embasamento referencial de fragilização da democracia, prossegue-se, então, retornar ao nosso ponto central de análise.

A reforma da Previdência é draconiana, não alinhada ao que se espera de um Estado Democrático de Direito, mas tão somente alinhada a interesses privados. Segundo Gentil:

O Estado brasileiro sucumbiu completamente a uma proposta de reforma da previdência social que é formulada pelo mercado achando que isso lhe dará sustentação política. Acontece que o mercado financeiro é insaciável. Já se apropria

⁷⁶ Em recente reportagem de Eduardo Maretti da Rede Brasil Atual, foram entrevistados diferentes deputados federais, dentre os quais Orlando Silva (PCdoB-SP), Júlio Delgado (PSB-MG), Onyx Lorenzoni (DEM-SP), os quais se coadunam no sentido de que não acreditam que haverá a votação da PEC 287/2016 ainda esse ano (Cf. MARETTI, 2017). Além disso, na mesma reportagem foram apontados dados de pesquisa da Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco), segundo a qual, de 42 parlamentares, incluindo os da base aliada e da oposição, todos os quais presentes de comissões do Senado e da Câmara, 36% argumentaram que a reforma seria adiada para o governo que suceder o de Temer (Cf. MARETTI, 2017).

de 8% do PIB com juros da dívida pública e ainda quer mais os 8% do PIB que são gastos com a previdência social para que os fundos privados de previdência sejam favorecidos (IHU, 2017).

Por outras palavras, caso aprovada, os recursos supostamente poupados com a previdência seriam alocados para os juros da dívida pública, e o impacto direto disso é maior concentração de renda. Sobre esse processo de concentração, explica Gentil:

O orçamento público direciona 8,5% do PIB para gastos com juros, que em 2015 representaram R\$ 501 bilhões. Esses recursos foram gastos com o seletivo grupo social de menos de 100 mil pessoas. Enquanto isso o governo gastou R\$ 380 bilhões com benefícios do Regime Geral de Previdência Social que atenderam diretamente 28,3 milhões de pessoas e indiretamente 90 milhões de pessoas. No entanto, o governo não discute a magnitude desse gasto com juros. Estas transferências financeiras provocam uma enorme concentração de renda, retirando recursos e serviços da população para destinar a uma fatia da sociedade que só vai acumular mais riqueza. Esse grupo de privilegiados não vai elevar seu consumo, não vai investir e nem produzir ou gerar emprego. Esses recursos são esterilizados. O que nós precisamos é discutir o processo de financeirização do orçamento público (IHU, 2017).

Portanto, a reforma da Previdência é um elemento que corrói a democracia brasileira. Seu caráter não é de inclusão, mas da exclusão daqueles que mais dependem do sistema previdenciário e de segurança social, e que dela dependem como única opção para obtenção de renda mínima. Essa reforma nefasta atende a interesses claros dos portadores de capital, os quais se beneficiariam diretamente do processo de transferência de renda. É pois, a caracterização do Capital enquanto soberano que governa para si, em detrimento da sociedade, afastando os direitos fundamentais em prol de seu processo de reprodução e acumulação. E, mais ainda, é o estabelecimento de uma experiência de exceção, em que a democracia, a regra, é fragilizada para o estabelecimento da ditadura do Capital.

4.4 A EXPERIÊNCIA DE EXCEÇÃO E A FRAGILIZAÇÃO DAS DEMOCRACIAS

Antes de encerrar a presente dissertação, julga-se necessário tecer algumas considerações a respeito do que aborda-se, nas últimas seções.

A primeira delas é a de que a experiência não se caracteriza pela presença de todos os elementos que configuram um estado de exceção típico. Não se trata propriamente de elementos dotados de força de lei sem ser lei ou, então, de técnicas de interpretação judicial. A principal marca da experiência de exceção nas sociedades contemporâneas é a suspensão de direitos fundamentais, ou o seu retrocesso.

Como segunda ponderação, parece certo afirmar que o novo soberano não é uma pessoa física, corpórea, mas sim um ente desprovido de qualquer personificação: o Capital. Esse soberano passa a controlar a esfera mais íntima da vida dos indivíduos, a vida nua⁷⁷. Os indivíduos da sociedade não outra coisa senão meros instrumentos necessários a sua valorização.

