

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO**

**LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA ROCHA**

**ESTADO DE DIREITO *VERSUS* ESTADO DE EXCEÇÃO:  
ANÁLISE DAS MATRIZES NA REPÚBLICA DE WEIMAR E DOS DEBATES  
NORTE-AMERICANOS PÓS-11 DE SETEMBRO À LUZ DA TEORIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FORTALEZA**

**2008**

Ludiana Carla Braga Façanha Rocha

**ESTADO DE DIREITO *VERSUS* ESTADO DE EXCEÇÃO:  
ANÁLISE DAS MATRIZES NA REPÚBLICA DE WEIMAR E DOS DEBATES  
NORTE-AMERICANOS PÓS-11 DE SETEMBRO À LUZ DA TEORIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre do curso de Mestrado em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, área de concentração ordem jurídica constitucional.

Orientador: Professor Doutor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz.

**FORTALEZA  
2008**

**LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA ROCHA**

**ESTADO DE DIREITO *VERSUS* ESTADO DE EXCEÇÃO:  
ANÁLISE DAS MATRIZES NA REPÚBLICA DE WEIMAR E DOS DEBATES  
NORTE-AMERICANOS PÓS-11 DE SETEMBRO À LUZ DA TEORIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de concentração Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em 03/09/2008.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará-UFC

---

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias  
Universidade Federal do Ceará-UFC

---

Prof. Dr. Gilberto Bercovici  
Universidade de São Paulo-USP

Ao meu amado marido, Afonso.

À memória de meu pai, José Wellington Façanha.

À minha querida Mãe, Rivania.

Ao meu Irmão, Dênis.

Aos meus sogros, Afonso e Iolanda.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus sinceros agradecimentos,

A Deus;

Ao meu marido que em nenhum momento deixou de me incentivar. Além das palavras de apoio, ajudou-me a obter material de pesquisa, e o mais importante me fez acreditar no meu potencial;

Ao meu orientador, professor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, que fez jus a ser assim chamado, pelas contribuições efetivas, indicação de bibliografia e acompanhamento, passo a passo, no desenvolvimento do trabalho. De se observar que inclusive a influência na escolha do tema deve lhe ser atribuída;

Aos gentis bibliotecários da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, da Procuradoria da República no Estado do Ceará, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, da Procuradoria Geral do Estado do Ceará, da Procuradoria do Trabalho no Estado do Ceará e do Superior Tribunal de Justiça;

Aos amigos Felipe Ximenes e Isadora Cartaxo que conseguiram importante material em bibliotecas e livrarias de Brasília;

Ao colega David Peixoto e ao meu irmão Dênis que se dispuseram a procurar obras em bibliotecas e livrarias de São Paulo;

À amiga Úrsula que conseguiu material disponível na Espanha;

À amiga Maria Augusta que abdicou de tardes de sol no Rio de Janeiro para me fazer companhia nas pesquisas em bibliotecas daquela capital;

À amiga Vanessa Carneiro, pelas palavras de encorajamento;

Aos meus colegas de trabalho da Procuradoria Geral do Estado, em especial aos amigos, Rommel Barroso, Regina Proença e Marietta Barreira;

Aos demais amigos e familiares, por compreenderem a minha ausência nos últimos tempos.

*“Buscai, em primeiro lugar, o Reino de Deus e a sua justiça, e tudo o mais vos será  
dado por acréscimo...”  
(Mt 6, 33).*

*“The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in  
extraordinary times. Liberty and security can be reconciled.”  
Anthony M. Kennedy  
(Juiz da Suprema Corte Norte-Americana)*

## RESUMO

Busca-se delinear as relações do Estado de Direito inserido em situações de crise com a teoria dos direitos fundamentais. No mundo que vivencia ameaças terroristas, a bandeira da segurança desponta como forma de justificar a exacerbação dos poderes estatais. Porém, o limite entre um estado de exceção e um estado autoritário é ínfimo. Daí porque se discute se a sobrevivência do Estado de Direito é capaz de justificar a violação dos valores essenciais ao próprio Estado de Direito ou se a subtração desses valores já corresponderia à falência da ordem. Em estados de exceção há um acréscimo do desrespeito aos direitos humanos, associado ao decréscimo dos *checks and balances* o desafio está em restabelecer o equilíbrio. No estudo que se apresenta, a teoria dos direitos fundamentais é trazida à baila, sobrelevando, além do desenvolvimento doutrinário através dos tempos, a teoria geracional, os tipos de restrições e conceito de núcleo essencial. O estado de exceção é verificado a partir de seus precedentes históricos. Ademais, cogitam-se os motivos que levaram à constitucionalização de medidas de gerenciamento de crises. Além do desenvolvimento de institutos utilizados na França, Inglaterra e Estados Unidos, o contexto da República de Weimar é especialmente considerado. A seguir, são apresentadas as contribuições doutrinárias sobre o Estado de Direito e o estado de exceção. No Brasil, o tratamento do tema no âmbito da Constituição e da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é brevemente conferido. O pensamento de Carl Schmitt também é objeto de verificação. Logo após, a política norte-americana de combate ao terrorismo é tratada, com enfoque específico no *Patriot Act*, nas detenções em Guatnamo Bay e o posicionamento adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Finalmente, são observados os principais teóricos no contexto norte-americano, pós-11 de setembro, que realizam uma discussão sobre o tema monitoramento *versus* segurança. A realidade da República de Weimar é confrontada com o contexto atual da política de segurança de Bush. À guisa de posicionamento acerca do tema se propõe a necessidade de proteção aos direitos fundamentais, mesmo em tempos de crise, como fórmula indispensável para evitar a sucumbência do Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de exceção. Estado de Direito. Direitos Fundamentais. Núcleo Essencial. República de Weimar. Estados Unidos. Combate ao Terrorismo.

## ABSTRACT

It attempts to show the relations of the Rule of Law in situations of crisis according to the theory of the fundamental rights. In a world that lives with terrorist's acts, the issue of security/surveillance comes to justify the increasing of state power. However, the distinguished point between a state of exception and an authoritarian state is very small. Hence, it comes the question whether the survivorship of the Rule of Law is able to justify the violation of essential values to it or whether the subtraction of these values would already correspond to the bankruptcy of the legal order. In fact, there is an increase of the disrespect to the human rights in the state of exception, which is related to the diminishing of the *checks and balances* status; the challenge, here, is to resume the balance in its status *quo*. Indeed, this work presents the theory of the fundamental right, pointing out, besides the doctrinarian evolvement through the times, the generational theory, the sorts of restrictions during a state of exception and the concept of essential gist. Positively, the state of exception is verified from its historical precedents. Furthermore, it is also illustrated the reasons to include the measures of crisis' management into the constitutions. Besides the evolvement of institutes used in France, England and in the United States, the context of the Weimar Republic is especially observed. Following this, there is the necessary presentation of the doctrines about Rule of Law and state of exception, and the theories developed by Carl Schmitt. In addition to that, it is also released how this question is brought by the Brazilian Constitution and by the Brazilian Supreme Court Jurisprudence as well. After that, it is showed the United States policy to combat the terrorism, revealing the *Patriot Act*, the detentions in *Guantanamo Bay* and the reasoning (ruling) adopted by the United States Supreme Court to this policy. Finally, it has been analyzed the most important authors in the United States after the September 11 who have discussed the subject *liberty versus surveillance*. The reality of the Weimar Republic are confronted with the actual Bush security policy. In short, this paper aims to give an idea about the need to protect the fundamental rights, even though in crisis' period as an indispensable way to avoid the bankruptcy of the Rule of Law.

**Key words:** State of Exception. Rule of Law. Fundamental Rights. Essential gist. Weimar Republic. United States. Combat the Terrorism.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.1 A questão terminológica .....	20
1.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais.....	24
1.3 Classificação em Gerações.....	35
1.4 Restrições aos direitos fundamentais.....	37
1.4.1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	38
1.5 Direitos fundamentais como fim do Estado hodierno – proteção em nível internacional.....	39
2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	42
2.1 Antiguidade clássica.....	42
2.1.1 A Ditadura Romana.....	44
2.1.2 <i>Iustitium</i> .....	48
2.1.3 <i>Senatus Consultum Ultimum</i> .....	49
2.2 Idade Média.....	51
2.3 Idade Moderna.....	53
2.3.1 As figuras de exceção britânicas na Idade Moderna.....	57
2.3.2 Iluminismo.....	61
2.4 Idade Contemporânea.....	64
2.4.1 A lei marcial continental.....	66
2.4.2 Estado de sítio.....	69
2.4.3 Centralização dos poderes no Executivo.....	70
3 ESTADO DE EXCEÇÃO – DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO AOS DIAS ATUAIS.....	73
3.1 O Estado de Sítio Francês.....	76
3.2 Estado de exceção na Alemanha.....	80
3.2.1 A República de Weimar.....	84
3.2.2 Regulamentação do Estado de exceção na Alemanha após a segunda Grande Guerra.....	89
3.3 Os mecanismos de enfrentamento de crises na Inglaterra .....	91
3.4 Os Estados Unidos e os <i>poderes de emergência</i> .....	94
3.4.1 Desenvolvimento da doutrina de emergência em quatro momentos: na guerra civil, na primeira Guerra Mundial, na Grande Depressão e na segunda Guerra Mundial.....	96
3.4.2 O Estado de exceção e o terrorismo internacional – a vivência nos EUA.....	100
3.5 Considerações sobre o capítulo.....	102
4 ESTADO DE EXCEÇÃO.....	103
4.1 Estado de Direito, estado de exceção.....	105
4.2 O Pensamento de Carl Schmitt quanto ao estado de exceção.....	112
4.3 Os mecanismos de exceção no Brasil.....	118
4.4 Os ataques terroristas de 11 de setembro e seus reflexos nos EUA.....	122
4.4.1 O <i>Patriot Act</i> .....	123
4.4.2 A prisão norte-americana em Guantánamo Bay.....	126

4.5 Posição da doutrina norte-americana atual.....	<b>134</b>
4.6 Análise crítica: EUA x WEIMAR.....	<b>139</b>
4.7 Estado de Direito x Estado de Exceção: a posição dos direitos fundamentais.....	<b>144</b>
CONCLUSÃO.....	<b>150</b>
REFERÊNCIAS.....	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa diz respeito à apreciação dos modelos de gerenciamento de crises adotados num Estado de Direito. O viés principal consiste em apreciar de que modo os preceitos basilares do Estado, durante situações críticas, podem ser mantidos, de forma a não transformar o estado de exceção constitucional em um estado de exceção inconstitucional. São considerados, em especial, a realidade da República de Weimar e o debate norte-americano pós-11 de setembro.

Dois são os pontos nevrálgicos para a permanência do Estado de Direito quando precisa responder a ameaças: o controle do exercício do poder e a proteção aos direitos fundamentais. Há, na presente pesquisa, um maior enfoque no último.

A proposta não é resumir a proteção aos direitos humanos como única forma capaz de definir a transição entre estado de exceção constitucional e estado de exceção inconstitucional. Acredita-se que a manutenção da separação de poderes, a circunscrição material e a limitação temporal das medidas também sejam determinantes. Não obstante, há necessidade de se efetuar um corte metodológico para, mediante a eleição de um ponto, realizar um estudo mais denso do mesmo. O aspecto garantístico dos direitos humanos restou especialmente selecionado.

O tema estudado no presente trabalho remonta à antiguidade e tem permeado a evolução histórica da teoria do Estado. Apresenta-se ora com maior<sup>1</sup>, ora com menor<sup>2</sup> importância. O momento atual retrata um período relevante por sua difusão recente.

Um grande motivo para o incremento de discussões sobre o assunto é a política *antiterror*, adotada por alguns países após os atentados terroristas perpetrados ao redor do globo, sobretudo por observar que a reação aos ataques contra inocentes consiste em movimento amparado não só por aqueles que efetivamente foram alvo. A bandeira da segurança é levantada com muita facilidade. Trata-se de subterfúgio de ampla utilização e que será vastamente discutido.

Como será visto adiante, tem-se produzido, por todo o mundo, uma legislação dedicada a remediar crises e promover a segurança nacional. As crises podem ser relacionadas a fatores internos ou externos a um dado país, provenientes

---

<sup>1</sup> Roma.

<sup>2</sup> Idade Média – absolutismo.

de, pelo menos, cinco fatores: guerra externa, problemas econômicos, rebeliões internas (guerras civis ou insurreições), catástrofe natural ou ataques terroristas.

Estas situaciones excepcionales pueden tener su origen em la alteración o perturbación del orden público a causa de inquietudes o requerimientos políticos, laborales, gremiales u otros; así como derivadas de hechos de la naturaleza tales como terremotos, maremotos, epidemias, sequías, etc., o derivadas de amenazas o situaciones de guerra, todos os casos en los cuales se suele afectar la normal actividad de la sociedad estatal.<sup>3</sup>

A propósito, Paul Leroy, em minudente estudo a respeito das crises que se abatem sobre a organização estatal, as tipificou: a) crises deflagradas com a finalidade de destruir a independência ou a integridade territorial do Estado; b) crises engenhadas para derrubar o regime político-institucional, e, assim, a ordem constitucional vigente; c) crises econômico-financeiras.<sup>4</sup>

Independentemente da crise, o fato é que o Estado terá que adotar uma resposta ao problema. Para isto, a existência de um modelo prévio de enfrentamento, no qual sejam apontadas alterações na estrutura de governo e possíveis limitações aos direitos fundamentais, pode facilitar, pois, embora subsista o difícil retorno ao estado normal, o aspecto jurídico já restará atendido.

Dois pontos controversos devem ser suscitados. Primeiro, é a impossibilidade de pré-concepção legislativa de todos os tipos de crise e suas respectivas respostas. As lacunas nesta regulamentação jurídica do estado de exceção serão inevitáveis, sendo imprescindível levar a discussão para fora do âmbito do ordenamento, em alguns casos. Segundo, é o da possível inutilidade destas previsões, o que se explicará a seguir.

Com efeito, Bercovici destaca, seguindo a linha de François Saint-Bonnet, que: "...toda previsão de legislação de exceção é inútil."<sup>5</sup> Esta adjetivação é apontada sob a perspectiva de que preconceber respostas aos momentos de exceção não corresponde a legitimar os atos dos períodos, pois o matiz político e popular sobrepujam o jurídico<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> LARRAÍN, Fernando Jimenez. El Régimen Jurídico del Estado de Emergencia. Estudio Histórico Constitucional. In: *Revista de Derecho Publico*, nº 59, XXVI Jornadas de Derecho Público "La servicialidad del Estado", Tomo 2, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 151-167, enero-junio, 1996, p. 151.

<sup>4</sup> SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Estado de Emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1981, p. 26.

<sup>5</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 40.

<sup>6</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Sinal Trocado*. O Povo, Fortaleza, p. 5-5, 18 mar, 2007.

De toda sorte, ainda advoga-se que o prévio estabelecimento de meios de exceção, sobretudo, no que toca aos possíveis meios de controle e a indicação do funcionamento da estrutura administrativa nos tempos de crise traz mais benefícios que prejuízos.

Convém destacar que as respostas às crises já foram implementadas, através dos tempos por diversos institutos: a ditadura romana, os comissários medievais, a lei marcial e o Estado de sítio francês são alguns exemplos históricos que serão oportunamente considerados.

Ressalte-se que o tipo de crise importa para determinar algumas especificidades, como a questão da velocidade de resposta. A urgência sob a qual é colocado o país reflete diretamente na postura das autoridades de comando. Além de influenciar no tocante à necessidade de rapidez das medidas de contingência, o tipo de emergência pode justificar a restrição a alguns princípios basilares do Estado, como a separação dos poderes e a proteção aos direitos fundamentais.

Contudo, ao contrário das crises econômicas, **as emergências decorrentes da violência em geral exigem do Executivo uma atuação praticamente imediata**, em que não há delegação legislativa específica ou consulta prévia ao Parlamento. Da mesma forma, **o enfrentamento de desastres da natureza, em princípio, não é conduzido mediante uso de alguns mecanismos de força, como a restrição aos direitos de liberdade física, de privacidade e reunião.**

(...)

As emergências decorrentes da violência são mais aptas à tentativa da Administração de justificar qualquer medida com base nas razões do Estado (ou de Governo) e de atuar à margem do controle dos demais órgãos de poder.<sup>7</sup> (grifou-se)

Crises em decorrência de desastres naturais e de problemas econômicos, além de mais freqüentes, permitem, em regra, que haja uma atuação sustentável com a teoria dos *checks and balances* normalmente vigente em períodos de normalidade.<sup>8</sup> Isto se deve ao fato de, como destacado acima, não exigirem o emprego de medidas de força.

Para o presente trabalho, as crises advindas de terrorismo<sup>9</sup> despertam especial interesse, pois suscitam a maior parte das discussões hodiernas sobre

<sup>7</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14.

<sup>8</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises. Emergency Powers in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 4.

<sup>9</sup> Terrorismo é vocábulo que expressa conceito indeterminado, cujo surgimento, enquanto associado às práticas de atos ofensivos de forma indistinta, estaria atrelado ao período do Terror, no final do

estado de exceção, sobrelevando o binômio segurança estatal x direitos humanos. As demais fontes de crise também serão consideradas, principalmente na análise do conteúdo histórico acerca do tema.

Em relação ao terrorismo, convém transcrever o significado, segundo Antonio Celso Alves Pereira, adotado pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos: "...violência premeditada, com motivações políticas, perpetrada contra alvos de não-combatentes por grupos ou por agentes clandestinos, geralmente com o propósito de influenciar a opinião pública."<sup>10</sup>

O termo estado de emergência/estado de exceção possui acepção elástica que dificulta a normatização dos institutos e o atrelamento de cada medida ao tipo de crise considerada.<sup>11</sup> Neste momento do trabalho é imprescindível, portanto, delimitar o conceito das expressões que serão empregadas no decorrer do estudo. Importam os seguintes termos: estado de emergência, estado de exceção, estado de exceção permanente e estado de não direito.

O termo estado de emergência está ligado à doutrina norte-americana que cuida da utilização dos poderes de emergência. Seria o enfrentamento de crises mediante o uso do poder de forma diferenciada dos períodos de normalidade. Isto pode representar um incremento dos poderes do Executivo com um deslocamento do equilíbrio vivenciado com os *check and balances*, ou mesmo, a suspensão temporária de direitos fundamentais.

O estado de exceção pode ser utilizado em dois sentidos. No primeiro, apresenta-se similar ao estado de emergência. Seria um período de utilização de medidas emergenciais em razão de crise. No segundo, preferido por Giorgio Agambem, está ligado ao que o autor denomina de "vazio jurídico", uma situação fática na qual a ordem é suspensa e prevalece um limbo jurídico. O autor esclarece a preferência terminológica no seguinte trecho:

---

século XVIII, na França revolucionária. As práticas relativas a este conceito, entretanto lhes são anteriores. Sobre a origem do termo, definição e formas de manifestação indicam-se: PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Direitos Humanos e Terrorismo*. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 101-134; ROBERT, Jacques. Les Situations D'urgence em Droit Constitutionnel. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Nº 2, 751-764, Avril-juin, 1990.

<sup>10</sup> PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Direitos Humanos e Terrorismo*. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, p. 101-134, 2006, p. 109.

<sup>11</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 5 e 6.

...O presente estudo se servirá do sintagma “estado de exceção” como termo técnico para o conjunto coerente dos fenômenos jurídicos que se propõe a definir. Esse termo, comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*, mas também *Notstand*, Estado de necessidade), é estranho às doutrinas italiana e francesa, que preferem falar de decretos de urgência e de Estado de sítio (político ou fictício, *état de siège fictif*). Na doutrina anglo-saxônica, prevalecem, porém, os termos *martial law* e *emergency powers*.

