

**COMO OS NOSSOS PAIS: PODEM OS MOVIMENTOS SOCIAIS
IMPLICAR NO ESTADO DE EXCEÇÃO?
UM DIÁLOGO COM GEORGIO AGAMBEM**

***Just like our parents: Social Movements may result the
State of Exception?
A dialog with Gergio Agambem***

André Panno Beirão*

Resumo:

A ocorrência de movimentos sociais que ganham ruas e apelo midiático pode inferir a necessidade de medidas extremas, seja para o acolhimento de demandas ou, de forma mais violenta, do enfrentamento do poder vigente ao clamor popular. Nesse contexto, o presente trabalho procura trazer reflexão sobre a distinção conceitual de diversos institutos jurídicos ou supra-jurídicos que podem ser, muitas vezes equivocadamente, evocados como: estado de necessidade, estado de emergência, estado de sítio, intervenção interna e, por fim, o estado de exceção. A análise desses instrumentos é feita a partir do profundo estudo do tema de Giorgio Agambem, que por sua vez, evoca origens germânicas (Carl Schimtt) dos institutos abordados. Procura-se distinguir os conceitos e cotejá-los com a ordem jurídica brasileira, fundamentada no Estado Democrático de Direito, para, enfim, procurar demonstrar que os acontecimentos populares da segunda década deste século, no Brasil, não se revestem dos requisitos mínimos ao clamor de se tratar de uma situação patente de uso dos referidos instrumentos.

Palavras-chave: estado de exceção, estado de necessidade, estado de emergência, estado de sítio

* Doutor em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval (EGN), Capitão-de-Mar-e-Guerra da Reserva Remunerada. Coordenador e professor do Programa de Pós-graduação em Estudos Marítimos da Escola de Guerra Naval.

Abstract:

The occurrence of social movements that occur at the cities and media appeal can infer the need for extreme measures, either for accommodating demands or, more violent form, by confronting the current power to the popular outcry. In this context, this paper seeks to bring reflection on the conceptual distinction of various legal or supra - legal institutes that can be often mistakenly, referred to as the state of necessity , a state of emergency , state of siege , internal intervention and finally , the state of exception . The analysis of these instruments is taken from the deep study of the subject Georgio Agambem, which, evokes the Germanic origins (Carl Schimtt) institutes addressed. This article seeks to distinguish the political and legal concepts and compare them with the Brazilian legal system, based on the Rule of Law, to finally attempt to show that the Brazilian popular events, at the second decade of this century, are not lining the minimum requirements to cry the use of these instruments.

Keywords: state of exception, state of necessity, a state of emergency, state of siege

Introdução

Ao longo da década de 1960, o mundo, em franca vigência bipolar, confrontou-se com uma série de movimentos populares e repressivos que fez reacender questionamentos sobre o papel repressivo ou permissivo dos Estados em relação a essas demandas sociais. O ano de 1968 foi especialmente marcante nesse sentido.

A virada da bipolaridade internacional à uma ascendência unipolar diante de um mundo multipolarizado, ao final da década de 1980 e início dos anos 90, parecia ser um momento de recrudescimento desses movimentos sociais. Ainda mais que diversos Estados começaram a abandonar estruturas de poder mais impositivas e começaram novos ventos de democracia sobre muitas regiões (em especial no continente americano). No entanto, a globalização de comunicações ainda era insipiente e esse movimento não alcançou repercussão internacional proporcional às mudanças em curso. E foram muitas.

Nos últimos anos, essa comunicação quase instantânea proporcionou momento diverso. Inicialmente, a África Saariana viveu movimentos de franca afronta ao *status quo* de política impositivas. A repercussão internacional foi pronta e redundou até mesmo em movimento bélico multi-estatal aos anseios de algumas nações¹. Pouco depois, esses movimentos acabaram por difundir-se em diversas nações do mundo árabe, o que acabou por permitir que diversos analistas internacionais configurassem o período por denominação impar de Primavera Árabe, quando se viu que a quimera de que movimentos sociais violentos pertencessem a um passado longínquo pôs-se por terra.

No entanto, achava-se que todos esses movimentos pertenciam a uma realidade tida como distante da sociedade brasileira. Mais uma vez, ainda que vivendo momento de plena vigência de estado democrático de direito, a sociedade brasileira resolveu despertar movimentos sociais que há muito não se faziam tão presentes. Uma série de movimentos sociais reivindicatórios sem demandas uníssonas começou a eclodir, em especial nas principais áreas urbanas brasileiras. A repercussão midiática e a fácil mobilização por instrumento ainda não utilizado anteriormente: a internet e suas redes sociais, fez com que, talvez de forma inédita, movimentos sociais nascessem sem a franca ascensão de lideranças político-partidárias ou de estruturados movimentos sindicais. Pareceu um momento impar de mobilização popular, inicialmente, completamente pacífico e clamante por se fazer ouvir pelos poderes instituídos. Alguns analistas chegaram mesmo a traçar paralelos entre a "Primavera Árabe" e o momento brasileiro: "o inverno brasileiro" – era junho de 2013.

Aos poucos, parcela do movimento tornou-se mais agressiva e as redes sociais que, inicialmente, apenas serviam a angariar adeptos, passaram a ser palco de articulações mais agressivas e que implicaram em momentos de franca violência dos manifestantes, agora talvez já não os mesmos, mas que, mesmo assim, causavam grandes distúrbios nas grandes cidades.