Em terceiro lugar, embora tenha-se centrado a análise ao Brasil como forma de extrapolar os resultados para as considerações gerais, parece certo afirmar, considerando a preponderância do modo de produção e organização social capitalista, que outras nações também passam por suas próprias experiências de exceção em razão do estabelecimento do Capital enquanto soberano.

Por fim, como quarta ponderação, também parece correto afirmar que a limitação do entendimento de estado de exceção às hipóteses de previsão constitucional é inadequada. A experiência de exceção de fato é muito mais ampla, já que não carece de uma declaração expressa sobre a sua deflagração.

⁷⁷ Termo de origem aristotélica que significa o simples ato de viver (Cf. WARAT, 2010, p. 41).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo da presente dissertação, aborda-se a origem histórica do termo estado de exceção. Verifica-se que a sua origem estava originalmente relacionada com o instituto de estado de sítio. Ademais, retratou que o instituto do estado de sítio visava propiciar uma resposta rápida a uma situação de crise, e que, ao longo do tempo, passou a ser incorporado nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

A urgência e a necessidade se consolidaram nos ordenamentos como os requisitos obrigatórios para a conflagração do instituto em caso de eventual crise. Ao longo do tempo, a regulamentação específica do instituto passou a se refinar, especialmente nos Estados Democráticos de Direito, de modo a estabelecer situações cada vez mais limítrofes para aplicação do instituto.

A ideia por trás das limitações consiste em evitar abusos decorrentes de uma eventual razão de Estado, o que poderia deflagrar a instauração de um estado totalitário, a exemplo do que ocorreu com a Alemanha no início do século XX, em que, o que era para ser temporário, se tornou um estado de exceção permanente por 13 anos. Assim, pode-se afirmar que as restrições para a aplicação das medidas excepcionais para controle de crises, que envolvem a supressão dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direitos são justificáveis, pois, mais do que a razão de Estado, o que deve prevalecer é sempre a democracia.

Ao longo desta dissertação, como nos capítulos 1 e 3, em que pese esse aspecto benéfico do instituto de ser voltado para dar uma resposta rápida às situações de crise, analisou que o mesmo passou a ser utilizado para estabelecer estados de exceção de caráter permanente, os quais foram denominados por Carl Schmitt de Ditadura Constitucional, isto é, de uma ditadura estabelecida pela própria constituição democrática.

O termo de Schmitt, apresentado em sua obra sobre ditadura⁷⁸, foi cunhado com a finalidade de justificar a imposição do regime de estado de exceção na Alemanha nazista.

Ainda neste trabalho, verificou-se que Schmitt definiu a ditadura como sendo de dois tipos comissária e soberana. A ditadura comissária, estabelecida pela própria Constituição, justamente para não se converter em uma ditadura soberana, passou a ser cada vez mais regulamentada. A título exemplificativo, como retratou na seção 1.3, no ordenamento jurídico brasileiro, o estado de exceção está regulamentado nos artigos 136 ao 139, no Título V, Capítulo I, da Constituição Federal de 1988, com as denominações estado de defesa e estado de sítio,

⁷⁸ A *Die Diktatur* de 1921, a qual utiliza-se neste trabalho, a partir de sua edição em espanhol.

cada qual. A regulamentação dos institutos, ao impor limites, visa minimizar os efeitos referentes à restrição de direitos fundamentais.

Neste trabalho, enfocou que pode-se identificar dois tipos de estado de exceção, o legal e o de fato. O de fato, diferente do legal, que é aquele que é previsto e regulamentado no ordenamento jurídico, se caracteriza pela simples conflagração do objeto principal, qual seja, a suspensão de direitos fundamentais com o objetivo de que, a partir disso, seja possível propiciar uma resposta rápida à crise que, no caso, é econômica.

Vimos ainda que os direitos fundamentais foram construídos historicamente. A Revolução Francesa, por exemplo, tal como visto, no capítulo 2, seção 2.2, tornou-se um dos principais marcos, e o seu lema, liberdade (*liberte*), igualdade (*égalité*), e fraternidade (*fraternité*) foram, posteriormente, transformados em referência na matéria de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, por sua vez, passam a atuar enquanto mecanismos de limitação do poder estatal, impondo limites à aplicação pura da razão de Estados. Ademais, oportuno mencionar que a própria concepção de justiça em Estados Democráticos de Direito passa a ser equivalente à prestação efetiva de direitos fundamentais, sendo uma sociedade quanto mais justa à medida que os indivíduos nela presentes passam a ter seus direitos fundamentais respeitados pelo Estado.