...a escolha da expressão “estado de exceção” implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprime uma relação com o Estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de “Estado de sítio” e de “lei marcial” se revelam, entretanto, inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos “político” ou “fictício”, também um tanto equívocos. **O Estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite.**<sup>12</sup> (grifou-se)

Concorda-se em parte com Giorgio Agambem. De fato, só há de se falar em situação excepcional se houver um parâmetro de normalidade para que se possa aferir o que foge à regra. Este parâmetro consiste no Estado Democrático de Direito na concepção hodierna ocidental. Deste ponto de vista, qualquer adoção de medidas para superação de crises é excepcional e sob esta ótica poderia ser intitulado “estado de exceção”. Porém, o autor vai além para definir que toda adoção de medidas de emergência descamba para a “suspensão da própria ordem jurídica”.<sup>13</sup> Neste tocante a concepção da presente pesquisa diverge.

Acredita-se ser possível que o estado de exceção, enquanto estado de emergência, mantenha-se inserto no Estado de Direito. Este será, sem dúvida, mitigado, o que não significa automaticamente sua quebra. Consiste, sim, em um direito especial que, quanto mais estudado e previamente definido pelos ordenamentos, poderá se limitar a uma situação temporária e servir para restituir a ordem no momento apropriado.

Inclusive, a proteção dos direitos fundamentais implica em importante prática para que o estado de exceção não ultrapasse a barreira para atingir o padrão da inconstitucionalidade. Há outros meios também importantes, conforme frisado anteriormente, como a possibilidade de controlar as medidas de exceção.

Existe doutrina brasileira que corrobora a posição de diferenciar estado de exceção enquanto situação inconstitucional das medidas excepcionais vigentes em situações de crise.

<sup>12</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 15.

<sup>13</sup> *Idem*.

Intimamente relacionada com a estabilidade e a defesa do Estado de Direito é a chamada *organização constitucional dos períodos de crise*, que outra coisa não é senão uma tentativa, até certo ponto utópica ou, talvez, desesperada dos regimes democráticos para conjurar os seus abalos políticos com um mínimo de sacrifício aos direitos e garantias constitucionais. Por isso todos reconhecem que, ao fim e ao cabo, essa legalidade excepcional, em que pesem os seus custos, mais ou menos elevados, vem a se constituir em importante instrumento de preservação do Estado de Direito e das suas instituições.

Nesse sentido é radicalmente distinto do chamado *Estado de exceção*, aquela situação de fato que, estabelecida, implica o esvaziamento do direito e a sua substituição por uma espécie de *anomia transitória*, sob cuja *vigência*, de maior ou menor duração – a depender das circunstâncias –, são afastadas ou suprimidas as restrições que, em situação normal, as leis impõem às autoridades e aos detentores de poder em geral. Precisamente por isso os estudiosos dizem que o *Estado de exceção* situa-se numa franja ambígua e incerta – na interseção do jurídico e do político – vindo a se constituir em ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político.<sup>14</sup>

Marcelo Leonardo Tavares esclarece alguns termos importantes:

Estado de emergência – regime formalmente decretado para o enfrentamento de emergência. O Estado de emergência pode ser constitucional ou não, isto é, respeitar os princípios básicos do Estado de Direito ou contrariá-los;

Estado de exceção – regime formalmente decretado ou não em que há negação dos princípios básicos do Estado liberal democrático de direito. É, necessariamente, inconstitucional. Pode ser temporário ou não e, neste último caso, denomina-se ditadura;<sup>15</sup>

O Estado de exceção permanente, termo utilizado por Gilberto Bercovici<sup>16</sup>, está atrelado à visão do autor de que hodiernamente a política de governo no mundo afora desrespeita os preceitos basilares do Estado democrático de Direito. Esta condição anormal seria perenizada, dando origem ao termo de preferência de Bercovici que torna o Estado de exceção inconstitucional. Entretanto, o posicionamento do autor não é propriamente interligar o estado de exceção a um período de ruptura. Em recente publicação, Bercovici elucida:

**A ruptura constitucional não pertence ao estado de exceção, que trata apenas de uma suspensão ou derrogação de parcela da ordem constitucional e por um período provisório. Quando a ditadura constitucional busca se tornar permanente, ela é inconstitucional, pois busca, por um golpe de Estado, alterar ou subverter a ordem constitucional que deveria proteger. Afinal, o bem protegido pelo estado de exceção é a**

<sup>14</sup> COELHO, Inocêncio Martires; GONEL, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1331.

<sup>15</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

<sup>16</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente* - atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.



**ordem constitucional, não se trata de uma violação ocasional ou casuística, mas uma violação que tem por finalidade a defesa da ordem constitucional. (...)**<sup>17</sup> (grifou-se)

Assim, para o autor, a perenização é capaz de transformar o estado de exceção em situação propriamente inconciliável com o Estado de Direito. Concorde-se com o autor neste tocante.

Porém, deve-se demarcar que, mesmo sem uma perenização, um estado de exceção pode se revestir de inconstitucionalidade, para tanto, basta que os gravames ao Estado de Direito retirem deste o conteúdo que lhe é próprio e para o qual foi forjado. Logo, defende-se que o estado de exceção, no viés da inconstitucionalidade, pode ser temporário ou permanente, pode ocorrer de forma breve em uma situação declarada de emergência ou de forma permanente dentro de um Estado que se diz de Direito.

Horacio Ricardo González em obra intitulada “Estado de no Derecho” segue a linha do Bercovici para verificar um *Estado de exceção permante* na Argentina. “*La aparición del Estado de ‘no derecho’ o ‘fuera del derecho’, en nuestro país, es la consecuencia de um proceso de deterioro institucional, producido por causas económicas y sociales, que irrumpe en la superficie durante el año 2001.*”<sup>18</sup> O autor demonstra como sucessivos planos econômicos têm colocado o país sob a vigência de um Estado de não direito.

Canotilho cogita de um Estado de não direito, conceituado como “...aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias.”<sup>19</sup> Esta visão também se liga ao Estado de exceção inconstitucional.

O Estado de não direito é também nomenclatura adotada, no presente trabalho, para designar o estado de exceção inconstitucional que ocorre, seja de forma célere ou de forma temporária, quando os compromissos do Estado são afastados por conta da postura das autoridades. Nas palavras de Canotilho:

Atingir-se-á o ponto do não direito quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo *insuportável* (critério da

<sup>17</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 42.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: Emergencia y derechos constitucionales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 5.

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 12.

insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito – o *direito de resistência*, individual e coletivo.<sup>20</sup>

Clinton Rossiter utiliza o termo “ditadura constitucional” para lidar com a utilização de poderes de emergência em situações de crise. O autor explica que *constitutional dictatorship “...will serve as the general descriptive term for the whole gamut of emergency powers and procedures in periodical use in all constitutional countries...”*<sup>21</sup>.

Celso Lafer, partindo das idéias de Hannah Arendt, aponta Estados totalitários como hipótese de momentos nos quais se verifica um “amorfismo jurídico”<sup>22</sup>. Segundo o autor, há uma ruptura dos paradigmas jurídico-filosóficos.

Um dos objetivos desse trabalho é mostrar a idéia de que o estado de emergência ou estado de exceção constitucional pode funcionar sem se precipitar em estado de exceção inconstitucional. Para tanto, figura-se indispensável contar com a manutenção dos direitos e garantias fundamentais. Os limites são estreitos. Como a garantia dos direitos fundamentais ajuda a manter o instituto nos contornos necessários para a manutenção da ordem é o que se quer discutir. Ademais, objetiva-se revisitar a vivência sobre o tema na República de Weimar, bem como analisar a postura contemporânea das teorias de poderes de emergência no contexto norte-americano pós-11 de setembro.

Uma das mais importantes diferenças entre o estado de exceção ou estado de emergência e o estado de exceção inconstitucional é que o primeiro pode coexistir com o Estado de Direito, enquanto que o segundo representa a quebra deste modelo. Via de regra, falar-se-á em estado de exceção como o estado de emergência. Quando a idéia a ser discutida for a aceção do estado de exceção inconstitucional em que se sobreleva um matiz de ameaça ao Estado de Direito, haverá menção expressa do sentido adotado, sendo validada também a expressão estado de não direito.

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 14.

<sup>21</sup> ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government In the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 5.

<sup>22</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

A pesquisa foi realizada tendo por parâmetro a análise bibliográfica. Uma vez que o tema ainda é pouco discutido no Brasil, a obtenção de diversas obras estrangeiras configurou-se imprescindível. Ademais, visita *in loco* a bibliotecas de Universidades importantes do país, como a da própria Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará e a da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. A utilização dos recursos de Internet também se mostrou essencial. Sobretudo, com a exploração de sites confiáveis como a biblioteca digital de algumas Universidades brasileiras e estrangeiras, para citar exemplos: Yale University e Universidade de São Paulo.

Os documentos históricos citados foram obtidos a partir de obras escritas e de consulta a bancos de dados digitais, todos citados na Bibliografia. Os serviços de cópias do Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Senado Federal foram de extrema relevância para aquisição de artigos nacionais e estrangeiros.

A seguir, serão apresentados o desenvolvimento e a estrutura dos capítulos. Os apontamentos podem facilitar a compreensão global do resultado da pesquisa.

No primeiro capítulo, analisa-se a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Faz-se uma pesquisa histórica das doutrinas que lhes são correlatas, bem como a verificação das teses relacionadas propriamente à restrição destes direitos. À guisa de conclusão, adota-se uma perspectiva que condiz com a proposta do presente trabalho.

No segundo capítulo, anotam-se os antecedentes históricos do estado de exceção. Consideram-se institutos similares que se desenvolveram ao longo da história, desde a Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média e Moderna. O limite para o estudo é o início da era Constitucional, período que será objeto de verificação no capítulo subsequente.

Parte-se, no terceiro capítulo, para a ponderação dos institutos adotados em estados de exceção já na vigência do constitucionalismo. Importa, nesse intervalo, observar institutos como o Estado de sítio francês, a evolução da *martial law* no direito britânico, a proposta da República de Weimar e, por fim, a vivência do direito norte-americano em quatro momentos: na guerra civil, na primeira Guerra Mundial, na Grande Depressão e na segunda Guerra Mundial, bem como nos dias

atuais marcados pela doutrina de segurança nacional e de *emergency powers* pós-11 de setembro.

A caracterização de um estado de exceção somente é possível em um Estado no qual impere a normalidade. Daí porque o quarto capítulo é iniciado com uma breve análise do Estado de Direito. O conceito de estado de exceção é levado a cabo neste capítulo, considerando, inclusive, o pensamento de Carl Schmitt. Há ainda, referência às teses desenvolvidas para superação das crises nos Estados Unidos contemporâneo no que toca aos autores Cass Sunstein, Bruce Ackerman, Oren Gross, Richard Posner e John Yoo, além de breve verificação da realidade brasileira nas últimas décadas. Por fim, cogita-se da possibilidade de manutenção do Estado de Direito na vigência de um estado de exceção, tendo como parâmetro a doutrina dos direitos fundamentais.

# 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

*"...problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los."* Norberto Bobbio<sup>23</sup>

## 1.1 A questão terminológica

Muitos se deparam com dúvidas terminológicas quando iniciam o estudo dos direitos dos homens. Diversos são os termos utilizados pela doutrina para fazer referência a tais direitos, dentre os quais: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos do homem, direitos individuais, direitos subjetivos públicos, direitos da pessoa humana, direitos humanos fundamentais, liberdades fundamentais, liberdades públicas.

Importa ao presente estudo adotar uma expressão e delimitá-la. Antes de conceituar e explicitar a razão da escolha, realizar-se-á breve análise de algumas das expressões alhures citadas, sobretudo para contextualizá-las historicamente.

De fato, diversos autores<sup>24</sup> apontam uma imprecisão no uso dos termos. Essa indeterminação gera problemas que vão além de meros formalismos, pois causa tumulto no tocante às teses relacionadas com tais direitos.

Acerca do tema, convém citar Pérez Luño:

...à medida que se estende o âmbito do uso do termo direitos humanos, sua significação tem se tornado mais imprecisa. Isso tem determinado uma perda gradual de sua significação descritiva de determinadas situações ou exigências político-jurídicas, na mesma medida em que sua dimensão emocional vai ganhando terreno. Essa situação tem conduzido o emprego da terminologia direitos humanos, nas lutas ideológicas, para exteriorizar,

---

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992. p. 24. Esta concepção é a de fundamentação realista que por razões pragmáticas é adotada na presente pesquisa, interessando mais cogitar que meios os direitos humanos podem ser efetivados que propriamente discutir a fundamentação filosófica. Além da teoria realista, a naturalista, a positivista, a ética e a dualista figuram entre as possíveis teses de justificação dos direitos humanos. Sobre o tema: FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 74-81.

<sup>24</sup> Merecem destaque: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. SAMPAIO, José Adércio. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995. SCALQUETTE, Ana Cláudia. *Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

justificar ou agudizar certas atitudes, desde posturas nas quais o termo é utilizado com significações as mais diversas.<sup>25</sup>

José Adércio Leite Sampaio aponta a confusão terminológica como forma de enfraquecer tais direitos:

O que temos como uma das razões da terminologia variada é a necessidade de multiplicar as confusões em campo de significativo papel transformador da sociedade. É que os direitos fundamentais como sistema integrado conduzem à revelação de assimetrias de poder político, econômico e social, desmascarando relações de dominação que ficam encobertas pelas formas do direito, privado sobretudo. Esse caráter potencialmente emancipatório é neutralizado por diversionismo terminológico que, ao gerar um dicionário de difícil manuseio, obriga o custo de prévio esclarecimento da linguagem com naturais divergências de compreensão e enfoques variados que obtaculizam (SIC) a sua existência real.<sup>26</sup>

Não há como precisar se esta falta de consenso no uso dos termos é proposital ou não. A influência histórica pode ser apontada como uma das causas, mas até dentro de um mesmo documento há a imprecisão.

Não é, portanto, particularidade da doutrina, a utilização indistinta das expressões. Também os documentos internacionais e, inclusive, a Constituição hoje vigente no ordenamento Brasileiro, não são uniformes.

Quanto à Constituição de 1988, podem ser identificados pelo menos seis termos diferentes os quais serão destacados a seguir.

O preâmbulo, cuja importância hermenêutica é inegável, em que pesem as discussões se é parte integrante ou não do texto constitucional, adota o termo *direitos individuais*.

No art. 4º, ao tratar dos princípios que regem as relações internacionais, o inciso II prevê a prevalência dos *direitos humanos*. No título II, o constituinte originário utilizou dos *direitos e garantias fundamentais*. O capítulo I do mesmo título fala em *direitos e deveres individuais e coletivos*.

O inciso XLI, do artigo 5º direitos e liberdades fundamentais. O artigo 5º, LXXI, que trata do mandado de injunção, faz referência aos *direitos de liberdades constitucionais*. Enquanto o §3º, do mesmo artigo, acrescentado pela emenda

<sup>25</sup> PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique *apud* CAZUQUEL, Hélio Mendes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o futuro da humanidade: conceitos filosóficos e a sua efetividade. *In: Bahia Análise & Dados Salvador*, v. 14, n. 1, p. 37-47, jun. 2004, p. 38.

<sup>26</sup> SAMPAIO, José Adércio. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 22.

45/2004, determina que os tratados internacionais que versem sobre *direitos humanos* e passarem por processo ali especificado serão equivalentes às emendas constitucionais. O Capítulo II do título II cuida, por sua vez, dos *direitos sociais*.

O artigo 34, VII, b da Constituição prevê que a medida excepcional da intervenção federal pode ocorrer para assegurar a observância dos *direitos da pessoa humana*.

O artigo 60, § 4º, IV proíbe a deliberação de propostas de emenda tendentes a abolir os *direitos e garantias fundamentais*. O artigo 68 institui a lei delegada, porém proíbe, em seu § 1º, II a delegação de legislação acerca dos *direitos individuais*. Este termo se repete no art. 85 quando o constituinte indica os crimes de responsabilidade do Presidente da República.

O artigo 109, responsável pela definição da competência dos juízes federais, em seu inciso V e §5º, ambos com a redação dada pela emenda 45/2004, repete o termo *direitos humanos*.

O art. 145, §1º procura assegurar que os *direitos individuais* sejam protegidos em face da administração tributária. No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte antevê a necessidade de criação de um tribunal internacional de *direitos humanos*.

Convém destacar um traço marcante no uso das diversas expressões pelo constituinte pátrio, seja o originário, seja o derivado: quando cuida de matéria relacionada ao direito internacional, prefere o termo direitos humanos. Não há que se tecer comentários acerca desta preferência no presente momento, mas esta informação deve ser trazida à baila para ser aprofundada ainda neste capítulo.

Concluídos os apontamentos relativos à Constituição Federal, cumpre analisar os documentos internacionais. Neste ponto do trabalho, convém verificar apenas os documentos mais recentes que estão ligados à constitucionalização dos direitos fundamentais. Adiante, analisar-se-ão os documentos consagrados historicamente, contextualizando-os.

Dentre os textos de destaque podem ser apontados os seguintes: a) na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; b) as declarações de direitos inseridas no texto das Constituições, são exemplos: a Constituição do Reich Alemão de 1919 que trazia uma parte dedicada aos direitos e deveres fundamentais dos alemães; e, c) a Constituição da República Espanhola, de 1931, que dedicava um título aos direitos e deveres dos espanhóis.

Considerados os documentos internacionais: de 1948 deve ser destacada a Declaração Universal de direitos humanos e o Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos, datado de 1950. No texto da Declaração dos direitos das crianças, de 1959, há referência aos direitos fundamentais do homem e o valor da pessoa humana. Em 2000 surgiu a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.

Alguns autores designam os direitos do homem como aqueles direitos naturais, num momento em que estes ainda não haviam sido positivados. Segundo Sarlet:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais.<sup>27</sup>

Parte da doutrina<sup>28</sup> defende a diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. O alcance que é dado a cada expressão muda de autor para autor, mas a maioria coloca estes como os positivados em determinado ordenamento, limitados no tempo e espaço enquanto aqueles seriam destaque no âmbito mundial, protegidos pelo direito internacional, pois inerentes à humanidade, à condição de ser humano. Neste sentido, Canotilho:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os <<direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica poética>>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*).<sup>29</sup>

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 37.

<sup>28</sup> Adotam este posicionamento os seguintes autores: Ana Cláudia Scalquette, Ingo Sarlet, Habermas, Otfried Höffe, Pedro Villalon, Pérez Luño, Canotilho, Klaus Stern.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.



Ana Cláudia Silva Scalquette, ao estudar os termos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, destaca:

A principal distinção que se faz acerca das expressões é a de que “direitos fundamentais” são os direitos do homem juridicamente positivados, sendo que a expressão “direitos humanos” teria relação com uma esfera maior de atuação, a esfera internacional, onde é indiferente a vinculação do indivíduo a este ou àquele sistema jurídico, mas sua própria existência humana já se mostra suficiente para que este tenha seus direitos reconhecidos.<sup>30</sup>

Ao que parece, o constituinte brasileiro adota esta tese de diferenciação. Conforme demonstrado alhures, ao tratar de temas relativos ao direito internacional prefere o termo “direitos humanos”.

Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, fala em um: “uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica...”<sup>31</sup>. O autor enfatiza que ocorre o: “...emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos... enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.”<sup>32</sup>

A despeito da preferência pela tese de diferenciação segundo a qual os direitos humanos são ligados ao direito internacional e que os direitos fundamentais ficam a cargo de um ordenamento. No presente trabalho, adotar-se-á o uso indistinto das expressões.

## 1.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais

A importância de contextualizar os conceitos, procurando enquadrá-los em um determinado período da história, vem sido estudada há vários anos, sobretudo na Alemanha e na Inglaterra. Neste país deve ser apontada a escola de Cambridge, também conhecida como *contextualismo lingüístico*, do qual John G. A. Pocock é um dos fundadores e principais teóricos, e Quentin Skinner é apontado como um dos maiores expoentes.