Diante desse cenário de fragilidade social, o poder instituído sempre tende a fazer uso dos instrumentos ao seu dispor para tentar resolver a questão: seja atendendo ao clamor ou reprimindo-o. Nesse cenário, até mesmo instrumentos jurídicos já longínquos no passado como o questionamento de condições vigentes para ações mais

¹ Vide a coalizão OTAN na intervenção armada na Líbia, em 2011 e o envolvimento internacional diante dos movimentos sociais na Tunísia e no Egito.

repressivas podem recrudescer. Daí a pretensão do presente trabalho em travar diálogo com profundo estudioso de situações jurídicas que impliquem no estabelecimento de "Estado de Exceção" para, enfim, tentar apresentar que, muitas vezes, a utilização de "medicação errada", diante de "diagnóstico equivocado" pode agravar o problema.

Tentar a aventura de definir situações ambíguas e fenômenos sociais que fogem às conceituações tradicionais é tarefa árdua. Há que se mergulhar na natureza das opções e ações empreendidas e, portanto, carece de profundo conhecimento e pesquisa sobre o que é e o que não é claramente identificado. Giorgio Agambem resolveu enfrentar tal desafio ao imiscuir-se no estudo de uma situação fática, porém não necessariamente de direito, que é o estado de exceção. Sua obra "Estado de Exceção: *homo sacer*, II" além de oferecer brilhante análise doutrinária do tema, fez despertar a curiosidade de investigação (ainda que nem tanto profunda quanto mereça o tema, nem tão esmerada quanto este autor desejava) em tentar refletir sobre o que é e o que não é exceção; em especial diante dos conceitos doutrinários do Direito brasileiro. A curiosidade por compreender seu caminho metodológico que levou às definições apresentadas remete, necessariamente, a outra (e precedente) obra sua que é "O poder soberano e a vida nua" onde o autor descortina sua visão da total imobilidade do ser, perante a Ordem que lhe restringe seus mais fundamentais direitos.

Assim, este trabalho tem a pretensão de explicitar a compreensão de Agambem sobre o estado de exceção, apresentando os questionamentos (nem sempre respondidos) diante da reflexão e análise de sua construção teórica.

Origens da exceção e rigor terminológico

A incerteza do conceito corresponde exatamente à incerteza terminológica.² Mais ainda; se a situação de "exceção" tem sido verificada no Sistema Internacional por várias ocasiões (em especial durante a Alemanha Nazista, a qual retornaremos mais adiante): qual tem sido o entendimento e a incorporação de seu conceito nestes diversos países? A primeira dúvida que surge é: Se o ordenamento jurídico nada mais é que o enunciamento das regras da sociedade, pode a exceção ser prevista por este mesmo Ordenamento? Se o que caracteriza a exceção é a própria suspensão da ordem jurídica, como pode essa ordem prever sua abolição?

² AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio) p. 15.

Numa primeira e superficial abordagem, é possível rever a própria pesquisa de Agambem, que apresenta que França e Alemanha prevêm o estado de exceção em seus ordenamentos, enquanto que EUA, Inglaterra e Itália não o fazem. Mais uma vez deixa claro o não apaziguamento doutrinário sobre o tema. A idéia de “democracia protegida” inserida na Constituição liberal-democrática alemã de 1968, a partir de um “estado de necessidade interno” fomentou a discussão, já iniciada desde os primórdios do século XX, e que auxiliou o desenrolar da história das duas Grandes Guerras Mundiais. Na Itália, há associação ao estado de urgência (ou emergência) com o abuso dos decretos de urgência (o que, em um primeiro paralelo com o Brasil, poderia remeter-nos aos Decretos-lei do nosso Poder Executivo ou mesmo às Medidas Provisórias que, têm sua fundamentação primeira, exatamente na “urgência da ação”). Na Inglaterra não há previsão expressa do estado de exceção, mas há associação de conceitos com a *material law* que, em última análise, estaria mais para o conceito constitucional brasileiro de “estado de defesa” e de uma aproximação do primeiro conceito francês de “estado de sítio” (*état de siège*), porém distinto quanto à inclusão da preexistência de um “estado de necessidade ou emergência”. Nos EUA a confusão terminológica também se apresenta: da associação do “estado de necessidade pública” com o “estado de emergência nacional” surge a possibilidade da instituição do estado de exceção (com ampla expansão dos poderes soberanos do Presidente).

Como se pode depreender do parágrafo precedente, além da ausência doutrinária em alguns países de renomada tradição constitucionalista, há um emaranhado de conceitos que hora são empregados com uma significação e hora com outras. Agambem apresenta, então, sua extensa pesquisa sobre o tema, retornando à sua análise desde os primórdios dos tempos modernos. É com estes que, pela primeira vez, passa a ser inserido no ordenamento jurídico o “estado de necessidade” como sendo o autêntico “estado da lei” (*necitas legem non habet*).

Desse dilema da possibilidade (ou não) de regulação normativa do “estado de exceção” (aqui nomeado por Agambem como estado de necessidade) é que ele apresenta algumas das fontes doutrinárias que embasaram as diversas posturas adotadas. A saída apontada por Santi Romano, e que foi adotada pela Itália, foi a instituição legal do “estado de sítio”: “A fórmula (...) segundo a qual o estado

de sítio seria, no direito italiano, uma medida contrária à lei, portanto, claramente ilegal, mas ao mesmo tempo conforme ao direito positivo não escrito, portanto jurídico e constitucional.”³

No entanto, outras teorias vêm refutar a posição de Santi Romano quanto à associação de ‘necessidade estatal’ e ‘estado de exceção’. Por algumas destas, como, por exemplo, a de Mathiot⁴, no estado de necessidade: “o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito”. Ou seja, por esta teoria, a ‘exceção’ redundaria da lacuna do direito público, que vem a ser sanada pelo Poder Executivo, como situação de remediação de iminências.