Sendo, então, a mera supressão dos direitos fundamentais a forma que conflagra o estado de exceção, ocorre a formação de um novo paradigma, o qual está além da acepção típica de ditadura, que é a experiência de exceção: o estabelecimento de um estado de suspensão de normas vigentes, os direitos fundamentais, por motivos pautados na urgência e necessidade como forma de se dar uma resposta ágil a uma situação de crise. Na prática, tais medidas são questionáveis por corroerem as democracias; e não, necessariamente, serem eficazes para se atingir os resultados propostos.

Com este trabalho, almejou-se fornecer uma visão diferenciada, de caráter transdisciplinar, sobre estado de exceção, contribuindo com a discussão do tema, no âmbito acadêmico da pós-graduação. De tal forma, busca-se ir além daquilo que é abordado nos manuais do Direito, que pouco contribuem em espírito de inovação sobre o tema, por serem altamente focados nos aspectos formais, e também sem haver um real questionamento sobre a verdadeira eficácia do instituto.

Por fim, compreende-se que as metodologias utilizadas, notadamente, abordagem em eixo sociológico jurídico por meio de técnica histórica e dialética, se mostraram válidas para se atingir o resultado esperado. Contudo, entende-se que este trabalho somente terá

verdadeiramente atingido seus objetivos caso venha servir de base para a elaboração de outros acadêmicos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004. (estado de sítio).

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua 1. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARANTES, P. **O novo tempo do mundo**: e outros estudos da era da emergência. São Paulo: Boitempo, 2014. (estado de sítio).

ARENDT, H. **A Condição Humana**. 13. Ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016a.

_____. **Eichmann em Jerusalém**. Um retrato da banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2016b.

_____. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2016c.

ALEMANHA. **Die Verfassung des Deutschen Reichs (“Weimarer Reichsverfassung”) vom 11. August 1919**. Disponível em < http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung.pdf >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat**. 28 de fevereiro de 1933. Suprime dispositivos da Constituição de Weimar. Disponível em: < <http://www.documentarchiv.de/ns/rtbrand.html> >. Acesso em: 18 mar. 2017.

BBC. **As escravas sexuais da 2ª Guerra que estão no centro de novo conflito diplomático entre Japão e Coreia do Sul**, 2017. Disponível em: < <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38527022> >. Acesso em: 09. abr. 2017.

_____. **Entenda a quebra do banco Lehman Brothers**, 2008. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/09/080915_lehman_qa_pu.shtml >. Acesso em: 10 jun. 2017.

BELLUZZO, L. G; GALÍPOLO, G. **Manda quem pode, obedece quem tem prejuízo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

BELLUZZO, L. G. **Os antecedentes da tormenta**: origens da crise global. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: FACAMP, 2009.

BERCOVICI, G. Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 1, jan/jun. 2003 (comentários bibliográficos).

BERTOLOTI, B; GONZALEZ, E. T. Q. Proatividade interpretativa do judiciário e teoria crítica. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 173-190.

BLACK, H. C; NOLAN, J. R.; NOLAN-HALEY, J. M.; CONNOLLY, M. J.; HICKS, S. C.; ALIBRANDI, M. N. **Black's Law Dictionary**: Definitions of the terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern. 6. Ed. St. Paul (Minnesota, EUA): West Publishing CO, 1990.

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (org). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 287 de 2016**, 2016a. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **PEC 287 de 2016**, 2016b. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2119881> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.** Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 28 mai. 2017.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição 241 de 2016, 2016a.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o Novo Regime Fiscal. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=67EB060D85A459E46A215E123AE02822.proposicoesWebExterno1?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016 >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição 287 de 2016, 2016b.** Altera os arts. 37, 440 109, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D846B070C1D5625D46E3913B6028782F.proposicoesWebExterno2?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016 >. Acesso em 10 jun. 2017.

_____. Planalto. **Medidas Provisórias, 2017a.** Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias> >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro.** Inteiro teor do acórdão. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Tribunais de Justiça dos Estados; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ. 14.10.2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >. Acesso em 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 420.111/RS.** Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=827987&num_registro=200200287211&data=20031006&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 971.853/RS**. Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3379728&num_registro=200701758893&data=20070924&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.036.818/RS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4017189&num_registro=200800464570&data=20080620&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 18 mar. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Institucional**. 2017b. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/> >. Acesso em: 18 mar. 2017.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra (Portugal): Edições Almedina, 2003.