---

<sup>30</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia. *Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 18.

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 214.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 214.

Poderíamos resumir a posição epistemológica compartilhada por Pocock e Skinner como sendo aquela orientada pela máxima de que para se entender os textos de teoria política do passado é necessário que se leve a sério os significados que eles tinham em seu contexto histórico original.<sup>33</sup>

A partir da insatisfação do modo de ensino da teoria política nas universidades de língua inglesa até 1960, que consistia no estudo dos grandes autores, em ordem cronológica e com conceitos colocados de forma atemporal, o que gerava anacronismo, surgiu a escola de Cambridge.

*Begriffsgeschichte* é a escola conceitual alemã, com origem nas décadas de 1950 e 1960, como resposta a duas práticas: a análise de expressões passadas à luz de concepções modernas, e o tratamento das idéias como se fossem imutáveis, mesmo que articuladas em momentos históricos distintos.

A partir da crítica formulada a estas idéias, passou a ser desenvolvido o dicionário histórico de termos, culminando com a publicação do *Geschichtliche Grundbegriffe* – dicionário histórico dos conceitos fundamentais da linguagem política e social, cujos principais expoentes são: Otto Brunner, Werner Conze e Reinhart Koselleck.

As escolas, anteriormente mencionadas, apesar de origens diferentes e de uma forma de abordagem também diversa, possuem traço comum. Ambas sobrelevam a necessidade de contextualização histórica dos conceitos estudados. E é esta necessária ligação entre o termo e as idéias que lhes são contemporâneas que será mantida na abordagem a seguir.

Convém destacar que os documentos supra considerados estão contextualizados também em consonância com as observações do próximo capítulo, cujo foco será o próprio estado de exceção e as doutrinas que lhes são correlatas.

Historicamente, são apontadas muitas referências<sup>34</sup> ao que modernamente se convencionou chamar de direitos fundamentais. Na realidade, os documentos traziam proteção a algo que girava em torno da dignidade da pessoa humana, mas não se pode afirmar categoricamente que cuidavam de direitos fundamentais.

<sup>33</sup> HISTÓRIA DOS CONCEITOS: debates e perspectivas. JASMIM, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs). Rio de Janeiro, Editora PUC-Rio, Edições Loyola, IUPERJ, 2006, p. 35.

<sup>34</sup> DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987.

Falar destes direitos na evolução da humanidade é verificar as teorias políticas, sociais, econômicas vigentes em cada momento. Há de se fazer um apanhado das teorias que prevaleceram e demarcaram cada acontecimento.

Se for considerado o progresso histórico do próprio Direito, necessário se faz apontar para uma diferenciação que ocorreu gradualmente. Nas primeiras fases do *Direito*, há certa confusão deste com a religião. Os povos primitivos acreditavam que os inocentes seriam protegidos pelos Deuses. Costumavam adotar práticas nos processos em que se infringiam castigos corporais ao réu e, caso este suportasse, seria por obra da divindade que, sabendo de sua inocência, teria-o poupado da dor.<sup>35</sup>

Com o passar do tempo, estas concepções foram alteradas até que a humanidade pudesse reconhecer que o Direito era, na verdade, uma criação humana, talvez a única capaz de manter a convivência em sociedade. Convém destacar que: *“La persona reclamará su libertad religiosa, intelectual, política y económica, em El paso progresivo desde uma sociedad teocêntrica y estamental a uma sociedad antropocêntrica e individualista.”*<sup>36</sup>

E as mutações no seio da comunidade sempre influenciaram diretamente as teorias jurídicas que prevaleceram num dado momento. O Direito acaba por refletir os valores vigentes e como estes, de acordo com as circunstâncias nas quais vive a sociedade, modificam-se, ele é conseqüentemente alterado.

A Escola de Direito Natural tem pelo menos quatro possíveis embasamentos. O primeiro está ligado à natureza humana, a qual consistiria no fundamento próprio do Direito. O segundo cogita do *estado de natureza* o qual seria o suposto racional para explicar a vida social. O terceiro ambienta-se nas doutrinas contratualistas, a origem do Estado e do Direito é o contrato social. O quarto traz os *direitos naturais*, enquanto inatos, invioláveis e imprescritíveis.

Já na filosofia grega e romana da antiguidade Clássica havia a concepção do Direito Natural ligado à reta razão (*recta ratio*). Os estóicos apontavam Natureza e Razão como um todo. O homem dotado de razão expressava a lei universal.

---

<sup>35</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 526 e seg.

<sup>36</sup> DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 11.

A Idade Média contou com a importante contribuição da escolástica. São Tomás de Aquino propagou as idéias aristotélicas, atentando para a razão. Já Santo Agostinho buscava a lei natural na lei divina.

A partir do século XVI merecem destaque as doutrinas do Direito Natural<sup>37</sup> que cogitavam da separação entre o direito e a religião. Daí, a proteção devida ao ser humano ter assumido novos fundamentos. A proteção ao homem estaria, desde então, ligada à própria condição de *ser humano* e da dignidade que lhe é inerente.

Há de se registrar Hugo Grócio<sup>38</sup> (1583-1645) com o humanismo racionalista. Foi marcante com este publicista a laicização do Direito Natural. Defendia que as leis morais eram aplicáveis não só ao indivíduo, mas também ao Estado.

Porém, este não é o único que merece destaque neste processo de variação de parâmetro para a proteção dos direitos humanos. Christian Thomasius<sup>39</sup> (1655–1728) diz que o Direito Natural serve de esteio para a defesa do homem em face da autoridade legítima estatal. O Estado fica limitado pelos direitos fundamentais. Na seqüência vieram as doutrinas contratualistas que serão abordadas ainda neste capítulo.

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das *leis justas* e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *lex positiva* com a *lex divina*.<sup>40</sup>

Há, no processo de adaptação do Direito, elementos relativamente constantes na história. Segundo Del Vecchio, esta manutenção ocorre com apenas

<sup>37</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 414: “A escola de direito natural pretendia deduzir todas as regras jurídicas da natureza humana; servindo-se do tipo abstracto de homem dotado de razão, ela tinha construído um sistema jurídico pretensamente universal.”

<sup>38</sup> GILISSEN, John. *Op. Cit.*, p. 364; VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 81-91.

<sup>39</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Op. Cit.*, p. 107-110.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 358.

elementos “...inerentes à natureza humana e implícitos na própria noção lógica do Direito”<sup>41</sup>.

“Em qualquer fase da evolução jurídica verificaremos que, de facto, a pessoa humana esteve sempre garantida de certo modo, ou seja: a sua liberdade pessoal foi sempre objecto de certas medidas protectoras.”<sup>42</sup> É seguindo a idéia de que os valores inerentes à pessoa humana estiveram constantemente presentes na história da humanidade que Gregorio Peces-Barba Martinez no livro intitulado *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, obra na qual faz uma coletânea dos documentos históricos acerca dos direitos humanos, refere-se a determinados textos como componentes de uma pré-história dos direitos fundamentais. São citados: o Deuteronômio, o VI Concílio de Toledo (638), o VIII Concílio de Toledo (653), a Carga do Convênio entre o Rei Afonso I de Aragon e os Mouros de Tudela (1119) os Decretos da Cúria de Leon (1188), a Magna Carta de 1215, o Pacto de 1 de agosto (apontado como origem da Confederação Suíça, datado de 1291), a Pragmática dos Reis Católicos, declarando a liberdade de residência (1480), dentre outros.

Estes documentos açambarcados pelo autor espanhol no período de pré-história dos direitos humanos possuem uma variação grande entre si. São de épocas bem distintas, refletindo aspectos que lhes foram contemporâneos. E, embora não façam referência propriamente aos direitos humanos da modernidade, merecem destaque. “*Le prehistoria de los derechos fundamentales prepara la historia en el mundo moderno. Ningún momento es innecesario y los textos que siguen sirven para entender mejor lo que aparece a partir del tránsito a la modernidad.*”<sup>43</sup>

Os primeiros escritos indicados acima guardam, realmente, pouca similaridade com as idéias de direitos humanos, ainda que seja considerada a época em que estes surgiram. Já há, entretanto, aspectos importantes a serem considerados, sobretudo, no texto da Magna Carta, sobre a qual são os comentários a seguir.

A Magna Carta documento outorgado em 1215 por John, rei da Inglaterra, concedendo todas as liberdades a todos os homens livres do reino, não era

---

<sup>41</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 527.

<sup>42</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Op. Cit*, p. 528

<sup>43</sup> DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 21.

propriamente um documento constitucional daquele país e somente concedia direitos aos barões e burgueses. Entretanto, é considerado documento importante. Foi utilizado pelos juristas ingleses para invocar direitos à população: garantia a regra de *no taxation without representation*, de graduação da pena, além de proteger a liberdade de ir e vir e a propriedade privada. Instituiu, ainda, a judicialidade, exigindo julgamento legal para a prisão dos homens livres, bem como para a perda de bens.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera:

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos 'direitos' consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.<sup>44</sup>

Os direitos previstos na Magna Carta foram, através da Petição de Direitos de 1628, reclamados pelo Parlamento inglês em documento dirigido ao Rei da Inglaterra. A *Petition of Rights* consistiu em forma de reivindicar que as disposições contidas na Magna Carta fossem efetivadas.

O *Habeas Corpus Act*, datado de 1679, trouxe um avanço no que diz respeito à garantia efetiva dos direitos previstos em documentos anteriores, sobretudo a liberdade. Representou um novo ato em resposta a não aplicação dos direitos já enunciados.

De 1689, o *Bill of Rights* consolidou a Revolução de 1688, também conhecida como Revolução Gloriosa na qual, após a abdicação do Rei Jaime II, Guilherme III e Maria II, assumiram o poder. Os dois monarcas chegaram ao trono porque dispostos a assinar a declaração que limitava os poderes reais. Este documento é tido como um dos mais importantes na consagração dos direitos fundamentais. O traço marcante neste momento da história inglesa foi "...a vitória da supremacia do Parlamento sobre o direito divino dos reis..."<sup>45</sup>.

José Adércio Leite Sampaio destaca:

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

<sup>45</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168.

No tocante ao sistema de direitos, parece correto localizar o *Bill* como o desfecho de uma história iniciada em 1215. ...na Carta Magna a limitação do poder monárquico pela afirmação de privilégios do *liber homo*, dotado de qualificação e *status*, e na revolução de 1688, sobretudo na Declaração de Direitos, a generalização burguesa dos direitos.<sup>46</sup>

Apesar da importância histórica da *Petition of rights* (1628), do *Habeas Corpus Act* (1679) e do *Bill of Rights* (1689), sendo todos estes documentos dirigidos à proteção de direitos individuais, deve-se atentar que não gozavam de uma relevante característica hodierna que se atribui aos direitos fundamentais: a universalidade. Defendiam-se direitos direcionados a determinada parcela da população.

Somente com o surgimento da doutrina contratualista é que o conceito de soberania foi reformulado e houve uma verdadeira transformação no tocante aos direitos fundamentais. Os maiores expoentes do período foram Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

O contratualismo é centrado na valorização do indivíduo. A legitimação do poder estaria inserta na noção de aceitação pelos súditos. Celso Lafer destaca que: “No contratualismo de Locke... o Estado e o Direito são um meio-termo que compatibiliza a liberdade do estado de natureza, onde tudo é permitido, com as exigências da vida em sociedade”.<sup>47</sup>

A soberania do povo foi afirmada pelos contratualistas como poder absoluto. Por um lado se afirma a autoridade do Estado. Por outro lado formula-se uma teoria de direitos individuais em face do poder estatal. O direito que o indivíduo possui no *status naturae* passa a ser-lhe devido no *status societatis*.

Como visto, é nos séculos XVI e XVII que se identifica a origem histórica moderna dos direitos fundamentais. A noção ali vigente tornava a proteção aos direitos seletiva, abrangendo apenas pequena parte da população. Mas, a partir da proteção iniciada na Inglaterra, seguiram os documentos americanos e franceses que serão infra comentados, verdadeiros responsáveis por um alargamento da proteção aos direitos humanos.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América, é datada de 1776, ou seja, anterior à Declaração de Independência norte-americana. O documento preocupou-se em organizar a

<sup>46</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 168.

<sup>47</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 122.

estrutura do governo, adotando um modelo democrático. Ademais, influenciada pela teoria dos Direitos Naturais, sobretudo por Pufendorf e Locke<sup>48</sup>, e pela doutrina da separação de poderes, elencou um catálogo de direitos individuais a serem respeitados pelo Estado. É apontada como precursora do que viria ser declarado na Constituição Norte-Americana de 1787.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 veio à baila no contexto da Revolução Francesa. A quebra dos paradigmas então vigentes deu lugar à proposta burguesa. Reconheceu-se, através da Declaração, o direito do indivíduo em face do Estado.

Datadas de 15 de dezembro de 1791, as Emendas 1 a 10 à Constituição dos Estados Unidos de 1787 ficaram conhecidas como Declaração de Direitos dos Estados Unidos e serviram para estabilizar as bases propagadas pela Constituição Americana de 1787.

Se as cartas inglesas perdiam em generalização, sendo restritas a algumas camadas sociais, as declarações de direitos (norte-americana e francesa) acima indicadas, apesar da importância histórica e de abrangem toda a sociedade, perdem em normatividade. O que não diminui seu fundamental papel de difusão dos direitos humanos.

Raul Machado Horta<sup>49</sup> destaca:

A declaração de Direitos de 1789, pela universalidade de seus princípios, a beleza literária e jurídica de sua construção, transformou-se no marco culminante do constitucionalismo liberal, no instrumento de ascensão (SIC) política e econômica da burguesia, a nova classe que se apossava do comando do Estado e da Sociedade e nessa posição plasmava as novas instituições políticas e jurídicas que iriam assegurar o seu domínio secular. A versão francesa dos direitos individuais magnetizou as nações da Europa e da América, especialmente as deste continente, que, no século XIX, ingressariam no período de emancipação política e do subsequente (SIC) labor de edificação jurídica de suas instituições.

Após as Declarações de Direitos houve a constitucionalização<sup>50</sup> dos direitos fundamentais ao redor do mundo. Costuma-se apontar a Constituição da Bélgica de 1831 como a primeira a fazer referência aos direitos fundamentais. Mas

<sup>48</sup> DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 101.

<sup>49</sup> Apud SCALQUETTE, Ana Cláudia. *Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 18.

<sup>50</sup> Constitucionalização aqui está utilizada no sentido de fazer com que um determinado assunto passe a integrar o texto constitucional.



pôde-se constatar que a Carta Brasileira de 1824 já trazia esta menção. Com efeito, o Título 8º – “*Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros*” – cogitava nos artigos 173 a 179 a previsão de direitos hoje conhecidos como a irretroatividade das leis, a igualdade, a inviolabilidade de domicílio, a proibição da censura, a proibição da tortura, entre outros.

Sobre o tema, comenta Uadi Lâmmego Bulos:

As Constituições brasileiras sempre previram uma *declaração de direitos*. Aliás, o Texto Imperial foi o primeiro do mundo a expressar, em termos normativos, os direitos do homem, antes mesmo da Carta belga de 1831, tida por Paolo Biscaretti de Ruffía como a pioneira nesse campo.<sup>51 52</sup>

Conforme destacado alhures, houve um movimento de constitucionalização dos direitos humanos. Porém, *pari passu* ao reconhecimento dos direitos nas Constituições houve o desenvolvimento das doutrinas positivistas, e da concepção kelseniana é que foi possível o manejo da lei e da própria Constituição de Weimar de 1919, para que se chegasse ao completo desrespeito aos direitos humanos. Esta inversão ocorreu justamente numa Constituição considerada modelo no tocante à proteção dos direitos humanos<sup>53</sup>.

A autora Flávia Piovesan:

...manifesta aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.<sup>54</sup>

Com a dissociação da ética e da moral do direito foi possível a completa subversão de valores e o surgimento de um “...Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões...”<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 402.

<sup>52</sup> Deve-se registrar que na obra DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 121, aponta-se a Cosntituição Política da Monarquia Espanhola de 1812 como o primeiro texto constitucional a cogitar dos direitos humanos, embora não tenha sido uma proclamação de direitos propriamente dita, alguns foram reconhecidos.

<sup>53</sup> No terceiro capítulo retomar-se-ão comentários específicos sobre a era Weimar.

<sup>54</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. *Um Estudo Comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9-10.

<sup>55</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.*, p. 8.

Até então, há de se falar em uma forma local de proteção aos direitos fundamentais. O movimento de internacionalização dos direitos humanos ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, juntamente com uma noção de revitalização do aspecto moral dos mesmos, visando a evitar a repetição das atrocidades perpetradas pelo regime Nazista.

Em 1948, em Assembléia Geral das Nações Unidas, teve lugar a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Consiste em preferência doutrinária falar que esta Declaração apenas proclamou direitos para daí se inferir que os mesmos já existiam, sendo anteriores as instituições políticas, as quais não poderiam restringir os direitos que lhes antecedem tanto na ordem cronológica como substancial. Essa *Proclamação dos Direitos Humanos* invoca a necessidade de proteção dos mesmos contra o arbítrio estatal.

La Déclaration universelle des droits de l'homme, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, marque l'irruption de l'individu et de ses droits dans la sphère des relations interétatiques frappée, jusqu'alors du sceau de la souveraineté. Expression, au lendemain des atrocités de la seconde guerre mondiale, de l'accord des Etats sur << um idéal comum à atteindre par tous les peuples et toutes les nations>> (Préambule), la Déclaration universelle jette les principes du droit international des droits de l'homme.<sup>56</sup>

Norberto Bobbio<sup>57</sup> assevera que "...a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro, mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre".

A reafirmação dos direitos proclamados em 1948 ficou por conta da Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993.

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir

<sup>56</sup> SUDRE, Frédéric. In: *Droits et libertés fondamentaux*. Sous La direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet. 2 édition rev. et augm. Paris: Dalloz, 1995, p. 17.

<sup>57</sup> A Era dos Direitos, 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.<sup>58</sup>

Hoje, a tendência no tocante aos Direitos Fundamentais é, além de seu viés negativo, um viés proativo. O Estado deve, além de se abster em malferi-los, resguardá-los e promovê-los. A proteção deve ter caráter transnacional. Os tratados internacionais de Direitos Humanos configuram a prova desta nova roupagem.

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Com efeito, no momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vigora a lógica da destruição, em que é cruelmente abolido o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução. (...) <sup>59</sup>

Paulo Bonavides esclarece:

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.<sup>60</sup>

O Brasil é signatário de diversos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. Convém citar aqui, por sua extensão e importância, dois destes documentos: a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, esta conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. O referido pacto cogita, além das normas de proteção material, de normas procedimentais. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>61</sup> podem, portanto, decidir sobre questões tratadas no Pacto.

<sup>58</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. *Um Estudo Comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>60</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 526.

<sup>61</sup> "A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), estabelecida em 1959, é uma das duas entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas e possui sede em Washington, D.C. A CIDH é um órgão principal e autônomo da Organização dos

Importa, ainda, indicar quais as características<sup>62</sup> dos direitos fundamentais em sua acepção hodierna: universalidade, imprescritibilidade, inviolabilidade e irrenunciabilidade. Há ainda que se referenciar a inalienabilidade, a efetividade e a indivisibilidade.

### 1.3 Classificação em Gerações

Importante forma de classificar os direitos fundamentais é utilizar a evolução cronológica de sua proteção para dividir em grupos os direitos fundamentais. A indicação é feita de forma complementar e não exclusiva. Fala-se em gerações de direitos humanos ou, mesmo, em dimensões de direitos humanos.