Ainda assim, apesar da construção lógico-dedutiva e dialética entre teorias apresentadas por Agambem, permanece a questão: há coincidências entre os conceitos de estado de necessidade (individual, coletivo ou do Estado) com os conceitos de estado de emergência ou de urgência e, conseqüentemente, destes com os de estado de sítio e de estado de exceção? Essa é parte fundamental da questão inicial apresentada, à qual tentar-se-á esclarecer tendo como base o ordenamento e a doutrina brasileira, além do texto referencial de Agambem.

Necessidade não é exceção

O estado de necessidade, enquanto princípio jurídico, é plenamente definido e identificável quando referido ao indivíduo (ou, ainda mais extensivamente, a um grupo de indivíduos que se encontre nas condições previstas em lei). *Estado de necessidade real*: é a própria tipificação legal, ou seja, quando efetivamente existe a situação de perigo que descreve o “caput” do artigo 24 do Código Penal brasileiro. Trata-se de associação conceitual à teoria da equidade, proposta por Kant.

³ ROMANO, SANTI. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983.

⁴ MATHIOT, A. *La théorie des circonstances exceptionnelles*. Apud AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção: homo sacer II*. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio)

Pese a no considerar como 'inculpabilis' la acción realizada en estado de necesidad, puesto que, no obstante la situación de necesidad, se opone al imperativo categórico, si que la estimó 'impunibilis', dado que el autor, em caso de coacción irresistibile, ya no puede ser determinado legalmente a actuar conforme a Derecho. Así, el hecho realizado em estado de necesidad no debería ser castigado por razones de equidad.⁵

Não há grande dificuldade em se associar a premência pela segurança e defesa de alguém, com o conseqüente descumprimento de algum preceito positivo legal. A iminência da necessidade de preservação a justifica.

Haveria então, analogamente, situações de perigo iminente em que se pudesse vislumbrar como sendo o Estado o 'ente' acuado a agir à margem da lei? Seria este o caso do "estado de necessidade do Estado"? Para responder a essa possibilidade, recorre-se, inicialmente à conceituação teórica da 'legítima defesa do Estado' de Mommsen:

Como naqueles casos urgentes em que falta a proteção da comunidade, todo cidadão adquire um direito de legítima defesa, assim também existe um direito de legítima defesa para o Estado e para cada cidadão enquanto tal, quando a comunidade está em perigo e a função do magistrado vem a faltar.⁶

Ou seja, a ocorrência do estado de necessidade é que leva o Estado a não mais poder se ater ao ordenamento jurídico para se defender. A noção de ameaça à comunidade (seja ela externa ou interna) acaba redundando em ações à margem da lei, mas há claramente o *animus* defensivo. A necessidade permite que a lei geral não se aplique e, em seguida, se torna fundamento da própria lei excepcional. A necessidade seria uma lacuna do direito público, que o executivo é obrigado a remediar (ou seja, um princípio que se aplica, *ab initio* ao Judiciário e que, se estenderia ao Executivo).

⁵ KANT, Emmanuel, apud JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado del derecho penal: parte general*, p.357.

⁶ MOMMSEN, T. *Römisches Staatsrecht*. Apud AGAMBEM, Georgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio), p. 69.

No entanto, tal carência (melhor que necessidade) ao invés de se apresentar como fato objetivo, implica claramente em um juízo subjetivo, sendo assim excepcionais apenas as circunstâncias declaradas como tais. Mais ainda, o que ocorre na realidade, não é o suprimento de uma lacuna, mas a suspensão da ordem jurídica (cria-se uma área nebulosa em que a lei não tem aplicação apesar de vigorar para as demais situações). A associação dos conceitos de 'estado de necessidade' e de 'estado de exceção', ao invés de colaborar na elucidação terminológica, pode implicar em dispersão conceitual. Assim, não parece ser esta a motivação de um 'estado de exceção'.

Emergência(ou urgência) não é exceção

O 'estado de emergência' ou de 'urgência' ou de 'defesa' seria, da mesma forma, subjacente ao estado de exceção? Cabe, então, outro retorno a esses conceitos a luz do entendimento da doutrina brasileira. Emergência e urgência, ainda que na doutrina da medicina carreguem conceitos diferentes (um se referindo à iminência do risco de vida e outro à necessidade de ser combatido com brevidade sob sérios riscos de agravamento do quadro clínico), na esfera jurídica não apresenta indícios de distinção (a não ser pela gradação da ação governamental a ser empreendida prevista no Código da Defesa Civil). Portanto, a própria doutrina legal respalda a equivalência entre estado de emergência e estado de urgência. A natural associação de ambos os conceitos à alguma ocorrência, além das expectativas da normalidade, é o que mais se aproxima do senso comum. No caso de alguma expressiva calamidade, há a associação da "decretação do estado de emergência" que se caracteriza pela suspensão temporária de parte do ordenamento jurídico vigente para facilitar o Poder Executivo na consecução das medidas necessárias ao afastamento da emergência ou urgência que acometeu a comunidade.