CARDOSO JÚNIOR, J. C; KLIASS, P. **Do Golpe (e da PEC 241/2016) à Desconstrução da Nação**, 2016. Disponível em: < <http://plataformapoliticasocial.com.br/artigo-48-do-golpe-e-da-pec-2412016-a-desconstrucao-da-nacao/> >. Acesso em: 10 jun. 2016.

CHESNAIS, F. **A Mundialização do Capital**. São Paulo: Xamã, 1996

CNNB. **Reforma da Previdência ‘escolhe o caminho da exclusão social’**, 2017. Disponível em: < <http://cnbb.net.br/ano-mariano-e-discipulado-missionario/> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

DIEESE; ANFIP. **Previdência: reformar para excluir?** Contribuição técnica ao debate sobre a reforma da previdência social brasileira. Brasília: DIEESE/ANFIP, 2017. (documento síntese).

DURÁN, C. V. **Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, 2002.

EL PAÍS. **Reforma trabalhista: saiba o que pode mudar**, 2017. Disponível em: < http://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/25/politica/1493074533_442768.html >. Acesso em: 10 jun. 2017.

FERREIRA FILHO. **Estado de direito e constituição**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999

FRANÇA. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**. Disponível em: < <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> >. Acesso em: 18 mar. 2017.

FRIEDMAN, M. The role of monetary policy. **The American Economic Review**, v. 58, n. 1, p. 1-17, mar. 1968

G1. **Departamento de propina da Odebrecht**: origem, destino e finalidade do dinheiro, segundo as delações. 2017. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lavajato/noticia/departamento-de-propina-da-odebrecht-origem-destino-e-finalidade-do-dinheiro-segundo-as-delacoes.ghtml> >. Acesso em: 12 abr. 2017.

GONZALEZ, E. T. Q. **A formação histórica dos direitos humanos**. Rio Claro: Biblioética, 2014

_____. **Estudos de filosofia e história do direito**. 2. Ed. Rio Claro: Obra Prima Editora Ltda, 2013

HADDAD, F. **Vivi na pele o que aprendi nos livros**: um encontro com o patrimonialismo brasileiro, 2017. Disponível em: < <http://piaui.folha.uol.com.br/materia/vivi-na-pele-o-que-aprendi-nos-livros/> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

HOBBSAWM, E. J. **Ecos da Marselha**: dois séculos revêem a Revolução Francesa. Trad. Maria Celia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Trad. Marcos Sanrrita; revisão técnica Maria Célia Paolo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

IHU. **PEC 287 – Reforma da Previdência – Principais Medidas**: Considerações iniciais, 2017. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/564954-consideracoes-iniciais-sobre-a-pec-287-2016-reforma-da-previdencia-principais-medidas> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

JACARANDÁ, R. F. **Pelas razões do Estado**: o maquiavelismo e os arcanos da estatalidade moderna. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2008.

JESUS JÚNIOR, H. Nicolau Maquiavel e seu tempo: A Razão de Estado, A arte da guerra e suas contribuições para a Ciência Política e as Relações Internacionais. **Teoria & Pesquisa**. São Carlos, n. 23. v. 1. p. 101-108, 2014.

KANT, I. **Resposta à pergunta: O que é esclarecimento?** (5 de dezembro de 1783). Trad. Luiz Paulo Rouanet. Disponível em: < http://www.uesb.br/eventos/emkant/texto_II.pdf >. Acesso em: 10 jun. 2017.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luis Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, N. **The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism**. Londres (Inglaterra): Picador, 2008.

LUQUE, C. A. Teoria macroeconômica: evolução e situação atual. In: PINHO, D. B; VASCONCELLOS, M. A. S.; TONETO JÚNIOR, R. **Manual de economia**. 6. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MANKIW, N. G. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira, Thomson Learning, 2005.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe * Escritos Políticos**. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Editor Victor Civita (Coleção Os Pensadores, IX).

MARETTI, E. **Para economista, PEC 241 ‘enterra a Constituição de 1988’**, 2016. Disponível em: < <http://www.redebrasilatual.com.br/economia/2016/08/deputado-apresenta-relatorio-da-pec-241-que-enterra-a-constituicao-de-1988-603.html> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

_____. **Reforma da Previdência está virtualmente derrotada, dizem parlamentares**, 2017. Disponível em: < <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/06/reforma-da-previdencia-esta-derrotada-dizem-parlamentares> >. Acesso em: 10 jun. 2017.