Há severas críticas à classificação dos direitos humanos em gerações que não serão objeto de maiores comentários, dados os fins deste trabalho. Entendeu-se, entretanto, por bem trazer apontamentos sobre o assunto.<sup>63</sup>

Sem dúvida, é de se perceber uma facilitação no estudo dos direitos fundamentais, a partir da concepção das gerações para a visualização histórica dos mesmos. Ademais, viabiliza-se a ligação das gerações com as ideologias vigentes em cada época.

A primeira geração engloba as liberdades individuais e propriedade. São direitos posicionados como uma forma de proteção do indivíduo perante os arbítrios do Estado cujo reconhecimento remonta ao século XVIII, direitos civis e direitos políticos. As autoridades passaram a ter sua atuação limitada por estes direitos humanos de primeira geração. Apontam-se o direito de locomoção, de opinião, de liberdade de crença.

---

Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge da Carta da OEA e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e que atua em representação de todos os países membros da OEA. Está integrada por sete membros independentes e que se desempenham de forma pessoal, que não representam nenhum país em particular e que são eleitos pela Assembleia Geral. Possui faculdades políticas, legais e diplomáticas, cujas principais são: dar curso às denúncias principais, podendo remeter os casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos; preparar informes sobre a situação dos direitos humanos nos Estados membros da OEA; realizar estudos e propor medidas a serem tomadas pela OEA. Fonte: LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001, p. 97-98." Disponível em <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=CIDH>. Acesso em 06/07/2008.

<sup>62</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia. *Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 39.

<sup>63</sup> Acerca das críticas à chamada onda geracional aponta-se a leitura de SAMPAIO, José Adércio. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 302-310.

A segunda geração cogita dos direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos reconhecidos a partir do século XIX até meados do século XX. Dentre estes se enquadram o direito à previdência, os direitos à saúde, educação, moradia e à assistência social. Eles exigem uma atuação do Estado para serem cumpridos, não sendo alcançados pela mera postura negativa do Poder Público.

A terceira geração está ligada aos direitos coletivos como ao meio ambiente, autodeterminação dos povos, desenvolvimento tecnológico. O direito à paz costuma ser incluído neste paradigma. Não obstante, Paulo Bonavides, em palestra proferida no II Congresso Latino-Americano de Direito Constitucional realizado em Fortaleza em abril de 2008, realocou o direito à paz como direito de quinta geração.

As três primeiras gerações apontadas parecem seguir os ideais da Revolução Francesa, desenvolvendo-se na seguinte ordem: liberdade, igualdade e fraternidade.

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>64</sup>

A acepção de uma quarta geração ainda não está propriamente pacificada. José Adércio Leite Sampaio cuida de, pelo menos, seis visões acerca desta geração as quais cogitam na quarta geração a junção de elementos das gerações anteriores.<sup>65</sup>

Paulo Bonavides aloca nesta categoria o direito à democracia, à informação e ao pluralismo<sup>66</sup>. Segundo o autor: "...os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política."<sup>67</sup>

A quinta geração para alguns é identificada na proteção de direitos à proteção no âmbito da utilização de tecnologias, para outros seriam os direitos que diferenciam o homem das máquinas, isto é, a capacidade de sentir. A consagração

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 516.

<sup>65</sup> SAMPAIO, José Adércio. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 298-302.

<sup>66</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 525.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 526.

do dano moral dissociado do dano patrimonial só seria possível graças ao que se cogita nesta acepção. Mas, se os direitos de quarta geração não encontram um consenso, estes esbarram ainda mais nas divergências doutrinárias.<sup>68</sup>

Os direitos de terceira, quarta e quinta gerações sofrem uma crítica comum. Como nos três casos não há referência a direitos individuais, mas tão somente seriam protegidos grupos pontuais, estando ausente, assim, a condição de direitos humanos. Esta crítica nos dias atuais se apresenta inviável. Entretanto, sustentar que a proteção a grupo não passa de uma tutela coletiva de interesses privados não condiz com a tendência atual. As gerações ganham espaço, apesar das críticas.

#### **1.4 Restrições aos direitos fundamentais**

Consistem em restrições aos direitos humanos as ações ou omissões do Legislativo, Judiciário e Executivo que reduzem o conteúdo de direitos humanos. De fato, estes não são absolutos, existindo a possibilidade de restrição dos mesmos.

Em regra, as constituições não indicam com precisão quais os limites às restrições. A doutrina discute o alcance a partir das restrições pontuais colocadas no texto constitucional. Prevalece a seguinte classificação: restrições expressas diretamente na Constituição, restrições legais autorizadas pela Constituição e restrições constitucionais não expressas ou tácitas.

As primeiras não suscitam maiores questionamentos e são escritas no texto constitucional. As segundas são permitidas no texto constitucional, mas dependem de lei para se efetivar. As terceiras são resultado da presença no texto constitucional de princípios que colidem em casos concretos, fazendo-se necessário o sopesamento e a prevalência de um valor.

Seja como for, os direitos humanos merecem, em regra, plena efetivação. Portanto a hipótese de restrição deve ser utilizada de forma a causar menor prejuízo ao direito fundamental que será objeto de flexibilização. A medida de restrição precisa ser limitada no tempo e no espaço, recaindo sobre situações e pessoas específicas do caso concreto para o qual está prevista.

---

<sup>68</sup> SAMPAIO, José Adércio. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 298-302.

#### 1. 4. 1 Núcleo essencial dos direitos fundamentais

Para impedir que em sede de restrições sejam elas expressas diretamente na Constituição, formuladas por leis a partir de autorização constitucional ou decorrência tácita da Constituição e os direitos humanos sejam completamente afastados, criou-se: “a garantia do conteúdo essencial (...) para controlar a atividade do Poder Legislativo, visando a evitar os possíveis excessos que possam ser cometidos no momento de regular os direitos fundamentais.”<sup>69</sup>

A garantia dos direitos fundamentais hoje não se restringe ao âmbito de proteção individual em face do Estado, aplicando-se no que toca às relações entre particulares. Sobre o tema:

Particularmente importante para esse conteúdo público na esfera privada é a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Por esta teoria entende-se uma eficácia entre particulares e não só uma eficácia oponível aos entes estatais. Os direitos fundamentais “deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas”. Assim, mesmo os particulares devem respeitar este núcleo central de garantias e direitos constitucionalmente assegurados em suas relações privadas, dando a estas um cunho mais público.<sup>70</sup>

Na lição de Canotilho:

A ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe **um núcleo essencial** dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos.<sup>71</sup>

Se a compreensão do fundamento do núcleo essencial é *simples*, este adjetivo não se aplica no que toca ao objeto e ao valor do núcleo essencial sobre os quais recaem diversas teorias. Os comentários a seguir procuram explicitá-las.

Quanto ao objeto do núcleo essencial, apresentam-se duas teorias. A teoria subjetiva liga o núcleo essencial ao direito do indivíduo. Isto significa que em um caso concreto não pode haver o afastamento do direito fundamental na

<sup>69</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 164, p. 7-16, out./dez. 2004, p.7.

<sup>70</sup> MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Atuação Estatal na Ordem Pública e Privada*. In: Nomos, v. 25, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, p. 97-112, 2006, p. 103.

<sup>71</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 458.

integralidade, o direito subjetivo de uma pessoa deve ser minimamente resguardado. Já a teoria objetiva indica como objeto do núcleo essencial a norma de direito fundamental propriamente dita, e os valores decorrentes albergados por esta, assim, permite-se que em um caso concreto, certos indivíduos fiquem, excepcionalmente, sem a proteção da norma, mas esta deve ser mantida para os demais<sup>72</sup>. Existe certa prevalência da teoria subjetiva. De se observar que elas não apresentam posturas inconciliáveis sendo consideradas compatíveis entre si.

O valor do núcleo essencial também se caracteriza por forjar duas teorias: a teoria relativa e a teoria absoluta. Esta prevê que cada direito possui um núcleo duro passível de determinação em abstrato o qual não se sujeita a qualquer tipo de flexibilização no caso concreto. Já aquela permite o afastamento de um direito fundamental para fazer prevalecer outro direito. A concepção relativa corresponderia à proporcionalidade, conforme o entendimento de Robert Alexy<sup>73</sup>.

Ana Maria D'Ávila explicita claramente a importância da temática:

A garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como o “limite dos limites”. O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser “invadido” por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional. Por isso é que a garantia do conteúdo essencial é o limite dos limites, indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais.<sup>74</sup>

## 1.5 Direitos humanos como fins do estado hodierno – proteção em nível internacional

Importa, para o que pertine ao presente trabalho, guardar a idéia de que um Estado Democrático de Direito deve, necessariamente, ter entre seus fins a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais. Não é suficiente a concepção de *status negativus* de Jellineck para que se alcance a eficácia destes. O Estado deve atuar para promovê-los. O Estado é obrigado a prestar os direitos inerentes às gerações supra referidas. Sobre o tema:

<sup>72</sup>LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 41 n. 164, p. 7-16, out./dez. 2004, p. 8: “... admite-se que um direito fundamental possa não ser aplicado a um particular, sem que isso afete o conteúdo essencial, mas sempre que continue vigente para as demais pessoas.”

<sup>73</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p 288: “Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de una proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad.”

<sup>74</sup>LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Op., Cit.*, p. 13.



*“Los derechos fundamentales suponen la respuesta del Derecho a las necesidades básicas de los individuos y de las comunidades y son, em la cultura jurídica y política moderna, um instrumento de organización social que favorece el desarrollo moral de las personas.”<sup>75</sup>*

Paulo Bonavides destaca: “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam...”<sup>76</sup> Esta é a concepção empregada por Konrad Hesse que merece ser destacada, principalmente, quando considerada a tendência de proteção em nível global dos direitos humanos.

Flávia Piovesan também deve ser trazida à baila: “Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.”<sup>77</sup>

A correta proteção da dignidade da pessoa humana enquanto valor elementar da ordem constitucional hodierna tem que ser perseguida, não apenas em tempos de normalidade, mas, sobretudo, quando vigente o estado de exceção. Ela pode ser apontada como recurso importante para que o Estado de Direito não descambe para o totalitarismo.

A idéia basilar é que o próprio conceito Estado moderno está intimamente ligado à garantia dos direitos e liberdades individuais. E que, sem a proteção a estes, há de se questionar a atuação estatal e as próprias bases de sua legitimação.

Marcelo Leonardo Tavares<sup>78</sup> usa a expressão “implosão ética” do Estado quando existe uma medida desproporcional entre posições fundamentais de liberdade x segurança e, este, prevalece. Esta prevalência está associada ao desrespeito da razoabilidade no pêndulo por um deles.

A possibilidade de utilizar os direitos humanos como balizadores do estado de exceção deve ser intensificada. O princípio da dignidade da pessoa humana e o caráter antropocêntrico dos direitos fundamentais, fazendo-os oponíveis, independentemente de positivação ou de nacionalidade, consistem na

<sup>75</sup> DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987, p. 14.

<sup>76</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 514.

<sup>77</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. *Um Estudo Comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11-12.

<sup>78</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16.

principal noção a ser utilizada para as análises críticas que serão formuladas no capítulo quatro.

## **2 PRECEDENTES HISTÓRICOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

No decorrer da história da humanidade, o poder constituído tem se deparado com situações de instabilidade social. Para fazer face aos acontecimentos excepcionais, foram surgindo institutos para que respostas eficazes fossem dadas às crises. Somente através de soluções céleres, a forma de organização posta em uma dada sociedade poderia ser conservada ou restaurada.

O intuito deste capítulo não é o esgotamento das figuras que historicamente antecederam o estado de emergência contemporâneo, até porque não existe uma correspondência específica entre os institutos, a seguir elencados, com a idéia hodierna objeto do presente estudo. Pode-se falar que a escolha dos mesmos, para a composição deste capítulo, deve-se ao fato de trilharem um objetivo comum: a tentativa, nem sempre bem sucedida, de a ordem vigente ser mantida ou restabelecida em face de situações de grave crise, fosse esta política ou social, interna ou externa.

### **2.1 Antiguidade clássica**

Na antiguidade clássica (séc. VII a.C. ao V d.C.), a despeito do grau de instabilidade de suas instituições e da inexistência de um modelo firmado de Estado, foram utilizados institutos apontados como os primórdios do estado de exceção em seu viés tradicional.

O período foi assinalado por uma heterogeneidade de modelos estatais e possuía três modelos básicos: o Estado oriental, o Estado grego e o Estado romano.

O Estado oriental era dotado de amplo território e organizado como teocracia. Não há registros específicos neste do estado de exceção que se estar a buscar. Por isso, far-se-á uma análise da realidade grega e romana no período em questão.

Grécia e Roma possuíam conjunturas diversas. Nesta houve três períodos de organização política na Antiguidade, sucessivamente: Monarquia (753 - 509 a.C.), República (509 - 27 a.C.) e Império (27 a.C.- 476 d.C.). Naquela, o traço distintivo consistia na diminuta extensão territorial de cada centro político, as cidades-Estado. Cada Pólis gozava de uma estrutura organizacional peculiar. Em Esparta vivia-se uma autocracia, em Atenas, uma democracia.

Comentando acerca do período, o publicista português Jorge Bacelar Gouveia destaca:

Não obstante, **o Estado de exceção surgiu pela primeira vez na praxis política, na tentativa de responder a uma necessidade sentida de fortalecer o poder político estadual instituído, assim se enfrentando situações de perigo para a comunidade.** Não se conhecem, com rigor, todos os exemplos dos instrumentos de exceção que foram utilizados nas várias modalidades de organização política clássica, mas os oriundos de uma sua fase intermédia – na Grécia e em Roma, na fase republicana – são suficientes para mostrar a realidade do instituto, num primeiro momento de organização do Estado, acabando por se constituir como um elemento aglutinador de um ideário estadual embrionariamente construído.<sup>79</sup> (grifou-se)

Na civilização helênica, as cidades-Estado, cuja organização política e militar eram autônomas, possuíam um traço comum, adotando, em caso de conflito, a figura do tirano eletivo (*oesymnète*), o qual nada mais era que um monarca temporário que gozava de amplos poderes até que fossem restabelecidas as condições normais de governo. Cada pólis possuía uma designação para o instituto. Em Esparta era o *harmost*<sup>80</sup>, em Tessalónica, *aisimneta* e, em Malta, *arcus*.

No âmbito doutrinário, revelam-se importantes as considerações de Aristóteles que descreve entre as figuras de governo em sua obra “Política”, o despotismo eletivo, também denominado “monarquia aerimnética”, no qual um ditador eleito teria o dever de restaurar a ordem interna e rechaçar os inimigos externos.

Já em Roma há uma maior caracterização do que seria este Estado de exceção da antiguidade, na figura da ditadura. Acerca do assunto merece destaque a lição de Nomi Claire Lazar:

Theorists have found in the dictatorship exactly those features that have been considered necessary to the management of emergency circumstances in regimes normally under the rule of law (or some less anachronistic relative): speed, decisiveness, exception from the normal legal order, personal authority in place of the rule of law. This institution is the very epitome of emergency powers and it has been widely cited specifically as a prime example of temporary arbitrary power.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 110.

<sup>80</sup> Apontados como os responsáveis por governar cidades conquistadas através das guerras. Eram responsáveis por garantir a submissão dos povos subjugados, gozando de amplos poderes.

<sup>81</sup> LAZAR, Nomi Claire. *Making Emergencies Safe For Democracy: The Roman Dictatorship and the Rule of Law under States of Emergency*. Yale University, September 5, 2004. Disponível em:

### 2.1.1 A Ditadura Romana

O desenvolvimento do instituto ocorreu no período da República Romana. Jorge Bacelar Gouveia<sup>82</sup> destaca que não foi por acaso que este momento propiciou a sedimentação daquele precursor do estado de exceção. Durante o período precedente na história romana, a monarquia<sup>83</sup> não havia que se falar em exceção, que consistiria em meio desnecessário, uma vez que o uso do poder unipessoal era circunstância natural desta forma de governo. O Império, sucessor da República, promoveu a centralização do poder, não havendo, portanto, espaço para concentrar o núcleo decisório em situações específicas. Pois também, neste caso, esta já era a prática.

A República, inaugurada em 509 a.C, era pautada no tocante à estruturação do poder de mando pelos seguintes vetores: a colegialidade e a igualdade de poderes. O exercício do poder executivo cabia, simultaneamente, a dois cônsules eleitos para mandato de 1 ano, não sendo permitida reeleição consecutiva. Eles concentravam o comando das forças armadas e as funções jurisdicionais. Tinham as mesmas responsabilidades, e cada um exercia direito de veto mútuo.

Logo, a época se distinguia pela descentralização do poder. Não obstante, previu-se como mecanismo de manutenção, num momento inicial, ou restauração, num estágio mais avançado, da ordem vigente, a Ditadura.

Está patente naquele tipo de ditadura, com grande nitidez, a finalidade que lhe é própria: tornar possível uma actuação política rápida e enérgica por meio da entrega de poderes consideráveis nas mãos de um só governante a fim de vencer uma determinada crise política interna ou externa. Recorre-se ao ensinamento da experiência de que um indivíduo só pode actuar mais rápida e energicamente do que qualquer órgão colegial, no qual começa por ser necessário sempre encontrar um compromisso entre diversos pontos de vista, e do que uma pluralidade de órgãos cuja eficácia começa por carecer de uma coordenação.<sup>84</sup>

---

<[http://www.allacademic.com/meta/p\\_mla\\_apa\\_research\\_citation/0/5/9/0/0/p59006\\_index.html](http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/0/5/9/0/0/p59006_index.html)>, Acesso em 04/05/2008. p. 14.

<sup>82</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 122.

<sup>83</sup> Do grego *monos*, um, e *arche*, governo, significando, portanto, governo de um.

<sup>84</sup> ZIPPELIUS, Reinhold *apud* GOUVEIA, Jorge Barcelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 124.

Convém esclarecer desde já as possíveis acepções do termo Ditadura. Em sentido *lato*, num contexto contemporâneo, configura-se enquanto regime político no qual o governante não goza de legitimidade, no mais das vezes, se enquadra enquanto situação de estado de exceção inconstitucional. Em sentido *stricto*, liga-se à espécie de magistratura de carácter extraordinário, prevista na antiga República romana.

Neste tópico, a conotação que interessa é a segunda. Assim, a Ditadura romana era o regime político que previa o exercício temporário do poder político, unipessoal, com concentração de atribuições pré-definidas e com a finalidade de restabelecer a ordem, afastando perigo público.

A origem do instituto não é precisa, pode ter sido uma criação original da república romana ou ser baseado na concepção etrusca ou latina. Seja como for, convém destacar que foi amplamente utilizado até ser abolido em 44 a. C. por Marco Antônio. Há dados que apontam para o uso da ditadura romana em 76 oportunidades, ao cabo dos três séculos<sup>85</sup>.

O ano de 500 a. C é apontado como a primeira vez que se utilizou a Ditadura em Roma. T. Larcus Flaccus assumiu as funções de ditador e conduziu Roma durante guerra contra cidades circundantes. Assim, pouco tempo depois que surgiu a República romana, o poder vigente se deparou com um problema de ordem prática e foi compelido a aceitar a centralização do poder em um só homem, a exemplo da ultrapassada monarquia, como meio de manter-se. Neste sentido:

The same men who had driven the Kings out of Rome and had set up a constitutional government were now forced to admit in practice that this new government was inadequate to the task of its own preservation, and that only a temporary retreat to the kingly power could enable it to carry through to normal times.<sup>86</sup>

Para que fosse estabelecida a Ditadura fazia-se necessária a comprovação de um dos requisitos: guerra externa ou crises internas. De início, somente aquela justificava a adoção da medida, mas, posteriormente, a hipótese de abalos internos também passou a ser capaz de justificá-la.

---

<sup>85</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho público romano: y recepción del derecho romano en Europa*. 3 ed. Madrid: Cívitas, 1998.