Ou seja, neste estado (de emergência), a despeito da suspensão temporária e localizada de parte do ordenamento jurídico (em especial quanto às obrigações de contratação pelo Poder Público) não há associação possível com ações ideológicas impositivas e com a supressão de garantias constitucionais de liberdade e individualidade. Conseqüentemente, parece infundada a comparação entre estado de emergência (ou urgência) com 'estado de exceção'.

Estado de Defesa não é exceção

A palavra 'defesa' já carrega consigo certa conotação de contraposição ao uso da força, o que já não ocorre com a palavra 'emergência'. No entanto, não é raro observar-se a equivalência conceitual entre 'estado de emergência' e 'estado de defesa'. No entanto, pretende-se abordar tal afirmação apresentando uma refutação a esta associação. O Título V da Constituição brasileira (Da Defesa do Estado e das instituições democráticas), Capítulo I (Do estado de Defesa e do Estado de Sítio) e a Seção I (que versa especificamente sobre o estado de Defesa, reservando à Seção II a previsão legal do estado de sítio) traz a previsão legal das situações de suspensão de algumas das próprias garantias constitucionais. O art. 136 vem, portanto, definir o estado de defesa:

(...) 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 atingidos por calamidades de grandes proporções na natureza.

Como afirmado anteriormente, há no mesmo artigo referências a fenômenos de natureza completamente distintos a serem tratados com o mesmo remédio jurídico. A situação prevista no final do caput do referido artigo (...atingidas por calamidades...) estaria mais próxima da prevista no já abordado estado de emergência. Há clara evidência da preocupação do Constituinte em reservar espaço para ações discricionárias e céleres na solução de ocorrências espúrias que pudessem causar grandes danos à convivência comunitária.

No entanto, a primeira situação condicional prevista no artigo (... por grave e iminente instabilidade institucional...) é completamente distinta. A ordem constitucional vem exatamente ao encontro do anseio de uma sociedade por ter sua ordem institucional claramente regida e estável. Na ocorrência de grave ameaça à ordem institucional não se pode deixar de conjecturar que a própria Ordem Constitucional esteja em perigo. A salvaguarda no próprio texto da Carta Magna de suspensão temporária de direitos (ainda que localizada espacialmente) não exclui a possibilidade de sua aplicação em todo o território nacional (art. 136, § 1º).

Há clara preocupação do legislador originário em garantir que tal ato extraordinário deva se revestir de respaldo de diversas outras instituições (ato do Presidente da República, ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, ratificado nas vinte e quatro horas subseqüentes por maioria absoluta do Congresso Nacional). Entretanto, tais pareceres não são vinculantes, de modo que, sob sua exclusiva responsabilidade, o Presidente da República pode decretar 'estado de defesa' apesar do entendimento contrário desses Conselhos, ou de um deles. Cabe, portanto, a questão: e se for exatamente alguma destas instituições que estejam sobre "grave ameaça"? Resta, portanto, área nebulosa sem clara definição do *modus faciendi*.

Esta situação fictícia apresentada poderia então levar ao questionamento: nesse caso, qual seria a distinção do 'estado de defesa' do 'estado de sítio'? Para este questionamento pretende-se reservar a resposta para posterior análise do que seria, então, o 'estado de sítio'.

Estado de sítio não é exceção (ainda)

A origem do termo 'estado de sítio' advém da sua origem francesa (*état de siège*), assim denominado pela Assembléia Constituinte da França pós-Revolução⁷. Definiu-se que o 'estado de sítio' situava-se como que no entremeio do 'estado de guerra' e do 'estado de paz'. Recorrendo à exaustiva pesquisa histórica de Agambem, este relembra que, enquanto na paz as autoridades militares e civis atuam cada qual na sua esfera, na guerra, a autoridade civil deve "agir em consonância com a autoridade militar". Mais ainda reforça Reinach⁸ no instituído estado de sítio:

todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da polícia interna passam para o comando militar, que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade.⁹

⁷ REINACH, T. *De l'état de siège. Étude historique e juridique*. Paris: Pichon, 1885. Apud AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção: homo sacer II*. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio), p.14.

⁸ Idem, , p. 16.

⁹ Há aqui clara contraposição ao conceito Clausewitziano de subordinação do poder militar ao poder político (e portanto não militar) na Guerra.

Não há, portanto, a previsão de suspensão da ordem constitucional e da lei.

Feita a referência histórica ao termo 'estado de sítio' há sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra, à qual estava ligado, na sua origem. A denominação 'estado de sítio' passa a ser usada como 'medida extraordinária de polícia' em casos de desordens ou sedições internas, passando, assim, de efetiva ou militar, a fictícia ou política. Ou seja, enquanto em sua origem, o termo carregava forte apelo militar, a evolução histórica do conceito fez emergir novas formas de instituição de cunho mais político e, mesmo econômico, como lembra Agambem para os casos de 'emergências econômicas' que respaldaram sua instauração pelos governos de Poincaré (1924), Laval (1935) e Leon Blum (1937).