MARTINS, L. M. O estado de exceção como um espaço vazio de direito. **Pensar**. n. 3, v. 20, Fortaleza, p. 847-873, set./dez. 2015.

MARX, K; ENGELS, F. **A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feurbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)**. 1. Edição revista. Trad. Rubens Enderle, Nélio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, K; ENGELS, F. **Manifesto Comunista**. Trad. Álvaro Pina e Ivana Jinkings. 1. Edição revisada. São Paulo: Boitempo, 2016 (Coleção Marx-Engels).

MEINECKE, F. **Machiavellism: the doctrine of raison d'état and its place in modern history**. Trad. Douglas Scott. 2. Ed. New Haven: Yale University Press, 1962.

MONTESQUIEU. C. S, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, D (org); RAMONET, I; SERRANO, P. **Mídia, Poder e Contrapoder**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MORAES, R. Q. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez, 2014.

MUTH, J. F. Rational expectations and the theory of price movements. **Econometrica**, v. 29, n. 3, p. 315-33, jul. 1961

PACHUKANIS, E. B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PENNA, J. C. Estado de exceção: um novo paradigma da política?. **Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea**, n. 29, Brasília, p. 179-204, jan/jun 2007.

PHELPS, E. S. Phillips Curves, Expectations of Inflation and Optimum Unemployment Over Time. **Economica**, Longres, v. 34, n. 135, p. 254-281, ago. 1967

PHILLIPS, A. W. The relation between unemployment and the rate of change of Money wage rates in U.K. 1861-1957. **Economica**, Londres, v. 25, n. 100, p. 283-299, nov. 1958

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIBEIRO, L. R. A. **Dicionário de conceitos e pensamentos de Rui Barbosa**. São Paulo: Edart – São Paulo – Livraria Editôra Ltda, 1967.

ROMANO, R. **Razão de Estado e outros Estados de razão**. São Paulo: Perspectiva, 2014 (Debates; 335)

SANTOS, A. M. A. **O estado de emergência**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SAWAYA, R. R. Poder, emprego e política econômica. **Estudos Avançados** [online]. São Paulo (SP), v. 29, n. 85, p. 105-119, dez. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142015000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142015008500008>.

SCHMITT, C. **La Dictadura**: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. para o espanhol por José Días García. Madrid (Espanha): Revista de Occidente, 1968.

SEMER, M. Ruptura institucional e desconstrução do modelo democrático: o papel do Judiciário. In: JINKINGS, I; DORIA, K; CLETO, M (orgs). **Por que gritamos golpe?**: para entender o impeachment e a crise política no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2016.

SENNELART, M. **As artes de governar**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996 (Coleção Trans).

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, M. F. A; MARTINS, R. D. Entre a razão e a emoção: abordagem acerca da conceituação sobre a legalidade do Tribunal de Nuremberg para a condenação dos nazistas e seus crimes contra a humanidade. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Brasília. **Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 213-231.

_____; MIALHE, J. L. Reflexão crítica sobre a financeirização da vida e os direitos fundamentais a partir de uma proposta que coloca refugiados em condições análogas a de ativos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba. **Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 249-269.

SILVA, M. F. A; MISAILIDIS, M. L. G. Reflexão sobre ortodoxia econômica e estado de exceção enquanto ameaças aos direitos fundamentais. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. Florianópolis, v. 2, n. 2, p. 129-146, jul./dez. 2016.

_____; NOGUEIRA, W. L. O direito a informação, a mídia e a Internet. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. Ribeirão Preto, n. 3, p. 305-311, out. 2015.

TEIXEIRA JÚNIOR, A. T. **Razão de Estado e política antiterrorismo nos Estados Unidos**. 2011. 767. f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2011.

TRUFFI, R. **Reforma da Previdência é uma proposta de aprofundamento da desigualdade**, 2016. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/economia/a-reforma-da-previdencia-de-temer-aprofunda-a-desigualdade> >. Acesso em: 10 jun. 2017

VASCONCELOS, K. E. L.; SILVA, M. C.; SCHMALLER, V. P. V. (Re)visitando Gramsci: considerações sobre o Estado e o poder. **Revista Katál**. Florianópolis. n. 1, v. 1, p. 82-90, jan./jun. 2013.

WALTZ, K. **Teoria das Relações Internacionais**. Lisboa (Portugal): Gradiva, 2002

WARAT, L. A. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Tradução e organização Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WEBER, M. **Ciência e Política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1993.