<sup>86</sup> ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government In the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 17.

Após a constatação de um dos pré-requisitos alhures, o Senado reconhecia a situação de ditadura e nomeava o ditador<sup>87</sup> previamente designado pelo cônsul em exercício. Era defeso a este dar início ao procedimento sem a prévia manifestação do Senado o qual ainda teria que confirmar a ditadura por *lex curiata*. O rigoroso procedimento era seguido pelos motivos a seguir expostos:

...The senate would decide when a dictator was necessary, and a consul would appoint one. This process prevented the senate from choosing one of its own, although it was not impossible that the consuls might choose a senator. Dictators were nearly always prominent men who had demonstrated their ability and their trustworthiness. One man could serve as dictator on multiple occasions.<sup>88</sup>

Era a única situação na qual a República romana era governada por um *chefe* não-eleito. A gravidade da situação permissiva da medida era a justificativa para aceitação da legitimidade do *dictus*.

O ditador acumulava o poder político, administrativo e judicial. Comandava as forças militares e podia aplicar a pena de morte. Substituía as funções dos dois cônsules. Os magistrados lhe eram subordinados. Tinha ampla concentração de poderes, não podia, entretanto, legislar. E, apesar de não ser capaz de modificar as leis vigentes, podia atuar ainda que as violasse. Nem neste caso, os atos praticados pelo ditador eram passíveis de responsabilização posterior.

Embora tivesse, por assim dizer, uma “atuação irresponsável” não estava investido em um poder ilimitado. O ditador não podia atuar de forma a prejudicar o Estado romano. Os comandos tinham que servir ao desiderato que justificou a instauração da ditadura. Ademais, o ditador somente podia atuar de forma defensiva. Ele deveria restabelecer a ordem. Para tanto, não estava habilitado a dar início a guerras externas, mas apenas a se defender de ataques.

Existiam alguns limites temporais. O tempo máximo de permanência do ditador no cargo era de seis meses. Ainda que perdurassem os motivos que justificaram a medida, esta cessava de imediato. Era possível uma nova declaração, mas não uma prorrogação.

<sup>87</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 19: “...dictator was appointed – the origin of the term, ‘dictus’ (named, appointed)...”.

<sup>88</sup> LAZAR, Nomi Claire. *Making Emergencies Safe For Democracy*: The Roman Dictatorship and the Rule of Law under States of Emergency. Yale University, September 5, 2004, p. 22.

E, em duas hipóteses, a Ditadura se findava antecipadamente: 1 – na data de término do mandato do cônsul que apontou o ditador; 2 – quando as razões justificadoras se findassem antes do decurso de seis meses, hipótese na qual cabia ao ditador renunciar de suas funções.

*Lucius Quinctius Cincinnatus* foi apontado Ditador de Roma em 458 a. C.. Em quinze dias, este cidadão romano conseguiu reverter a situação que justificou a Ditadura e, de imediato, devolveu o poder aos cônsules eleitos, restabelecendo a ordem. Quanto mais breve fosse a atuação do Ditador, mais virtuoso ele seria.<sup>89</sup> Sobre o tema destaca-se a seguinte consideração: *“Cincinnatus’s willingness to give up his powers has been quoted often as a sign of virtue, leadership, and trustworthiness by whose measure other leaders were considered.”*<sup>90</sup>

Em Roma, a ditadura se mostrou uma forma eficiente para contornar períodos de crise e para lidar com severas ameaças às instituições republicanas. Contudo, essa idéia de um ditador, de um “governo” com poderes ampliados para lidar com um “estado de exceção” à ordem normal, abriu espaço para a falência da própria república e instituição do império, como que antevendo os ensinamentos de Maquiavel<sup>91</sup> quanto ao assunto.

Assim, no Direito Romano, havia disposições jurídicas específicas vigentes apenas em época de graves conflitos internos ou externos. Presentes determinadas condições, as autoridades poderiam utilizar estas normas temporárias para superar insurreições ou guerras externas. O uso efetivo destas previsões configurava o que Carl Schmitt intitularia, séculos mais tarde, de ditadura comissária a qual:

...consistia en la designación por el cónsul a solicitud del Senado, de um funcionario durante um período de seis meses com atribuciones para hacer frente a la emergencia pero em la práctica si la situación se normalizaba antes de concluir dicho plazo, el comisario debía dejar su cargo.<sup>92</sup>

Havia, entretanto, momentos nos quais a utilização exacerbada das medidas previstas configurava o que Schmitt intitula de ditadura soberana. A

<sup>89</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 26.

<sup>90</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 26.

<sup>91</sup> No tópico acerca da idade moderna será exposto o pensamento deste autor.

<sup>92</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, p. 801-860, septiembre-diciembre de 2004. p. 802.



ditadura soberana, sobre a qual comentar-se-á no estudo sobre as concepções schimttianas, consistiria no desvirtuamento da ditadura comissária o que, por diversas vezes, ocorreu na história da humanidade. Pelo menos três momentos podem ser apontados como fases degenerativas da ditadura: o sétimo consulado de Mário, o período de Sila (82 a. C.) e o período de César (48 a. C.). Apesar das anomalias, o instituto desenvolvido na Antiguidade guarda importância até os dias atuais. Serve, até mesmo, para que sejam constatados os erros enquanto experiência para que se evite cometê-los novamente.

### 2.1.2 *Iustitium*

Giorgio Agamben, na obra “Estado de exceção”<sup>93</sup>, cuida da visão do estado de exceção enquanto um “vazio jurídico”<sup>94</sup>, um período em que a ordem jurídica é totalmente suspensa. O autor credita ao *iustitium romano* o papel de predecessor histórico, na antiguidade, da exceção sob o ponto de vista que a defende. O autor distingue, assim, ditadura de *iustitium*:

Antes de tudo, o *iustitium*, enquanto efetua uma interrupção e uma suspensão de toda ordem jurídica, não pode ser interpretado segundo o paradigma da ditadura. Na constituição romana, o ditador era uma figura específica de magistrado escolhido pelos cônsules, cujo *imperium*, extremamente amplo, era conferido por uma *lex curiata* que definia seus objetivos. No *iustitium*, ao contrário (mesmo quando declarado por um ditador no cargo), não existe criação de nenhuma nova magistratura; o poder ilimitado de que gozam de fato *iusticio indicto* os magistrados existentes resulta não da atribuição de um *imperium* ditatorial, mas da suspensão das leis que tolhiam sua ação...<sup>95</sup>

O *iustitium* ficou conhecido também como férias judiciárias. Não obstante, Adolphe Nissen, na obra *Das Iustitium: Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, de 1877, critica a visão propagada pelo uso do termo acima mencionado. O autor considera uma redução do real contexto determinado pelo *iustitium*. O Senado era competente para “...declarar o Estado de tumultus, proclamar o *iustitium*...”<sup>96</sup>. Tão logo fosse verificada esta situação, o povo devia

<sup>93</sup> Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

<sup>94</sup> Esta acepção será tratada ainda neste trabalho e se diferencia do enfoque tradicional de Estado de exceção cujos precedentes históricos são abordados no presente capítulo.

<sup>95</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 74-75.

<sup>96</sup> *Ibidem*, 2004, p. 72.

“...estar pronto: saga sumere *significa mais ou menos que os cidadãos devem tirar suas togas, vestir-se e estar preparados para combater...*”<sup>97</sup>.

Férias judiciárias realmente não é o termo que melhor se aplica à espécie. Os magistrados se afastavam de suas funções ordinárias para, juntando-se à população, lutar pelo restabelecimento da ordem. Isto ia muito além de simplesmente *susender* o trabalho ordinário.

Quando o direito não estava mais em condições de assumir sua tarefa suprema, a de garantir o bem comum, abandonava-se o direito por medidas adequadas à situação e, assim como, em caso de necessidade, os magistrados eram liberados das obrigações da lei por meio de um *senatus-consulto*, em caso extremo também o direito era posto de lado. Quando se tornava incômodo, em vez de ser transgredido, era afastado, suspenso por meio de um *iustitium*.<sup>98</sup>

O juspublicista italiano critica Carl Schmitt, Clinton Rossiter e Carl Friedrich por buscarem na ditadura romana a figura precursora do estado de exceção<sup>99</sup>. Estes autores não são os únicos a indicarem na ditadura romana a acepção do que hoje se convencionou chamar de estado de exceção. Machiavel e Rousseau<sup>100</sup> também assim o fizeram. E, no contexto contemporâneo, Jorge Bacelar Gouveia e Oren Gross.

### 2.1.3 *Senatus Consultum Ultimum*

Além da ditadura, havia em Roma, nos últimos anos da República, a medida *Senatus Consultum Ultimum*. Sobre esta, bem esclarece Claire Lazar:

The so-called *senatus consultum ultimum* (or ‘last decree’), or more correctly *senatus consultum de re publica defendenda*, was an advisory notice issued by the senate to a consul suggesting that, the republic being in grave danger, the consul ought to do whatever he thought necessary to quash the threat. Essentially, it was an order from the senate which, first, recognised that there was an emergency of some sort, and second, provided a consul with a statement of support. The idea was that the consul could then act more forcefully and quickly, secure in the knowledge that the senate would back whatever it was he had to do, but because these actions were subject to *post facto* legitimation, he would know to do no more than strictly

<sup>97</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 72

<sup>98</sup> NISSEN, Adolphe *apud* AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>99</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Op. Cit.*, p. 75.

<sup>100</sup> LAZAR, Nomi Claire. *Making Emergencies Safe For Democracy*. The Roman Dictatorship and the Rule of Law under States of Emergency. Yale University, September 5, 2004, p. 16.

necessary. Most often, this order was issued when there was an insurrection or conspiracy: internal rather than external emergencies.<sup>101</sup>

Esta medida provisionava de forma diversa do que ocorria na ditadura. Não havia a condução de um novo membro ao poder. Mas, tão-só a concentração de um poderio além do que já era exercido pelo cônsul. O senado, a exemplo do que se verificava na ditadura, possuía papel fundamental para decretar a medida. Ademais, exercia um controle posterior.

Assim, diferentemente do ditador, o cônsul atuava ciente de que seria possível uma responsabilização pelos seus atos. O *Senatus Consultum Ultimum*, embora não tenha o reconhecimento hodierno que a ditadura romana, possui mais pontos de encontro com algumas figuras contemporâneas do que esta.

Como visto anteriormente, a antiguidade foi terreno fértil para criação de mecanismos capazes de conduzir o *Estado* a uma forma temporária de governo na qual fosse possível uma rápida ação em face de circunstâncias anormais que ameaçassem a manutenção da ordem vigente. Os institutos, então manejados, são objeto de estudo das doutrinas emergenciais modernas, tendo sido citados ao longo dos séculos como formas precursoras da relevância da adoção de medidas centralizadoras, porém, afeitas ao controle. É válido citar Jorge Bacelar Gouveia:

Porventura o que mais impressiona nestas primeiras propostas de regulação do Estado de exceção é, acima de tudo o resto, o reconhecimento da eficácia de um exercício unipessoal do poder, mesmo ao arrepio, para o caso de Atenas, de uma concepção não monárquica do sistema político. Muitas vezes, porém, embora visasse a solução de crises, lançava os alicerces de um governo vitalício e arbitrário.<sup>102</sup>

Convém acatar as assertivas do autor português. E, conforme se demonstrará adiante, tirar da experiência da antiguidade a noção de eficiência que existe do uso centralizado de mecanismos de poder sem olvidar meios de manter a garantia da sistemática vigente, sob pena de descambar para governos autoritários permanentes, os quais, certamente, afastam-se da normalidade que se pretendia resguardar. O tópico seguinte persiste na incursão histórica dos precedentes do estado de exceção.

<sup>101</sup> LAZAR, Nomi Claire. *Making Emergencies Safe For Democracy*. The Roman Dictatorship and the Rule of Law under States of Emergency. Yale University, September 5, 2004, p. 27.

<sup>102</sup> GOUVEIA, Jorge Barcelar, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 113.

## 2.2 Idade Média

A Idade Média foi marcada pela descentralização do poder e pela variedade de ordenamentos jurídicos. Enquanto período que imediatamente sucedeu a derrocada e a fragmentação do Império Romano do Ocidente, restou assinalada pela formação de núcleos decisórios infra-estatais. A nova conjuntura gerou uma aceção bem diversa do modelo romano de estado de exceção.

A caracterização do Estado feudal gerou, ainda, a condensação de um poder supra-estatal representado tanto pelo Papado quanto pelo Sacro-Império Romano-Germânico. Este personificava o poder temporal. Aquele, o poder espiritual.<sup>103</sup> “...Tinham-se, assim, como que dois pontos cardiais, sobre os quais assentava a vida política da Idade Média: o Papado e o Império.”<sup>104</sup>

Segundo Bercovici<sup>105</sup>, a Idade Média, a partir do século XII, é marcada pelo desenvolvimento do princípio da *ratio status*, indicando que o poder político deve servir à justiça. Não havia uma sistematização da exceção. Porém, com a aplicação do *princeps legibus solutus est*, a partir do século XIII, a submissão do Rei à lei foi relativizada sem chegar à ampliação do período histórico subsequente, lição do autor:

A máxima do Digesto 1.3.31 “*Princeps legibus solutus est*”, que se refere a um comentário de Ulpiano, não se limita à imunidade do príncipe em relação à lei, mas também diz respeito à sua autoridade legislativa e ao seu poder de derrogar leis. (...) O entendimento medieval, no entanto, nunca foi absolutista, pois sempre buscaram limites a esta prerrogativa real. Um dos fundamentos do *legibus solutus* era a máxima do *Decretum* de Graciano: “*Necessitas legem non habet*”. A necessidade pública legitima a suspensão provisória de todos os vínculos, embora o motivo devesse ser delimitado pelo critério jurídico-religioso da “causa justa”. Com a permissão da declaração *legibus solutus*, segundo Senellart, a *necessitas* teria derrubado, embora sem destruí-la, a antítese mediaval entre *rex justus* e tirano, abrindo espaço para uma violação permitida da ordem jurídica sob a justificativa do interesse público ou do bem comum.<sup>106</sup>

Configurou-se, no período medieval, a “...*asunción de facultades amplias necesarias em momentos de conflictos internos y externos, que tenían una duración*”

<sup>103</sup> GOUVEIA, Jorge Barcelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 134.

<sup>104</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 68.

<sup>105</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: Para uma Crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 52-56.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 55-56.

*limitada...*<sup>107</sup>. Porém, as medidas excepcionais então adotadas eram bem diferentes das que lhes precederam historicamente. Importa frisar que:

... A diminuição do poder estadual, conseguido à quintessência pelo Império Romano, determinaria a imediata localização do Estado de exceção em novas instâncias de poder, até à altura desconhecidas, quer a nível infra-estadual, quer a nível supra-estadual.<sup>108</sup>

No plano do poder temporal, a autoridade do Papa era exercida de forma difusa, alcançado lugares distantes da *Respublica Christiana* através dos comissários extraordinários, também conhecidos como “legados pontifícios”. As atribuições destes iam da atividade jurisdicional, passando pela possibilidade de cobrar impostos ou, até mesmo, para exercer a “... ‘limpeza das más gentes’ (*purgare malis hominibus*)”.<sup>109</sup> Cogitando do estado de exceção, importam destacar as específicas funções dos comissários extraordinários de manter a paz, ou restabelecê-la.

Outro instituto, ainda, em tempos medievais, apontado como precursor do estado de exceção era o *jure dominationes speciale*. Este era encontrado no âmbito do poder temporal, sendo cogitado como uma legalidade especial apartada da legalidade ordinária. Nos ordenamentos que o previam, o rei podia destacar um comissário extraordinário que, a exemplo dos “legados pontifícios” previstos na organização eclesiástica, exerciam atividades jurisdicionais e arrecadavam impostos. Em determinadas situações, acompanhavam os destacamentos militares, controlando as tropas contra inimigos externos ou contra perturbações de ordem interna.<sup>110</sup>

Como demonstrado, as figuras tidas como predecessoras do estado de exceção, durante a Idade Média, seguiam modelo bem diverso do romano. Estavam mais afeitas à peculiar conjuntura que se instaurou. Acerca do assunto:

A importância dos comissários medievais na construção do Estado de exceção consideravelmente reflecte a estrutura política da organização

<sup>107</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 802.

<sup>108</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 135.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 138.

medieval. Essa era uma figura que se ajustava à principal característica do poder medieval, que residia não só na sua *elevada extensão territorial como também no seu carácter altamente fragmentário*. Dessa forma, eles apareciam como a consequência da necessidade do acompanhamento da dimensão das possessões territoriais por parte das entidades – políticas ou religiosas – que os nomeavam. A deslocação desses comissários às regiões de crise configurava o esquema que melhor respondia a um problema de segurança e de permanência das entidades políticas.<sup>111</sup>

A exemplo do que ocorreu durante a Antiguidade, houve distorção do modelo do estado de exceção, no período medieval, ocorrendo, em dados momentos, uso permanente das medidas previstas para situações singulares. Segundo Fix-Zamudio, era: “...y el tirano, quien usurpaba o distorsionaba estos poderes de manera permanente...”.<sup>112</sup>

Durante o renascimento, o Papado e o Império passam por uma situação de declínio. Nesta fase começam a despontar as grandes monarquias, os grandes Estados os quais Del Vecchio intitula de “*verdadeiramente soberanos*”<sup>113</sup>. Héctor Fix-Zamudio destaca que:

Durante el renacimiento... ...Tanto en la hipótesis de una situación normal como en las de excepción, las atribuciones del soberano, al menos teóricamente, estaban reguladas jurídicamente, en el primer supuesto por el *ius imperii*, y en el segundo por el *ius speciale*.<sup>114</sup>

## 2.3 Idade Moderna

A Idade Moderna é marcada pela revitalização da figura Estatal. A concentração do poder na figura do Rei passou, no período, por diversas fases. Estas foram sucessivamente: Estado Estamental, Estado Absoluto e Estado Racional Policial.

De início, houve a caracterização do Estado Estamental. Neste, o poder do Rei encontrava-se limitado pela necessidade de apoio das camadas sociais, os estamentos. No Estado Absoluto, o Rei concentrava as funções do Legislativo,

<sup>111</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 135, p. 138-139.

<sup>112</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 802, p. 802.

<sup>113</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 76.

<sup>114</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Op. cit.*, p. 803.

Executivo e do Judiciário. Na formatação seguinte, no Estado de polícia, havia a justificação do governo do Rei a partir da razão. Surgiram, então, os déspotas esclarecidos.

Jacques Bossuet<sup>115</sup> além de defender o absolutismo, propugnava pelo poder divino dos reis. Advertia em *“A política segundo a Sagrada Escritura”*, que os súditos devem obedecer ao seu Rei, sob pena de cometerem crime e sacrilégio. Na visão de Bossuet, o rei era tido como representante de Deus na Terra e concentrava uma gama de poderes quase irrestritos. Prestava contas apenas a Ele. Gozava de atuação irresponsável.

No Antigo Regime não existiam regras definidas para situações de emergência. Estes tempos eram marcados pela atuação preventiva do Estado. Procurava-se agir antecipadamente para evitar distúrbios e quebra do poder. Entretanto, caso ocorressem motins, estes eram duramente rechaçados com punições exemplares. Na hipótese de infortúnios diversos, a atuação do Estado era célere, adequando-se ao tipo de situação emergencial que se instalasse.