Passando, então, à realidade brasileira, há previsão constitucional do estado de sítio e há assentamento doutrinário de que este seria um agravamento da situação que pode ter ensejado a decretação de um estado de defesa. O estado de sítio, previsto pelo Artigo 137 da Constituição Federal Brasileira, consiste na suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais. Suspende as garantias dos direitos fundamentais e nunca, os próprios direitos fundamentais. Suspende aquelas limitações postas à ação governamental que acompanham a Declaração de Direitos. Com isso, alarga a esfera de ação legítima do Estado. É competência exclusiva do Presidente da República decretar estado de sítio. Entretanto, ao contrário do que ocorre com o 'estado de defesa', só o pode fazer depois de haver obtido a autorização do Congresso Nacional. O 'estado de sítio' só pode ser decretado, de acordo com os incisos I e II do referido artigo, em casos de grave comoção de repercussão nacional, diante da ineficácia das medidas tomadas sob o estado de defesa e, ainda, quando for declarado estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.

Desta forma, considera-se respondida a questão intermediária que restou por esclarecer sobre qual a distinção entre 'estado de defesa' e 'estado de sítio'. O segundo é uma 'dose mais forte de remédio' para um mal maior que o primeiro. Assim, mais uma vez, alude-se à preocupação do legislador constituinte em garantir que tal instauração não ensejasse um retorno ao absolutismo do Poder Executivo, ao exigir o precedente 'aprovo' do Congresso Nacional.

No entanto, como já comentado na discussão anterior sobre a possibilidade de grave ameaça às instituições, mais uma vez resta área cinzenta se a instituição sobre suspeição (e ameaça) for exatamente o Congresso Nacional. A preocupação em não permitir a usurpação do poder foi tão relevante, que as restrições quanto ao caráter perene ou não do referido 'estado de sítio' são extremamente rígidas, com pouca margem de indefinição (art. 138, § 1º). Quanto à própria existência, e garantia da existência, da separação dos poderes, o constituinte foi mais específico ainda, ao incluir no texto constitucional algo espúrio que é a previsão óbvia de funcionamento da casa legislativa (art. 138, § 3º - O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas).

O que é exceção?

Feita, portanto, a revisão terminológica que buscou evidenciar as distinções entre estado de necessidade, estado de emergência, estado de defesa (de origem da Constituição Portuguesa, art.19) e estado de sítio, torna-se indispensável partir para a elucidação da questão inicial do trabalho: definido o que não é exceção, o que então é 'estado de exceção'?

Agambem, ao realizar sua investigação histórica a cerca do tema e sua previsão doutrinária faz um primeiro apontamento sobre o *Iustitium*, conceito instituído pelo direito romano que pode ser considerado um predecessor (proótipo) do *Ausnahmezustand*. Quando da percepção de perigo à República romana (*tumultus*), o Senado emitia um *senatus consultum ultimum*, pedindo aos cônsules (dentre outras possibilidades como: aos cidadãos, aos tribunos da plebe ou aos pretores) que adotassem medidas consideradas necessárias à salvação do "Estado". *Iustitium* significa, literalmente, 'interrupção, suspensão do direito'. No entanto, não parece correta a associação desse originário instituto romano ao conceito de ditadura (conforme conceituada por Carl Schmitt)¹⁰.

A seguir retoma-se a mesma origem francesa do *état de siège* para lembrar que o mesmo previa a 'suspensão do império da Constituição' numa segunda etapa (não mais na Carta Revolucionária de 1791, mas na instituída já sob os auspícios de Napoleão Bonaparte no início do século XIX). Assim estaria acrescentado o ingrediente

¹⁰ SCHMITT, Carl. *A ditadura*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

fundamental para Agambem caracterizar o estado de exceção que é a suspensão da ordem constitucional. Nessa situação estaria marcado o retorno à ordem pré-separação de poderes, com clara referência ao absolutismo. No entanto, mesmo o Poder Absoluto da época, normalmente estava associado à alguma forma regulatória de poder. Nessa situação portanto, com total vácuo legal, poderia-se caracterizar mais um 'estado de natureza' (pré-Ordem Estatal) que o autêntico 'estado de exceção'.

O subsequente refúgio referencial para Agambem parece ter sido Carl Schmitt que, desde 1922, teria definido que soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção.¹¹ A escolha intencional de Agambem para o termo 'estado de exceção', mais comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*) em detrimento de estado de sítio ou de urgência, mais comuns nas doutrinas francesa e italiana, parece bastante adequado ao estudo da doutrina brasileira. Como já abordado, há clara distinção na compreensão destes outros institutos. O 'estado de exceção' seria, então, não um direito especial (como os referidos institutos anteriores ou mesmo o próprio direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar e seu conceito limite.

É em Schmitt que Agambem vai buscar essa afirmação da suspensão da ordem jurídica. Schmitt faz uma clara associação dos termos 'estado de exceção' e ditadura. Ressaltando que, se a ditadura visa defender ou restaurar a Constituição vigente, seria uma 'ditadura comissária' e, se tem sua base na própria figura da exceção a toda ordem pré-vigente, ter-se-ia então, a clássica ditadura soberana. Afirma ainda que, neste último caso, os termos 'ditadura' e 'estado de sítio' podem desaparecer e apenas restar o 'estado de exceção'.