...las situaciones de emergencia no se regulaban de manera precisa, y especialmente tratándose de los conflictos internos en los cuales predominaban los motines, es decir las insurrecciones populares, especialmente en momentos de escasez de alimentos, estos disturbios se reprimían de manera pragmática, castigar duramente a los más conspicuos y perdonar a los demás. De acuerdo con la doctrina, las situaciones de emergencia tenían un carácter predominantemente preventivo más que represivo, ya que se tomaban medidas, como el suministro de alimentos cuando los mismos escaseaban, para evitar hasta donde era posible revueltas.<sup>116</sup>

Estas informações, em brevíssimas linhas, condensam a evolução histórica das doutrinas de justificação estatal no período Moderno. Se considerada a realidade que então prevaleceu a partir destas teorias, o estado de exceção perdeu, naquela época, a relevância. Ora, a concentração de poderes na figura do monarca se deu em maior ou menor proporção de acordo com o lapso temporal considerado. No entanto, embora se analise o momento em que o Rei teve sua atividade mais

<sup>115</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 317.

<sup>116</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 803.

limitada, os poderes ainda eram suficientemente amplos a ponto de prescindirem dos mecanismos vigentes no estado de exceção.

Conforme a visão do absolutismo monárquico, proposta por Bossuet, é criada uma situação de irresponsabilidade estatal ao indicar que o monarca apenas deveria prestar contas a Deus. Estavam ausentes os limites para a atuação do Rei não só em tempos de crise.

Diferentemente dos tradicionais Estados monárquicos, nas democracias constitucionais eventos como a suspensão da separação de poderes e supressão de vasta gama de garantias individuais para lidar com situações de exceção demandam um maior grau de justificação das medidas adotadas. Além disso, tais medidas devem se consubstanciar numa forma de preservar em longo prazo as próprias instituições e garantias que estão a violar.

Jorge Bacelar Gouveia dá ênfase a pouca importância prática do Estado de exceção, no período:

O *Estado de exceção*, neste contexto geral de engrandecimento do poder régio, *perdeu a sua importância funcional*: esse alargamento dos poderes, por si só, seria muitas vezes suficiente para enfrentar as situações de crise – pois que, no dizer de ULPIANO, *princeps legibus solutus est* – e, desse modo, não seria preciso recorrer a instrumentos extraordinários para as suprimir. O percurso dos mecanismos de exceção não seria, todavia, unívoco, exactamente porquanto no período compreendido pela Idade Moderna, ainda que sob a orientação geral do reforço do poder estadual, diversas fases se reconheceram, embora todas sob o signo da desvalorização prática do Estado de exceção.<sup>117</sup>

Não havia necessidade real de substituição da ordem normal vigente, com a concentração dos poderes na figura do Monarca, neste já residia o núcleo decisório do Estado. Destaca-se acerca da temática, Rossiter: *“No civil institution of crisis government existed under the ancient régime. It is unnecessary to suspend rights that do not exist or augment powers that are already absolute”*<sup>118</sup>.

Apesar da pouca relevância pragmática do instituto no período, despontaram, desde o renascimento, nomes como Maquiavel, Bodin e Hobbes, que contribuíram para a doutrina do Estado de exceção.

<sup>117</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 142-143.

<sup>118</sup> ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government In the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 80.



Maquiavel preferia a República como forma de governo. Pois, “...é o bem geral, e não o interesse particular, que constitui a potência de um Estado...”.<sup>119</sup> No entanto, consentia com uma doutrina de concentração dos poderes em situações de emergência. Tanto é que, ao cogitar do modelo utilizado na ditadura romana, destacava que decisões de colegiados tornavam as respostas às crises lentas.

His analysis of the Roman dictatorship led Machiavelli to conclude that the ideal republic ought to provide for emergency institutions *ex ante* and to structure those around the contours of the Roman dictatorship. In times of extraordinary threats and dangers normal decisionmaking processes may prove to be too slow to deal effectively with the impending crisis: “their remedies are very dangerous when they have to remedy a thing that time does not wait for”.<sup>120</sup>

O pensador italiano já apontava que a República deveria possuir normas prevendo medidas para estados de exceção, preconizando, assim, a idéia de um ordenamento que possuísse previsões para assegurar sua própria sustentabilidade.<sup>121</sup> Advertia que, numa República bem ordenada, não deveria nunca ser necessário recorrer a medidas fora da constituição<sup>122</sup>, pois, apesar de serem efetivas no momento, são prejudiciais à estabilidade da própria ordem social em longo prazo.

Jean Bodin<sup>123</sup>, por sua vez, defendia como “...a nota específica da soberania: a indivisibilidade. ...Na monarquia, a soberania, por natureza una, encontra, para Bodin, a sua expressão mais natural.”<sup>124</sup>. O rei só tinha seus poderes limitados por Deus. A seguinte passagem esclarece o ponto de vista do autor no que toca ao estado de exceção:

<sup>119</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*: Discorsi. 3. ed. rev. Brasília: UnB, p. 2.

<sup>120</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 36.

<sup>121</sup> “Por isso, uma república nunca será perfeita a não ser que esteja preparada para tudo com estas leis (de emergência) e tenha estabelecido um remédio para as situações de crise e tenha estipulado um modo de as resolver.” MAQUIAVELLI, Niccolò *apud* GOUVEIA, Jorge Barcelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 146.

<sup>122</sup> GOUVEIA, Jorge Barcelar, *Op cit.*, p. 145.

<sup>123</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 77-81; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 360.

<sup>124</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Op cit.*, p. 80.

JEAN BODIN desenvolveu, depois, a matéria do Estado de exceção na densificação dos diversos poderes típicos que se podiam encontrar dentro da soberania, simbolizada pelo "...poder de dar leis a todos em geral e a cada um em particular". Foi nesse contexto que se referiu à matéria da declaração da guerra e da feitura da paz, considerando esse poder (no fundo, o poder de exceção) como devendo ser conferido ao soberano: "No que se refere à soberania, não há dúvida de que a resolução da paz ou da guerra depende do príncipe soberano...". Por outro lado, na específica relação que ainda admitia entre o monarca e os estamentos, este autor aceitava que, em caso de necessidade, os acordos entre eles se considerassem "nulos". Este poder de exceção, tal como o próprio poder soberano, não era para JEAN BODIN, finalmente, um poder ilimitado, porquanto consentia a sua limitação pelas leis naturais e divinas, num claro tributo à doutrina aristotélica e medieval de limitação extrínseca-realista do poder.<sup>125</sup>

Thomas Hobbes<sup>126</sup> considerava que o soberano tinha o poder de decidir as atitudes a serem tomadas em caso de emergência, independente de previsão. O autor, em verdade, não buscava uma distinção entre tempos de normalidade e tempos de exceção. Segundo sua doutrina, o homem é naturalmente mau e tende a viver em constante conflito, ameaçando de forma perene a manutenção do Estado. Este só é capaz de se manter com a figura do Leviatã, atuando com um poder uno e ilimitado, consentido pelos súditos.

Portanto, apesar da pouca importância prática de institutos de emergência durante o Antigo Regime, houve contribuições importantes do ponto de vista doutrinário. Já na Inglaterra, país marcado por sucessão de documentos de proteção aos direitos, a realidade exigiu que se criassem, no período, conforme se verificará a seguir, teorias a justificar medidas excepcionais.

### 2.3.1 As figuras de exceção britânicas na Idade Moderna

A Inglaterra não viveu nos moldes das doutrinas absolutistas da Europa continental. O absolutismo inglês se submetia aos manifestos de proteção consagrados em documentos da época, dos quais se destacam: a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). Daí porque necessitava de institutos a serem utilizados nos momentos de crise internas ou

<sup>125</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 148.

<sup>126</sup> VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 5 ed. correcta e atualizada. Revista e prefaciada por L. Cabral de Moncada e actualizada por Anselmo de Castro. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 91-96.

externas. A salvaguarda do Estado não prescindia de formas de fortalecer o poder do monarca.

Não tendo a experiência britânica passado pelos sistemas constitucionais continentais, as situações de crise careciam de uma resposta acrescida, do ponto de vista do fortalecimento do poder régio, na normalidade já substancialmente enfraquecido e limitado em favor dos estamentos, por causa das diversas intervenções radicadas nas declarações de direitos de raiz pactícia.<sup>127</sup>

Três institutos do período são apontados como relevantes: a *martial law*, os *Habeas Corpus Suspension Acts* e o *Riot Act*. Eles se desenvolveram sucessivamente, no tempo.

O primeiro não possui um marco inicial definido, de fonte costumeira, teria descendência direta dos comissários medievais<sup>128</sup>. O segundo passou a ser utilizado a partir do século XII. O terceiro foi concebido em 1714. A seguir cumpre dissecá-los um a um.

A *Martial Law* fazia frente às perturbações internas ou externas, civis ou militares. A proclamação da lei marcial não acarretava a tomada de medidas específicas, mas sim, consistia em um meio de fazer saber à população que as ações tomadas pela força militar para manutenção ou restabelecimento da ordem gozavam de especiais direitos, sendo subsumíveis ao Poder Judiciário apenas quanto à proporcionalidade dos meios utilizados. Importa destacar Aricê Moacyr Amaral dos Santos que ensina: “Nas palavras de Albert Veen Dicey, a Lei Marcial serve para designar ‘o direito que em common law possuem a Coroa e seus agentes, de repelir a força pela força em casos de insurreição, tumulto ou mais geralmente de resistência violenta à lei’.”<sup>129</sup>

Edward S. Corwin<sup>130</sup> destaca que:

Martial law, in other words, is little more than a general term for the operation in situations of public emergency of certain well know principles of the common law – the right of self-defense of the individual, his right – attended by the correlative liability – to abate a nuisance, his right and duty

<sup>127</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 150.

<sup>128</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Op cit.*, p. 151.

<sup>129</sup> SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Estado de Emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1981, p. 27.

<sup>130</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 33.

to arrest one whom he knows to have committed a felony or whom he observes in the act of committing a breach of the peace...

Enquanto decorrência do poder da Coroa, de início só os militares, enquanto representantes do Rei gozavam das prerrogativas da *martial law*. Porém, à medida que se desenvolveu a teoria de auto defesa individual, os cidadãos passaram também a ser regidos por esta figura. Desta forma, a população civil passou a ser hábil para usar a força na manutenção da paz. De acordo com Frederick Pollock (*apud* GROSS e AOLÁIN, 2006), o direito de praticar atos de defesa durante a *martial law* é análogo ao direito que cada cidadão tem de autodefesa de sua própria vida e propriedade<sup>131</sup>.

Dicey e Pollock divergem no tocante à extensão dos atos permitidos na vigência da *martial law*. Para este, “...*make practically all actions taken under martial law legal and immune from subsequent challenges*”<sup>132</sup>. Aquele entendia que os Tribunais poderiam definir os atos que atenderiam aos fins do instituto.

Na prática, os atos perpetrados pelos militares ou pelos civis na defesa da ordem em tempos de crises nem dependiam sempre dos Tribunais, nem eram de todo irrestritos. Sujeitavam-se à apreciação pelo Poder Judiciário apenas quanto à proporcionalidade dos meios utilizados. A verificação se realizava segundo os limites vigentes durante o período emergencial. Não se levava em consideração se os meios seriam proporcionais em tempos de normalidade, mas se eram comuns aos tempos de exceção.

Em 1628 a *Petition of Rights* limitou o uso da *martial law*. Após o documento o instituto parou de ser usado, exceto em algumas colônias inglesas.<sup>133</sup> Segundo Oren Gross:

The continuous abuses of Power by the Stuarts led Parliament to adopt the Petition of Right in 1628. Under the Petition, martial law was to apply only to soldiers. Even with respect to soldiers, martial law could only be applied in a time of war. Significantly, a situation could be properly considered to amount to war only when the ordinary civil courts were closed and unable to administer the regular laws of the land. When the civil courts were open and functioning martial law could not be lawfully employed.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 33.

<sup>132</sup> *Idem*.

<sup>133</sup> GOUVEIA, Jorge Barcelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 153.

<sup>134</sup> GROSS, Oren. *Martial Law and the Fight Against Terrorism: Discretion, Regulation, and Emergency Powers*. Minnesota Legal Studies Research. Paper Nº. 05-11, p. 1-39, 2004, p. 14.

O *Bill of Rights*, apesar de trazer importantes avanços no tocante aos direitos fundamentais, conforme destacado no capítulo 1 do presente estudo, abriu espaço para a suspensão do *habeas corpus*. O documento afirma que “é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento”.<sup>135</sup> Em uma interpretação a *contrario sensu* seria possível a suspensão de lei caso o Parlamento autorizasse. Partindo desta concepção, o *habeas corpus* foi suspenso em diversas ocasiões. Os seguintes limites para a suspensão do *writ* merecem nota:

A lei aprovada pelo Parlamento, para a suspensão do *habeas corpus*, ostentava as seguintes características:

- (i) fixação da duração deste regime, em termos anuais;
- (ii) delimitação do território da respectiva aplicação;
- (iii) designação dos magistrados investidos nesses poderes extraordinários;
- (iv) aplicação às pessoas detidas por alta traição, limitando-se a retardar o respectivo julgamento.<sup>136</sup>

Data de 1714 o *Riot Act* inglês. Proclamado pelo Parlamento Britânico, o instituto previa formas de atenuar a responsabilidade das autoridades em situações emergenciais. No texto original do Riot Act, este representava: “*An act for preventing tumults and riotous assemblies, and for the more speedy and effectual punishing the rioters*”<sup>137</sup>.

Funcionava da seguinte forma: constatada uma reunião ilegal de 12 ou mais pessoas, a autoridade se dirigia ao local visando a dispersar os participantes e fazia a leitura do seguinte aviso:

Our sovereign Lord the King chargeth and commandeth all persons, being assembled, immediately to disperse themselves, and peaceably to depart to their habitations, or to their lawful business, upon the pains contained in the act made in the first year of King George, for preventing tumults and riotous assemblies. God save the King.<sup>138</sup>

Uma hora após o aviso, caso persistisse a situação que ensejou a leitura do decreto, as autoridades poderiam proceder à dissolução mediante o uso da força.

<sup>135</sup> GOUVEIA, Jorge Barcelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 155.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>137</sup> *Riot Act of 1714*. Disponível em <http://reactor-core.org/riot-act.html>. Acesso em 15/05/2008.

<sup>138</sup> *Riot Act of 1714*. Disponível em <http://reactor-core.org/riot-act.html>. Acesso em 15/05/2008.

Qualquer dano decorrente da atividade das autoridades não seria passível de reparação. Daí porque o correto é se falar em isenção de responsabilidade na atuação coercitiva. Os participantes de reuniões ilegais ficavam à mercê da autoridade, denominados pelo *Riot Act* de *rioters*, eram enquadrados no crime de *felony*. Houve um fortalecimento da posição da autoridade, sem qualquer contrapartida no tocante aos direitos dos cidadãos<sup>139</sup>.

Os três institutos acima apontados deram ensejo para as seguintes considerações de Jorge Bacelar Gouveia<sup>140</sup>:

A experiência singular britânica, como noutros aspectos do constitucionalismo em geral, destoaria, em todo o caso, da tendência marcante da Idade Moderna, traduzida numa seqüencial desvalorização do Estado de excepção. Ao arripio da concepção continental de absolutização do poder real então triunfante, foi nesse período histórico que surgiram alguns esquemas de resposta a crises institucionais. Sem embargo do seu manifesto circunstancialismo político-factual, eles puderam exercer uma influência decisiva na configuração do Estado de excepção constitucional continental da Idade Contemporânea.

As considerações acerca da *martial law*, dos *Habeas Corpus Suspension Acts* e do *Riot Act* são importantes, tendo em vista a originalidade dos mesmos no período. Ademais, são apontados como institutos que remetem Estados temporários de emergência.

### 2.3.2 Iluminismo

O movimento conhecido como Iluminismo, data do início do século XVIII, estendendo-se até o início da Idade Contemporânea. Foi concebido por Immanuel Kant como:

*Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbst verschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Selbstverschuldet ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschließung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines anderen zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut dich*

<sup>139</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 159.

<sup>140</sup> *Op cit.*, p. 149-150.

deines *eigenen* Verstandes zu bedienen!, ist also der Wahlspruch der Aufklärung.<sup>141</sup>

Destaca-se que: “No Iluminismo, o apelo à razão – à racionalidade – ocorria em nome do desejo de ser livre. Liberta do cativeiro das falsas crenças e das hierarquias da sociedade feudal, a humanidade entraria numa nova era de razão esclarecida”.<sup>142</sup> Daí ter sido terreno fértil para o surgimento de doutrinas no campo político, que propugnavam pela limitação do poder. Em oposição ao Antigo Regime, surgiram doutrinas que propunham o liberalismo político. Enquanto naquele, a autoridade do soberano não podia ser contestada, neste, a relação entre cidadãos e Estado era marcada por direitos e deveres.

Nesta vertente, sobretudo no que toca ao estado de exceção, convém destacar os seguintes publicistas da época: John Locke, Charles Louis Secondat de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau. Os três tinham doutrinas bem diferentes, mas consideravam a limitação do poder como algo indispensável.

Segundo Bacelar Gouveia, Locke trouxe a: “...primeira formulação consistente de uma exposição racional do combate ao poder arbitrário do Estado...”<sup>143</sup> propugnava que as leis tinham que ser gerais e permanentes. Ademais, o poder deveria ser dividido entre órgãos de criação, execução e aplicação da lei.

O autor britânico, partindo do pressuposto que o legislativo não pode antever todas as situações através de leis, previa a *prerogative*. Assim, Locke cogitava que em situações emergenciais, a regra da repartição dos poderes fosse quebrada com o uso da “prerrogativa” pelo órgão executivo o qual poderia agir, até mesmo, *contra legem* desde que isto representasse a manutenção do bem comum.

<sup>141</sup> KANT, Immanuel. (1784, 1994). *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*. In: Kant, Immanuel: Was ist Aufklärung? Aufsätze zur Geschichte und Philosophie. Hrsg. u. eingeleitet durch Jürgen Zebe. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, S. 55–61. Disponível em <<http://www.uni-kassel.de/fb5/politikwissenschaft/Didaktik/Folien/Moegling1.pdf>> Acesso em 15/05/2008. Tradução livre: *Iluminismo/Esclarecimento [Aufklärung] é a saída do homem de sua imaturidade, da qual ele próprio é culpado. A imaturidade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa imaturidade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. Sapere aude! Tem coragem de te servires da tua própria razão! Esta é, pois, a divisa do Iluminismo.*

<sup>142</sup> MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 124.

<sup>143</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 160.

For the legislators not being able to foresee and provide by laws for all that may be useful to the community, the executor of the laws, having the power in his hands, has by the common law of Nature a right to make use of it for the good of the society, in many cases where the municipal law has given no direction, till the legislative can conveniently be assembled to provide for it; (...)

This power to act according to discretion for the public good, without the prescription of the law and sometimes even against it, is that which is called prerogative... ... This power, whilst employed for the benefit of the community and suitably to the trust and ends of the government, is undoubted prerogative, and never is questioned.<sup>144</sup>

Montesquieu não trouxe uma contribuição decisiva no tocante à doutrina de exceção. Porém, é válido citar que defendeu, ainda que num âmbito de processo criminal, a adoção de regras diferenciadas em momentos de crise, período no qual era possível que o legislativo atribuísse ao Executivo o poder de suspender a liberdade pessoal. Esta medida impedia que os criminosos pudessem escapar de punição se valendo de brechas processuais.

O autor cogitava uma compensação realizada na fração inversamente proporcional entre poder e tempo de sua duração. Quanto maior fosse o poder excepcional atribuído por menor lapso temporal, deveria vigor.

Rousseau teve notadamente suas idéias acerca de estados de exceção inspiradas na concepção da Roma Antiga. O autor defendeu uma flexibilidade das leis para momentos de crise, com a concentração do poder em um núcleo decisório, conferindo celeridade às medidas adotadas:

A inflexibilidade das leis, que lhe tolhe dobrar-se aos sucessos, pode em certas ocasiões fazê-las prejudiciais e causadoras da perda do Estado em crise. A ordem e lentidão das formas requerem um espaço de tempo que as circunstâncias às vezes negam; sobrevêm mil acontecimentos a que não deu providências o legislador, e é muito necessária providência conhecer que não se pode tudo antever. Cumpre não consolidar as instituições políticas de sorte que nos privemos da faculdade de suspender os efeitos delas: a própria Esparta deixou dormir suas leis. Porém só os maiores perigos se podem contrapesar com o da alteração da ordem pública, e jamais se deve suspender o sacro poderio das leis, senão quando se trata da salvação da Pátria, e provê-se à segurança pública por um ato particular, que a incumbe ao mais benemérito cidadão; de duas maneiras se dá segundo o perigo, essa comissão. Se para remediar basta crescer a atividade do Governo, concentra-se este num ou dois de seus membros, e não se altera assim a autoridade das leis, mas só a força de sua administração. Se o perigo é tal que o aparato das leis impede esquivá-lo, nomeia-se um chefe supremo que as faça todas emudecer, e por um

<sup>144</sup> LOCKE, John. Two Treatises of Government In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government. P. 175-176. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000175.pdf>> Acesso em 19/05/2008.



instante suspenda a autoridade soberana. Nesse caso não é duvidosa a vontade geral, é evidente que a primeira intenção do povo é que o Estado não pereça, e a autoridade legislativa é suspensa, não abolida...<sup>145</sup>

A contribuição dos autores iluministas se deu, sobretudo, com esteio na Ditadura romana. Previam, *pari passu* à necessidade de limitação racional do poder, meios de fazer com que a ordem fosse rapidamente restabelecida em momentos de emergência. A seguir, verificar-se-á a influência do constitucionalismo liberal no que toca aos instrumentos de exceção.

## 2.4 Idade Contemporânea

O constitucionalismo liberal datado do final do século XVIII, início do século XIX, foi responsável pela redução, em um documento escrito, das idéias de superação do absolutismo antes vigente. A noção desta primeira constituição enquanto texto remetia à proteção dos direitos fundamentais, à separação dos poderes e à representação liberal da soberania nacional.<sup>146</sup>

O constitucionalismo revelou-se a partir do Século das Luzes como um movimento político-ideológico de inspiração liberal, nascido e formulado em plagas do Ocidente. Esse movimento visava criar a Constituição escrita e, assim, estabelecer regras básicas para o Estado e o Direito, afirmando e assegurando liberdade, certeza e segurança jurídica para os homens em seu relacionamento com o organismo estatal.<sup>147</sup>

Naquele contexto, era imperiosa a estabilização das novas instituições. Daí parecer contrário aos fins defendidos pelos constitucionalistas do período, a simples menção na Carta Constitucional de meios para superação de momentos de crise, lapsos temporais excepcionais, nos quais o sistema adotado por esta poderia ser suspenso ou interrompido com o fito de resguardar a própria Constituição.

Os teóricos viam como incongruência aceitar no texto constitucional a suspensão desta em partes, tanto que se havia lutado para defesa dos direitos em um texto. Como o próprio texto traria a possibilidade de seu afastamento?

<sup>145</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 113-114.

<sup>146</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 166.

<sup>147</sup> SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Estado de Emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1981, p. 9.

Ademais, considerava-se o liberalismo como estabilizador. No campo político, a separação de poderes seria suficiente para garantir que não mais se instalassem estados de exceção, os quais só tiveram lugar no passado porque não estava vigente o liberalismo constitucional. Sobre o tema, Bercovici e Gouveia, respectivamente, esclarecem:

A constituição liberal tem dificuldades, no início, de enquadrar o estado de exceção, que intencionalmente é excluído dos textos constitucionais. (...) A incorporação do estado de exceção às constituições seria incoerente, abalando a ilusão da perfeição do funcionamento das novas instituições liberais.<sup>148</sup>

...De acordo com esta ingênua concepção, nada justificaria a consagração de instrumentos jurídico-constitucionais que surgissem desprovidos de uma função útil, pois que era ao liberalismo assacado um papel de exemplar equilibrador das instituições, só sendo o Estado de exceção anteriormente utilizado porque o liberalismo não lograra ainda definitivamente implantar-se. Fundados sobre uma nova ordem constitucional, os Estados nem sequer precisariam de mecanismos de exceção, mercê do equilíbrio interno e congénito alcançado com a racional separação dos poderes e com a garantia de um conjunto de direitos individuais. Da incoerência do Estado de exceção nas Constituições escritas passar-se-ia à sua dispensabilidade funcional.<sup>149</sup>

Assim, iniciou-se uma fase de legalização infra-constitucional de medidas em épocas de crise. Fernandez Segado observa, a partir dos estudos de Pedro Cruz Villalon, que em meados do século XIX é que se constitucionalizou a matéria, sobre o tema:

...el estudio de la legislación sobre el Estado de sitio como el momento final de un largo proceso que cabe calificar como el de la constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado. Y es que cuando la *Loi sur l'état de siège* de 9 de agosto de 1849 convierta al Estado de sitio en un régimen de legalidad, la protección extraordinaria del Estado quedará definitivamente incorporada a tal régimen, y con ello se cubrirá la laguna más relevante — según el propio autor— del Estado de Derecho: por medio del derecho de excepción, el imperio de la ley se extenderá a las situaciones de emergencia para la seguridad del Estado.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 216.

<sup>149</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 168-169.

<sup>150</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalización de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, "El Estado De Sitio y la Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008, p. 229.

Mas não se deve avançar o tema sem tocar nas doutrinas anteriores à Lei do Estado de Sítio, de agosto de 1849. Esta regulamentou a inserção do Estado de Sítio na Constituição Francesa de 1948.

Importa ainda destacar que as medidas propostas para situações emergenciais, durante o início liberalismo, eram notadamente repressivas, diferenciando do sistema preventivo do Antigo Regime. Como ensina Fix-Zamudio:

Com el surgimiento del constitucionalismo clásico, que se inicia con la lucha de independencia en los Estados Unidos de América y la revolución francesa en el continente, se dismantelan los procedimientos preventivos del antiguo régimen y comienza una nueva etapa con el establecimiento del concepto del orden público constitucional como opuesto al del sistema absolutista del antiguo régimen, ya que esta nueva regulación se caracterizaba por ser esencialmente represiva frente a las prácticas preventivas anteriores; legal en lugar de arbitraria, y finalmente efectiva respecto de la ineficacia frecuente del régimen autocrático anterior.<sup>151</sup>

Como não ocorreu a constitucionalização de institutos de exceção<sup>152</sup>, desenvolveram-se três alternativas<sup>153</sup> balizadas pela necessidade prática de resolução de situações conflituosas que eclodiram no período. As hipóteses se revelaram em três vertentes: a lei marcial continental, o Estado de sítio (pré-constitucional) e a concentração de poderes no executivo.

#### 2.4.1 A lei marcial continental

A primeira alternativa, isto é, a lei marcial, ocorria com a utilização do poderio militar já em exercício. Não havia alteração na estrutura organizacional prevista na Constituição. Porém, diferentemente da *martial law* britânica, a lei marcial da Europa continental configurava-se num Estado jurídico com a proclamação. Era utilizada para fazer face às ameaças internas ou externas e gerava a alocação do poder nas mãos dos militares. Segado esclarece que: “...*stricto sensu*, la ley marcial

<sup>151</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 803.

<sup>152</sup> Ao contrário, na Bélgica, a partir da influência de Benjamin Constant, chegou-se a proibir expressamente qualquer medida de suspensão da Constituição em momentos de crise. V. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 167-174.

<sup>153</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. Cit.*, p. 176.

*era la norma legal que contenía los casos y formas de utilización de la fuerza armada en el interior del país.*"<sup>154</sup>.

A medida foi utilizada em pelo menos quatro oportunidades na França, todas em ato contínuo à Revolução de 1789. As leis que cuidaram da medida são datadas de 21 de outubro de 1789, 23 de fevereiro, 02 de junho de 1790, 26 de julho de 1791, 4 e 8 de julho de 1791. Dentre as medidas e os efeitos previstos nas leis acima citadas estavam: a declaração de vigência da lei marcial; a configuração da ilegalidade das reuniões as quais se procurava dispersar<sup>155</sup>; a isenção da responsabilidade das autoridades na dissolução das reuniões. A lei marcial era aplicável inicialmente apenas em Paris. No entanto, a partir de 1790, passou a abranger todo o território francês. Em 23 de junho de 1793 a lei marcial foi revogada naquele país.<sup>156</sup>

No contexto norte-americano também se verificou o uso da lei marcial. A medida divergia do instituto francês. Apresentava-se como lei marcial punitiva ou preventiva. Esta ligada ao aspecto processual, aquela concebia um governo militar. A primeira é particularmente interessante e será objeto das considerações que se seguem.

A lei marcial punitiva possuía maior semelhança com o modelo adotado pelos franceses. Leis de 1795 e 1807 previam a possibilidade, em caso de graves perturbações internas ou externas, de o Chefe do Executivo, autorizado pelo Legislativo suspender a divisão dos poderes. Com a declaração da lei marcial, um comando militar fazia as vezes do Chefe do Executivo e comissões militares, as vezes do Judiciário.

A Suprema Corte Americana cuidou pela primeira vez de um caso envolvendo a lei marcial, em 1848, em *Luther v Borden*<sup>157</sup>. O caso envolveu situação de crise no Estado de Rhode Island, passada em 1841. Este Estado ingressou na

<sup>154</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalizacion de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, "El Estado De Sitio y la Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008, p. 237.

<sup>155</sup> Esta previsão de uso para fins de dissolver reuniões tornava a medida próxima do já comentado *Riot Act* britânico.

<sup>156</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 180.

<sup>157</sup> WEIDA, Jason Collins, *A Republic of Emergencies: Martial Law in American Jurisprudence*. Connecticut Law Review, Vol. 36, p. 1397-1438, 2004, p. 1404.

Federação norte-americana sem a elaboração de uma nova Constituição. O governo era, portanto, baseado na Carta de Charles II, de 1663.

No início da década de 40, alguns cidadãos, que não reconheciam a autoridade do documento, reuniram-se e criaram uma convenção constitucional sem qualquer respaldo. Quando o Governador, eleito por esta força dissidente, tomou medidas contra o Governo amparado pela Carta vigente, foi proclamado por este *martial law*.

O caso que chegou à Suprema Corte foi o do ingresso forçado na casa de Martin Luther, promovido pelo poder militar, especificamente por Luther Borden, subsidiado pela lei marcial. A decisão considerou que a declaração de lei marcial pode ser feita para suprimir insurreições dentro do Estado, e que, no caso concreto, cabia ao Governo constituído em Rhode Island definir se efetivamente se configurou um Estado de guerra que demandasse a medida prescindindo de definição judicial prévia. Em *Luther v. Borden* destaca-se o trecho:

It was a state of war; and the established government re-sorted to the rights and usages of war to maintain itself, and to overcome the unlawful opposition. . . . Without the power to do this, martial law and the military array of the government would be mere parade, and rather encourage attack than repel it.<sup>158</sup>

Com base neste *leading case* sobre a lei marcial a medida foi posteriormente utilizada no âmbito Federal. Abraham Lincoln utilizou o instituto para determinar o fechamento dos portos do Sul durante a guerra civil americana<sup>159</sup>.

O precedente apontado como relevante na limitação da lei marcial norte-americana foi: *Ex part Milligan*, de 1866<sup>160</sup>. A Suprema Corte decidiu que:

...Milligan, a citizen who had never been a member of the armed forces, was tried and sentenced by a military commission while the courts in Indiana remained open. Indeed, the military district of Indiana was not even in the theater of active military operations during the Milligan affair. Martial law simply could not exist in the absence of actual war while the courts remained open. Since martial law in Indiana at that time was un-constitutional, the military commission was without jurisdiction.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 48 U.S. 1, 1849. *Luther v. Borden*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/48/1/case.html>> Acesso em: 19/03/2008.

<sup>159</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 67 U.S. 635, 1867. *Prize cases*. 2 Black. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/67/635/case.html>> Acesso em: 19/03/2008.

<sup>160</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 71 U.S., 4 Wall., 2, 1866, *Ex parte Milligan*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/usssc/071-002a.htm>> Acesso em: 20/03/2008.

<sup>161</sup> WEIDA, Jason Collins, *A Republic of Emergencies: Martial Law in American Jurisprudence*. Connecticut Law Review, Vol. 36, p. 1397-1438, 2004. p. 1410.

Neste caso, houve limitação do uso da lei marcial. Ficou bem marcado como traço característico, seu caráter subsidiário. Enquanto instituto aplicado via poderio militar, a lei marcial acabou se mostrando inadequada para gerir os momentos de crise, sobretudo com o surgimento das crises político-sociais. E a Suprema Corte se encarregou de restringir o uso da lei marcial, sobretudo fazendo prevalecer em face de direitos fundamentais.

#### 2.4.2 Estado de sítio

Neste tópico será tratado sobre o Estado de sítio francês quando o mesmo ainda não possuía lugar no texto constitucional. Em momento oportuno, tratar-se-á do instituto pós Constituição de 1848.

O Estado de sítio, criação notadamente francesa, surgiu inicialmente como Estado de sítio militar. Posteriormente, pode-se dizer que houve um alargamento do instituto que passou a ser utilizado em situações alheias às ameaças militares. O primeiro é também conhecido como Estado de sítio efetivo (militar), o segundo, o Estado de sítio político.

A Lei de 8 de julho de 1791 regulamentou a *Conservation et classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets relatif*.<sup>162</sup> Este momento é apontado como o da criação do Estado de sítio militar. Em seus 158 artigos, a lei tratava da alocação das tropas militares em praças de guerras. Definia Estado de paz, de guerra e de sítio militar. Desde que a praça cercada ficasse incomunicável, estabelecia-se o Estado de sítio, no qual as forças militares eram titulares exclusivos dos atos para a manutenção da ordem pública.

Mais tarde, em agosto de 1797, as previsões criadas em 1791, antes aplicáveis apenas em hipótese de sítio militar, passaram a abranger situações de guerra civil ou perturbações internas. A adoção da medida deixou de estar restrita pelo aspecto espacial da praça cercada. Sobre o tema, Gross e Aoláin:

As originally conceived, the state of siege was thought of in terms of full powers of government conferred upon the military commander of a besieged fortress. However, with the French Revolution the character of this concept shifted from a purely military to a political one. State of siege came to be applicable not only to an area actually besieged by foreign invaders, but also to areas endangered by internal rebellion and disorder. This expansion of the

<sup>162</sup> Loi du 8 juillet 1791. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em 23/05/2008.

notion of state of siege created the dichotomy between *état de siege reel* (state of siege in its original sense) and *état de siege fictive* ("constructive" state of siege).<sup>163</sup>

Escreve, Segado: *"...el expediente de la ficción, en base al cual se finge que se dan los supuestos que definen a una plaza militar como en Estado de sitio y, sobre la base de una interpretación extensiva, se aplica la normativa prevista para tal emergencia"*<sup>164</sup>.

O Estado de sítio político ou fictício tem origem em 1797. Este instituto está ligado à idéia de prevenção. Cogitava-se de medidas de salvação pública. Ainda que as conturbações sociais estivessem dissociadas de um perigo militar, a autoridade militar poderia assumir os poderes para evitar quaisquer distúrbios.

O período da história francesa em que surgiu o instituto *état de siège* foi marcado de um lado pelas conturbações político-sociais da era pós-queda da Bastilha e pré-napoleônico, de outro, pela doutrina liberal. Com receio de que previsões constitucionais de suspensão temporária dos direitos e garantias recém conquistados pudessem representar um retrocesso ao antigo regime, a doutrina liberal não aceitava constitucionalizar medidas de exceção. Porém, necessidades de ordem prática se impuseram, daí a instituição de leis como a do Estado de sítio antes mesmo da constitucionalização da medida. Clinton Rossiter destaca que *"...the state of siege is more a product of history than of legislative activity"*<sup>165</sup>.

Em tópico posterior será cogitado do Estado de sítio conforme previsto nas leis de 1849 e de 1878. As referidas leis serão trazidas à baila em momento futuro porque posteriores à constitucionalização do Estado de sítio francês.

#### 2.4.3 Centralização dos poderes no Executivo

Os sistemas que previam esta medida pareciam privilegiar a idéia que remonta à Antiguidade, sobretudo em Roma, e que fora defendida em outras

<sup>163</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Martial Law and the Fight Against Terrorism: Discretion, Regulation, and Emergency Powers*. Minnesota Legal Studies Research. Paper Nº. 05-11, p. 1-39, 2004, p. 27.

<sup>164</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalizacion de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, "El Estado De Sitio y la Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008, p. 242.

<sup>165</sup> ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 79.

ocasiões, por autores renomados, a exemplo de Locke e Rousseau, de que em situações de crises, respostas rápidas estão em razão inversamente proporcional à desconcentração de poderes.

Assim, as doutrinas anteriores à constitucionalização de instrumentos excepcionais privilegiariam a centralização de poderes na figura do executivo. Seguindo a linha de pensamento de Jorge Bacelar Gouveia<sup>166</sup>, apontam-se três formas para a consecução deste objetivo: a exoneração parlamentar circunstancial; a habilitação parlamentar prévia e a auto-habilitação executiva.

A exoneração parlamentar circunstancial consiste na possibilidade de, mediante atuação posterior o parlamento analisar medidas de emergência tomadas, em regra pelo Chefe do Executivo, não previstas no ordenamento. Apesar de ilegais ou inconstitucionais, as ações realizadas nestas situações podem ser avaliadas e, se consideradas necessárias e adequadas, são objeto de validação pelo parlamento. Hipótese em que a autoridade que adotou as medidas fica isenta de responsabilização. Este modelo possui certa semelhança com o *Bill of indemnity*.

A habilitação parlamentar prévia funciona como uma exoneração *ex ante* dos atos que o executivo viria a tomar no Estado de emergência. O Parlamento, diante de uma situação de exceção, concede um ato permissivo para que o Chefe do Executivo assuma o papel de núcleo decisório com o fito de responder rapidamente às ameaças pelas quais a ordem vigente poderia enfrentar nos tempos de crise.

Na auto-habilitação executiva, como o próprio termo sugere, prescinde de análise por parte do Legislativo. O requisito para sua adoção consiste tão-só na constatação dos requisitos que justificam por si o incremento dos poderes do Executivo. A grande crítica a este modelo fica por conta da dificuldade ou até mesmo da completa inexistência de controle externo. Diferentemente do que ocorria no modelo da Ditadura romana, o Executivo se atribui um poder sem qualquer ingerência do legislativo. Este não participa na adoção da medida. Não podendo nem mesmo contestar a inexistência no plano material dos requisitos que justificariam a concentração de poderes no executivo.

---

<sup>166</sup> O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 200.



As três figuras supra citadas parecem esbarrar na formatação dos sistemas de Constituição rígida. Seriam aplicáveis apenas nos países cuja ordem fosse flexível.

No próximo capítulo introduzir-se-ão os modelos de Estado de exceção no âmbito do Constitucionalismo. Os instrumentos que serão comentados sucedem temporalmente os que foram objeto de estudo no presente capítulo. Alguns, conforme será demonstrado, têm raízes históricas nos que foram aqui abordados, mas visando alcançar uma divisão mais didática, serão retomados apenas no capítulo subsequente.

### 3 ESTADO DE EXCEÇÃO – DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO AOS DIAS ATUAIS

Cumpramos retomar as razões pelas quais, quando do surgimento das constituições escritas, não foi possível consagrar, no texto constitucional, instrumentos de exceção. Estes foram rechaçados por, pelo menos, três importantes fundamentos da doutrina liberal.

O primeiro deles era que não se admitia qualquer possibilidade de afastamento dos direitos conquistados, pois seria um contra senso resguardá-los, porém permitindo que fossem suspensos, ainda que temporariamente.