¹¹ SCHMITT, Carl. *Filosofia Teológica*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Portanto, há que se refletir quanto à possibilidade de sua previsão e prescrição na própria ordem jurídica. Neste caso há uma divergência de posicionamentos entre Agambem e Schmitt. Enquanto Schmitt argumenta que, a despeito da “suspensão a toda ordem jurídica”, não se pode conceber a ditadura (seja ela comissária ou soberana) como algo anárquico ou caótico – sem ordem. Portanto, para ele, há uma ordem, ainda que não propriamente jurídica, que rege (mais que regula) a ação do ditador. Sua solução é apresentada no seu livro “A ditadura” (*Die Diktatur*) com a apresentação de uma inscrição de algo externo ao direito como sendo – normas de direito e normas de realização do direito – na ditadura comissária (ou seja, com suspensão e não a completa extinção da Constituição). No caso da ditadura soberana, haveria a instituição de poder constituinte e constituído. Desta forma, Schmitt teria chegado à sua definição de estado de exceção: “lugar em que a oposição entre norma e a sua realização atinge a máxima intensidade”. Ou seja, a norma passa a vigorar sem nenhuma referência à realidade e, conseqüentemente, para Schmitt, Direito seria uma associação entre norma e exceção. Porém, se assim o compreendermos, quando o Direito for exceção, onde estaria a norma? Fatalmente estaria no “decisionismo”, no poder discricionário de decidir do Soberano.

Embora o enigmático, e aparentemente paradoxal, estudo de Schmitt tenha servido de pano de fundo ao aprofundamento de Agambem. Ainda restavam obscuros diversos pontos que ele julgava serem necessários a uma autêntica teoria sobre o estado de exceção. Para ele, o problema revestia-se muito mais de uma realidade factual que de uma questão de direito, em especial por dois motivos: primeiro, porque a exceção baseia-se na necessidade (ainda que já claramente diferenciada do ‘estado de necessidade’) por isso, não poderia ter norma jurídica; segundo, porque sua opção terminológica pelo termo exceção (já previamente comentada e enaltecida por este autor) se tornou difícil, por estar no limiar entre a política e o direito. Assim, se ele optou pela “exceção”, esta não pode ser compreendida no plano do direito.

Se Agambem faz o uso primeiro da conceituação de estado de exceção a partir do corolário da Revolução Francesa sobre o estado de sítio, considerado a partir da subordinação da autoridade civil sob a militar, acrescida da suspensão constitucional, porque doravante ele abandona este foco na relação civil-militar em sua análise, passando apenas a focar a suspensão constitucional?

O recurso histórico ao mais clássico e expressivo estado de exceção que se pode constatar foi o Reich de Hitler e nele é inequívoca a ascensão militar sobre a civil. No entanto, Agambem deixa transparecer no seu livro que essa característica da 'emergência militar' aos poucos foi cedendo espaço à 'emergência econômica'. Sua própria referência à Constituição alemã da República de Weimar, mostra que, em 1923, o governo usou o art. 48¹² para enfrentar a queda do marco, confirmando a tendência moderna de fazer coincidirem emergência político-militar e crise econômica. Sua análise do ocorrido na Alemanha, respaldado pelos profundos estudos de Hannah Arendt, levou-o a conclusão de que, uma 'democracia protegida' (por um guardião soberano da Constituição) 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, refutando assim a justificativa de Schmitt de que o estado de exceção alemão presidido por Hindenburg teria sido imaginado sob os auspícios constitucionais e que este teria sido seu ferrenho guardião.

Havia que se esclarecer melhor então a passagem do foco político-militar para a supressão da separação de poderes e a consequente suspensão de direitos e garantias constitucionais. Assim, havia, portanto, que se recorrer a outros teóricos que pudessem auxiliá-lo nesta árdua tarefa de verificação da sua preocupação com a Ditadura do Poder Executivo, relegando o legislativo a mero ratificador da vontade absoluta do Executivo e, o Judiciário, a um vazio legal pela suspensão da ordem jurídica prévia. Seu foco passa a ser então na efetivação do poder que caracterizasse a exceção como sendo a ditadura (fosse esta constitucional – como citam Friedrich e Rossiter e, ainda, Schmitt, com seus conceitos de ditadura comissária ou soberana).

¹² Art. 48 da Constituição de Weimar – se no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas. Para esse fim, ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Apud AGAMBEM, G. *idem*, p.28 e 29.

Além da profunda influência de Schmitt em seus estudos, Agambem também apresenta destaque aos estudos desenvolvidos por Walter Benjamin (do qual é tradutor e organizador de suas obras completas em italiano), em especial do seu livro "Crítica da violência: Crítica do poder" (*Zur Kritik der Gewalt*)¹³. Há outras relevantes referências no estudo da base doutrinária do estado de exceção de Agambem: Herbert Tingesten, Frederick Watkins, Carl J. Freiderich, Clinton Rossiter¹⁴

Todos auxiliaram na compreensão da transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do Executivo durante as Guerras Mundiais. Agambem considerou-os como "estafetas" do que hoje temos, ou seja, do estado de exceção como técnica de governo e como paradigma constitutivo da ordem jurídica.

Na profunda reflexão doutrinária de Agambem permanecia a necessidade de confirmar sua hipótese sobre se é possível ou não a exceção ser prevista pelo Ordenamento Jurídico. Se o que caracteriza a exceção é a própria suspensão da ordem jurídica, como pode essa ordem prever sua abolição? Portanto, o conflito sobre o *locus* do estado de exceção é importante e mal resolvido. Se a consideração deste fenômeno for como 'jurídico' (defendidos por Santi Romano, Hauriou e Mortati), o estado de exceção seria parte integrante do direito positivo, pois a necessidade que o funda age como fonte autônoma de direito. Outros defendem que a 'exceção' deva ser compreendida como fenômeno essencialmente 'político', ou seja, extrajurídico (corrente adotada por pensadores como Biscaretti, Balladore-Pallieri, Hoerni, Ranelletti, Carré de Malbourg e mesmo, o já citado, Rossiter). Para estes, a necessidade que funda a 'exceção' é essencialmente extrajurídica e, ainda que possa ter conseqüências no âmbito do direito, lhe é exterior por ter origem na necessidade dialética política.

¹³ BENJAMIN, W. Crítica da violência: Crítica do poder. In: *Documentos de Cultura, documentos de barbárie*. Org. e apresent. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986.

¹⁴ TINGESTEN, H. *Le Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après La Grande Guerre*. 1934.

WATKINS, F. *The problem of constitutional dictatorship*. In: *Public Policy*, 1, 1940.

FREIDERICH, C. J. *Constitutional Government and Democracy*., 1941.

ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948.

Se o que é próprio do estado de exceção é a própria suspensão (total ou parcial) da ordem jurídica, como poderia essa suspensão ser ainda compreendida dentro da ordem legal? Agambem argumenta que a discussão é fundamental, porém não conclusiva e que, portanto, o estado de exceção não é, em verdade, nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. Há dois elementos que se tangenciam e superpõem na figura do soberano do estado de exceção: normativo-jurídico (*potestas*) e anômico-metajurídico (*autoritas*). Da mesma forma dicotômica quanto ao *locus* do fenômeno, há uma tensão permanente na articulação que visa manter o estado de exceção sob aspectos jurídico-políticos. Se os dois elementos, embora ligados, estão subjetiva, temporal e conceitualmente distintos, a dialética pode, de algum modo funcionar; mas, quando os elementos se fundem numa só pessoa, ou seja, quando se verifica um estado de exceção em que tais elementos se ligam; há o enorme risco deste sistema jurídico-político transformar-se numa máquina letal. Para ele, o que está em questão é o próprio limite do ordenamento jurídico: qual a força da lei?

Ninguém tentou de forma tão expressiva dar conta dessa questão quanto Agambem. A força da lei tem sua origem na tradição romana, definindo a capacidade de obrigar. Na era moderna, há enfoque na sua intangibilidade e superioridade ao poder soberano. Há, portanto, uma evolução do sentido de *vis obligandi* para a essência do ato que é superior aos demais. Ou seja, há uma conseqüente separação da 'força de lei' com relação à própria 'lei': disso decorre que atos praticados com 'valor de lei' podem não ter 'força de lei' e atos 'sem valor de lei' possam ter 'força de lei'. Os atos praticados no estado de exceção, portanto, vivem essa indeterminação quanto ao seu *locus* e ao seu caráter imperativo de 'força de lei' sem lei, daí o criativo conceito associado ao estado de exceção por Agambem, de ser esta uma situação com força de lei. O estado de exceção seria, então, um espaço em que a aplicação e a norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza uma norma cuja aplicação foi suspensa.

Talvez este seja um dos pontos mais criativos da doutrina de Agambem para tentar explicar o estado de exceção. Não há dúvida que o poder está sob algum tipo de ordenamento. Também é inegável que a suspensão da ordem constitucional não abole todo arcabouço legal pré-existente, apenas reduzindo à discricionariedade do soberano sobre o que manter e o que afastar. Assim, da mesma forma que seu *locus* não é nem intra nem extrajurídico, sua implementação não é nem pela força da lei, nem pela total abolição dela, daí a força da lei.

Há aqui o paralelo da teoria da necessidade com a teoria da exceção, previstos por Tomás de Aquino em sua *Summa Theológica*:

Aquele que, em caso de necessidade, age além do texto da lei, não julga a lei, mas o caso particular em que vê que a letra da lei não deva ser observada [*non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*].¹⁵

Eis, portanto, o porque da constante associação simplificada do estado de exceção com o conceito de Ditadura (não mais a Comissária de Schmitt, onde se pretende restabelecer a ordem, mas a soberana). A lei perde sua superioridade e a discricionariedade do 'soberano todo poderoso' toma seu lugar.

Como se pode constatar, a construção doutrinária de Giorgio Agambem procurou descortinar não apenas o *modus operandi* das ditaduras, mas compreender sua razão de existência e seu entendimento à luz da natural dialética que existe entre a obediência à norma e à separação de poderes, instituídos desde os primórdios da era moderna, mas também entender como se estabelece essa relação no estado de exceção. Ou seja, não se trata de instrumento "legal" ou "supra-legal" a ser argüido em situação de tranquilidade institucional pautada em regime democrático. O acúmulo reiterado de manifestações populares não possui o *animus* de ruptura da ordem legal. Não é a ordem vigente que se pretendia abolir, apenas modificar pontos conflitivos.

¹⁵ AQUINO, T. de. *Summa Theologica*. Apud AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio), p. 41.

Considerações Finais

O estudo do fenômeno que motivou este trabalho, além de aprofundar a reflexão do pensamento de Agambem foi definir 'o que é' e 'o que não é' exceção e sua compreensão à luz da doutrina jurídica brasileira. Inicialmente, procurou-se estabelecer o devido paralelo dos diversos conceitos (exceção, sítio, emergência, urgência, necessidade) para procurar, dentro do rigor terminológico exógeno, adaptá-lo as peculiaridades da realidade brasileira: definir o que pode ser incorporado ou refutado, a partir do profundo estudo de Agambem sobre o 'estado de exceção'.

Talvez mesmo, por esse impulso de 'abrasileirar' o estudo, este trabalho devesse também, então, mergulhar na pesquisa sobre a existência (passada ou ainda presente) deste "estado de exceção" no Brasil. A tarefa seria bastante árdua e já trilhada por diversos pesquisadores nacionais, dentre sociólogos, políticos e, até mesmo, juristas. No entanto, resta no inconsciente nacional que os 20 anos de 1964 à 1984 foram, inequivocamente, anos de "exceção". Não há dúvidas que a ordem jurídica precedente foi abafada, para não dizer completamente suprimida. Não há dúvidas que direitos civis e sociais, em especial quanto à liberdade e individualidade foram atenuados (ou mesmo, abolidos). O "inverno brasileiro", no entanto, não deixou evidente o *animus* ideológico sobre o "regime de exceção" daquele tempo. Discorrer sobre a história contemporânea é tarefa árdua para muitos experientes historiadores, sobre a história do tempo presente é ainda mais desafiador e perigoso, assim refuto-me a, por enquanto, aprofundar minha análise sobre o passado recente brasileiro ciente de que, diante dos conceitos e da doutrina apresentados por Agambem, tal tarefa seria bastante simplificada, porém ainda assim, árdua.

Certo é que hoje, inequivocamente, o Brasil virou aquela página e tem buscado consolidar suas Instituições sobre a firme base constitucional de um Estado Democrático de Direito. Enquanto o país viu renascer a crença na autêntica separação de poderes (sem comentários mais aprofundados sobre a real situação dessa separação, vide novos temas bastante polêmicos e atuais como a Judicialização da Política ou Politização da Justiça e a "Ditadura das maiorias governamentais legislativas") era evidente a aversão dos legisladores constitucionais brasileiros em excluirmos da Ordem Jurídica a previsão legal do estado de exceção. Cito a consideração clara e concisa do natural distanciamento entre estes dois conceitos.

Por Estado de Exceção compreende-se, aqui, a organização política que, apesar de resguardar semelhanças estruturais com o Estado de Direito, distancia-se deste em alguns aspectos fundamentais. O Estado de Exceção realiza justamente uma suspensão da característica fundante do Estado de Direito, qual seja: a existência e o exercício dos direitos políticos, civis e sociais. É através da eliminação destas garantias de participação dos indivíduos na sociedade que o Estado de Exceção se afirma e se fortalece.¹⁶

Era evidente que a preocupação fosse inversa, dado o momento da nossa Constituinte de 1988, recém saída de um regime ditatorial. A própria previsão das eventuais possibilidades de suspensão de algumas das garantias individuais procurou revestir-se de inúmeros instrumentos de verificação, ratificação e temporalidade com a finalidade (subjetivamente inferida por este autor) de impedir sua banalização e possibilidade de retorno à situação dos vinte anos que lhe foram precedentes. A normatização do estado de defesa, do estado de sítio, ou mesmo de outros institutos constitucionais não abordados neste trabalho, que, entretanto, revestem-se de inequívoco interesse e contemporaneidade, como a Intervenção Federal nos Estados da Federação, procurou refletir essa “quase” impossibilidade “legal” de chegar ao que previamente definimos como estado de exceção. Daí a dificuldade inicial de se definir o não previsto e não definido pela norma; Agambem, efetivamente, contribuiu sobremaneira com esta empreitada.

O aspecto normativo do direito pode ser impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que ignora o direito internacional e cria, internamente, exceções permanentes, mas que ainda assim tentam respaldá-las no direito. Parece evidente que tal afirmação não deva ser tomada literalmente, mas ele mesmo explica o porquê do seu alerta:

¹⁶ MAIA, TATIANA V. O “ESTADO DE EXCEÇÃO” Benjaminiano e o III Reich Alemão. Disponível em: <http://www.historiahistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=29>, Acesso em 02/out. 2013.

O retorno ao estado de exceção efetivo, no mundo em que vivemos não é possível, [apesar de ainda ser facilmente identificado em várias nações que, no entanto, se situam à margem da sociedade internacional – nota minha] porque o que está em questão agora são os próprios conceitos de 'estado' e de 'direito'; mas é possível tentar deter a máquina, mostrando sua ficção central, porque entre violência e direito, e entre vida e norma, não existe nenhuma articulação substancial.¹⁷

¹⁷ AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio), p. 131 e 132.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).

AQUINO, T. de. *Summa Theologica*. Apud AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).

BENJAMIN, W. Crítica da violência: Crítica do poder. In: *Documentos de Cultura, documentos de barbárie*. Org. e apresent. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986.

FREIDERICH, C. J. *Constitutional Government and Democracy*., 1941.

KANT, Emmanuel, apud JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado del derecho penal: parte general*, Madrid: Salzst, 1989.

MAIA, TATIANA V. O "ESTADO DE EXCEÇÃO" Benjaminiano e o III Reich Alemão. Disponível em: <http://www.historiahistoria.com.br/materia.cfm?tb=professores&id=29>, Acesso em 02/out. 2013.

MATHIOT, A. *La théorie des circonstances exceptionnelles*. Apud AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).

REINACH, T. *De l'état de siège. Étude historique e juridique*. Paris: Pichon, 1885. Apud AGAMBEM, Giorgio. Estado de Exceção: *homo sacer* II. POLETI, Iraci (Trad.) São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).

ROMANO, SANTI. *Frammenti di um dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1983.

ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948.

SCHMITT, Carl. *A ditadura*, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. *Filosofia Teológica*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

TINGESTEN, H. *Le Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après La Grande Guerre*. 1934.

WATKINS, F. The problem of constitutional dictatorship. In: *Public Policy*, 1, 1940.