O segundo era que o Estado constitucional liberal era de tal sorte organizado e equilibrado que não haveria espaço para Estados de exceção, e que estes só ocorreram no passado porque ainda não se encontrava vigente a ordem constitucional liberal.

O terceiro era o receio de que o Antigo Regime fosse retomado caso houvesse qualquer brecha. Considerava a previsão de mecanismos de centralização de poderes ou suspensão de direitos como portas para a retomada do sistema anterior.

Na esteira das idéias de Pedro Cruz Villalón, comenta Fernandez Segado:

...existe un notorio y significativo retraso en la aparición de la suspensión constitucional de las garantías así como en la conformación de una legislación orgánica aplicable al régimen de excepción (...)  
Y es que los soportes del nuevo orden constitucional, y específicamente de los derechos individuales del ciudadano, se fundaban directamente em doctrinas filosóficas y morales que reclamaban una aceptación absoluta incompatible con cualquier forma de atenuación o excepción. (...)  
Pese a ello, nos encontramos en un primer momento con una manifiesta hostilidad frente a la constitucionalización de la defensa extraordinaria del Estado.<sup>167</sup>

Entretanto, a experiência prática contrariou as teses dominantes do constitucionalismo liberal que advogavam o afastamento de medidas excepcionais do texto constitucional. Ora, a oposição de prever institutos de proteção no texto constitucional descambou em hipótese de veras pior, na qual, através da legislação ordinária, os direitos previstos no ápice do sistema normativo eram afastados. Isto

---

<sup>167</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalización de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalón, "El Estado De Sitio y la Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008, p. 230.

na melhor das hipóteses. A outra opção foi a preterição dos direitos constitucionais por medidas práticas que não se encontravam em quaisquer previsões do ordenamento.

O argumento de que o constitucionalismo liberal era de tal forma equilibrada, que não estaria sujeito a abalos, caiu por terra. E, diante da utilização de mecanismos infraconstitucionais para o afastamento dos direitos elencados na Constituição, a doutrina achou por bem evoluir. Passou-se a defender que a ordem constitucional também pode se sujeitar a momentos de crise e que o sistema deve, sim, prever mecanismos hábeis de defesa.

Assim, preferiu-se um afastamento temporário dos direitos previstos na própria Constituição à solução prática que vinha ocorrendo. A resposta dada pela própria Carta Magna seria mais coerente com o sistema.

Ademais, aquele “...receio político de que a constitucionalização dos instrumentos de emergência pudesse fazer recuar a História para tempos pré-liberais – para além de errôneo que esse pensamento continha – estava já definitivamente esconjurado”.<sup>168</sup>

Em face da nova posição doutrinária, as Constituições começaram a instituir meios de superar momentos de crise. De duas formas se constitucionalizaram estas previsões.

Em alguns países, o constituinte tentava prever todas as possíveis situações de crise, fornecendo solução para cada uma delas. Outra opção foi a atribuição de um Estado geral de crises que pudesse ser manejado no caso prático, de acordo com o caso concreto.

Numa classificação adotada por Aricê Moacyr Amaral Santos<sup>169</sup>, os instrumentos de exceção podem ser do tipo flexível ou do tipo rígido. Segundo o autor: “Considera-se sistema flexível aquele cuja ordenação não preestabelece as providências para conter ou debelar a grave crise.”<sup>170</sup> O tipo rígido é aquele no qual o constituinte procura antever as situações de anormalidade capazes de justificar a adoção das medidas de emergência que aponta.

---

<sup>168</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 223.

<sup>169</sup> SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Estado de Emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1981, p. 33

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 35.

Seguindo a linha de Pedro Cruz Villalón, Jorge Bacelar Gouveia aponta dois modelos principais de constitucionalização do Estado de exceção:

o da *completa previsão constitucional dos mecanismos de exceção*, acrescida da indicação genérica de alguns dos aspectos centrais do regime, como as causas, os efeitos e os órgãos decisórios – o *apelidado de Estado excepcional*.

o da *mera previsão constitucional dos mecanismos de exceção*, com ou sem a atribuição da respectiva nomenclatura, através de uma cláusula geral atributiva de poderes excepcionais – a *ditadura constitucional*.

Com o advento das duas Guerras Mundiais se verificou avanços no tocante à matéria. Bercovici observa que:

Hans Boldt, acertadamente, afirma que a problemática da exceção mudou com a Primeira Guerra Mundial, com a necessidade de novas formas de estado de exceção, atuando tanto na política, como na economia. No século XX, o estado de exceção via ser levado a dimensões até então desconhecidas.<sup>171</sup>

Atualmente, os textos constitucionais costumam regular o estado de exceção. Esta postura, ainda que criticada por não ser possível conter as lacunas ou por não levar à justificação social, possibilita que o sistema contribua com a manutenção dos sistemas, ao menos nas situações reguladas, não sendo dispensáveis mecanismos de controle adicionais.

Luiz Felipe Sáenz J. explica que: “*Em general, los textos constitucionales de los países regulan los estados de excepción*”<sup>172</sup>. O autor analisa especificamente os textos do México, Honduras, Costa Rica, Argentina, Chile e Espanha, além da Guatemala.

Tratando sobre a problemática em tempos hodiernos Oren Gross e Fionnuala Ní Aoláin destacam que:

**Today, different constitutional systems differ greatly in their treatment of the subject matter of emergency powers.** Following the example of the Roman dictatorship, many modern constitutions contain explicit, frequently detailed, emergency provisions. (...)

While explicit constitutional reference to emergencies is common, it is by no means universal. The constitutions of the United States, Japan and Belgium,

<sup>171</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 285.

<sup>172</sup> SÁENZ J, Luis Felipe. *La regulación de los estados de excepción en Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruência com la normativa de la Constitución Política de la República*. In: Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano. Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 203-227, 2006, p. 209.

for example, are almost entirely devoid of references to states of emergency and to emergency powers.<sup>173</sup> (grifou-se)

Este sistema dual de previsões persiste até a atualidade e cada ordenamento adota o que melhor lhe convém. Existe grande debate em torno do assunto, sobretudo por conta da realidade norte-americana hodierna. Aquele país, vítima de ataques terroristas, bem como de uma constante ameaça no âmbito da segurança, vem fomentando as discussões sobre os modelos de emergência a serem adotados.

Antes, entretanto, de transpor o trabalho para os dias atuais, os tópicos a seguir cuidam de Estados de exceção suportados por determinados países após as primeiras constituições escritas e o surgimento da noção contemporânea de direitos fundamentais. Como será visto a seguir a opção por tais países também está ligada ao fato de terem vivenciado de perto as duas grandes guerras mundiais, tendo que adequar o ordenamento jurídico respectivo às mesmas.

### 3.1 O Estado de Sítio Francês

A Constituição francesa de 1848 trouxe previsão no art. 106, do Estado de Sítio como medida de emergência: “Art. 106. A lei fixará as ocasiões nas quais o Estado de sítio poderá ser declarado, e regulará as formas e efeitos desta medida.”<sup>174</sup>

A lei de 9 de agosto de 1849 regulamentou o instituto, prevendo numa fórmula geral que facilmente era invocada: “Art. I. ...em caso de iminente perigo interno ou externo para a segurança<sup>175</sup>”. A medida passou, então, a ser amplamente utilizada, sobretudo no período da guerra franco-prussiana. “Os seus traços mais importantes foram a suspensão de determinados direitos fundamentais e o

<sup>173</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Martial Law and the Fight Against Terrorism: Discretion, Regulation, and Emergency Powers*. Minnesota Legal Studies Research. Paper Nº. 05-11, p. 1-39, 2004, p. 27.

<sup>174</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalizacion de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, “El Estado De Sitio y la Constitución” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf) Acesso em 20/05/2008, p. 37.

<sup>174</sup> Constituição Francesa de 04 de novembro de 1848. Tradução livre. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 07/06/2008.

<sup>175</sup> Tradução livre. Art. I Loi du 9 de août de 1849. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em 23/05/2008.

alargamento da competência das autoridades militares aos poderes exercidos pelas autoridades civis”<sup>176</sup>.

Durante a vigência da lei de 1849 houve abusos na invocação e, sobretudo na duração do Estado de sítio. Isto porque na decretação não havia limites precisos de tempo. Constantemente se atrelava ao período que permanecesse a situação de urgência que a ensejou. Eis mais um problema atrelado às fórmulas gerais em uso.

Com o fito de limitar o uso do Estado de sítio, uma nova lei tratou do assunto em 03 de abril de 1878<sup>177</sup>. Passou, então, a ser exigido perigo iminente em situação de guerra ou conflito armado para a declaração da medida. Esta mudança foi tida como uma reação ao abuso pelo executivo. Ademais, caberia a uma lei declarar o Estado de sítio, esta mesma lei traria as implicações, os locais de aplicação e período de sua duração, sendo incabível prorrogação. O transcurso do tempo fazia cessar a medida.

A leitura dos artigos que definiam os pressupostos para a decretação do Estado de sítio deixa claro que a função do mesmo era repressiva. Somente em face de perigo iminente havia alteração na ordem em vigor, para restabelecê-la.

É, justamente porque o *état de siège* devia ser declarado pelo Legislativo, que o instituto ficou conhecido como a Ditadura do Parlamento. O art. 3º, não obstante, previa uma hipótese de declaração pelo Executivo. Tratava-se de situação bem restrita, aplicável apenas aos territórios diretamente ameaçados em caso de guerra externa.

---

<sup>176</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 194.

<sup>177</sup> Lei 1878, de 03 de abril. Article 1 L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée. Une loi peut seule déclarer l'état de siège, cette loi désigne les communes, les arrondissements ou départements auxquels il s'applique. Elle fixe le temps de sa durée. A l'expiration de ce temps, l'état de siège cesse de plein droit à moins qu'une loi nouvelle n'en prolonge les effets. Article 2 En cas d'ajournement des chambres, le Président de la République peut déclarer l'état de siège, de l'avis du Conseil des ministres, mais alors les chambres se réunissent de plein droit, deux jours après. Article 3 En cas de dissolution de la Chambre des députés jusqu'à l'accomplissement entier des opérations électorales, l'état de siège ne pourra, même provisoirement, être déclaré par le Président de la République. Néanmoins, s'il y avait guerre étrangère, le Président, de l'avis du Conseil des ministres, pourrait déclarer l'état de siège dans les territoires menacés par l'ennemi, à la condition de convoquer les collèges électoraux et de réunir les chambres dans le plus bref délai possible. Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr>> Acesso em 23/05/2008.

Com o decurso do tempo e o fim do Estado de sítio retornava-se ao *status quo ante*. A competência das autoridades era restituída e todos os direitos suspensos eram restabelecidos.

Clinton Rossiter chama a atenção para o fato de que no Estado de sítio francês, apesar da previsão de dissolução do parlamento pelo executivo, esta possibilidade se tornou letra morta após determinados fatos históricos. Segundo ele, esta foi uma importante diferença para o sucesso do instituto em contraponto com o art. 48 da Constituição de Weimar. Nas palavras do autor:

MacMahon's dissolution of the Chamber of Deputies in an attempt to have a representation of monarchical character returned had an even more important effect on the state of siege and indeed on the whole history of the Third Republic. From that day forward the President's power to dissolve Parliament was a dead letter, and no Cabinet ever felt component to ask for a dissolution. This definitely insured parliamentary supremacy over the use of the state of siege. How different the sad story of Article 48 might have been if the dissolution of the Reichstag had also been a practical impossibility!

A França se manteve em Estado de sítio durante todo o período da Primeira Guerra Mundial. A instituição da medida, apesar de ter sido por lei aprovada no Parlamento, não obedeceu às determinações da lei de 1878. Primeiro porque antes da lei, que é de 04 de agosto de 1914, um decreto do chefe do Executivo, datado de 02 de agosto, foi responsável por colocar todo o país sob Estado de sítio. Segundo, não foi indicado o tempo da medida em dias ou meses. A fórmula utilizada para definir este ponto foi a vigência enquanto durasse a guerra. Terceiro, o limite espacial não foi resguardado, abrangendo todo o território do francês. A medida durou até 1919.

Acerca do Estado de sítio durante a primeira Guerra, Rossiter anota:

The deviations of the state of siege of the World War period from the practice, theory, and law of the past may be summed up in the assertion that it was converted under the pressure of events from a *repressive* into a *preventive* institution of emergency government.<sup>178</sup>

Durante a Segunda Grande Guerra, a situação não foi tão diversa. Estabeleceu-se o Estado de sítio em todo território francês. Os procedimentos adotados no tocante ao Governo e à Administração foram similares.

<sup>178</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 102.

Dois pontos, entretanto, podem ser apontados como divergentes: 1 - na Primeira Grande Guerra não havia lei regulamentando alterações no Governo e na Administração, o que foi corrigido em 1939; 2 – durante a primeira Guerra Mundial o Parlamento não foi, em regra, destituído de suas funções legiferantes<sup>179</sup>. Já na vigência da Segunda Grande Guerra ele não as exerceu, subsistindo apenas as atribuições de controle.

O Estado de sítio francês pode ser considerado medida que atendeu às necessidades daquele país. Tanto é assim que as primeiras leis que o instituíram perduraram mais de 150 anos, sendo revogadas apenas em 20 de dezembro de 2004 pela *Ordonnance n° 2004-1374, relative à la partie législative du code de la défense*.

Este código de defesa não olvidou o Estado de sítio que chegou aos dias de hoje com pequenas alterações. O texto atual ainda remete bastante ao texto de 1878:

Code de la défense

Article L2121-1

L'état de siège ne peut être déclaré, par décret en conseil des ministres, qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée.

Le décret désigne le territoire auquel il s'applique et détermine sa durée d'application.

(...)

Article L2121-8 Nonobstant l'état de siège, l'ensemble des droits garantis par la Constitution continue de s'exercer, lorsque leur jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents.

Os requisitos que justificam a medida permanecem os mesmos. Houve alterações, porém, no aspecto formal de sua proclamação. Não há ainda dados para uma constatação se as mudanças tornaram o instituto mais efetivo. Parece, entretanto, que aquele caráter de ditadura do parlamento não pode mais lhe ser atribuído. Tão só com novas situações de exceção que se poderá observar como se comporta o instituto após as modificações.

O instituto francês serviu de modelo para vários países, para citar alguns exemplos: Espanha, Portugal, Inglaterra, Guatemala e Brasil. De se observar que

---

<sup>179</sup> Pelo contrário, houve até melhoras no tocante ao exercício das atribuições parlamentares. Por conta das exigências do período, os procedimentos de aprovação de leis foram agilizados, os partidos políticos trabalharam com maior harmonia, as sessões parlamentares passaram a ser permanentes e os meios de controle foram aperfeiçoados. Sobre o assunto, verificar ROSSITER, Clinton. *Op. Cit.*, p. 104-109.



nem sempre é o único adotado nestes países. Mas, em todos é inegável a influência francesa.

### 3.2 Estado de exceção na Alemanha

*“...A study of modern constitutional dictatorship could not possibly ignore the crisis history of German Republic.”*

ROSSITER, Clinton L.<sup>180</sup>

Para efetuar um estudo do Estado de exceção e das teorias de emergência no direito alemão, convém contextualizar o momento histórico daquele país, pois *“es imposible disociar el análisis jurídico de la emergencia, como forma de gobierno, del contexto o ambiente histórico y social en que se desarrolló.”*<sup>181</sup> A Alemanha teve uma unificação tardia. Apesar de ser considerada uma nação sob o ponto de vista cultural, mesmo antes de 1871, somente neste ano sob o comando da Prússia se tornou juridicamente uma nação.

Por volta de 1815 surgiu um movimento pela unificação. O primeiro passo foi a criação da Confederação Germânica, sob a liderança da Áustria. Uma das principais razões era a desvantagem que os 39 países de língua alemã integrantes da Confederação se encontravam se comparados com países como Inglaterra e França.

Porém, este processo de junção de diversos países soberanos não foi fácil principalmente diante de resistência de alguns, sobretudo do líder, a Áustria. Uma coligação liderada pela Prússia resolveu, então, efetivar a unificação, excluindo aquele país e anexando alguns. Para tanto foi travada a guerra entre 1862 e 1866.

Em 1867 a Confederação do Norte alemão se estabeleceu sob o comando da Prússia. A guerra Franco-Prussiana de 1870-1871 incrementou o espírito nacional e ao fim do conflito surgiu a Constituição que criou um império soberano, o Império Germânico. Tinha início o segundo Reich. Otto von Bismarck foi a figura sob a qual foi feita a unificação.

<sup>180</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 31.

<sup>181</sup> GONZÁLEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no derecho: Emergencia y derechos constitucionales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 07.

A Constituição do Império Germânico de 1871 não trazia direitos fundamentais. Ainda assim, era considerada pouco problemática, sobretudo, quando comparada com a sucessora, a Constituição de Weimar. Sem dúvida, o desenvolvimento militar e econômico quase imediato após a unificação influenciou a formação de opinião sobre o texto constitucional.

O Rei da Prússia era automaticamente o kaiser alemão. Dentre suas competências estavam a de declarar guerra, representar a Alemanha internacionalmente e dirigir a força militar. Esta última atribuição era ampliada caso fosse decretado Estado de emergência. O Parlamento não possuía competência para controlar as atividades do kaiser enquanto vigente o Estado de sítio.

No período de certa estabilidade entre 1871 e a primeira guerra mundial, o sistema jurídico pôde evoluir. A jurisprudência e as teorias hermenêuticas sofreram um processo de modificação.

As teorias dominantes no período eram de Paul Laband, Carl Friedrich von Gerber, Otto von Gierke e Georg Jellinek. Todos defendiam posições positivistas. Quanto aos direitos fundamentais houve, não só na Alemanha, mas como tendência em toda a Europa um declínio em face das doutrinas acerca da soberania. *“All across Europe, legal scholars were reaching conclusions similar to Gerber’s: rights against the sovereign were logically unthinkable and politically questionable”*<sup>182</sup>.

Entretanto, foi com Hans Kelsen, Herman Heller, Rudolf Smend e Carl Schmitt, sucessores e críticos dos autores acima, que o direito germânico prestou relevante contribuição ao Direito. *“Kelsen’s theory represented a radical rejection of Laband’s theory of monarchical sovereignty and the system of constitutional monarchism, wich was founded on the metaphysical monarchical principle.”*<sup>183</sup>

Na Primeira Guerra Mundial, o kaiser proclamou Estado de sítio e o comando Militar assumiu os poderes. Neste ponto, surge o debate de Schmitt<sup>184</sup> a partir da idéia de que o conceito tradicional de Estado de Sítio era incapaz de justificar a extensão das atividades militares.

---

<sup>182</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 32.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>184</sup> V. tópico específico sobre o autor no capítulo seguinte.

Sobre o tema, Werner Rosenberg<sup>185</sup> aponta dois argumentos contra o uso excessivo do poder pelos militares: 1. Os militares se valeram de uma interpretação extensiva da lei de 1851 para fazer uso dos poderes que usavam. Esta não teria sido a intenção do legislador; 2. A lei possuía um rol dos artigos da Constituição que poderiam ser suspensos em caso de Estado de Sítio. Logo, as demais normas eram, na prática, afastadas sem previsão legal.

O autor criticava a teoria: *“a necessidade desconhece a lei”*. O uso desta servia para justificar a atuação dos militares, afastando as barreiras legais que os vinculavam.

A Primeira Guerra demonstrou a inadequação da Monarquia no contexto alemão. A falta de entendimento entre o poder Militar, o monárquico e os grupos políticos e sociais representados no Reichstag durante o conflito armado teve como consequência a queda da Monarquia em 09 de novembro de 1918.

A nova forma de governo adotada seria a República. De 16 a 20 de dezembro de 1918, em Berlin, num Congresso de Soldados e do Conselho de Trabalhadores ficou decidido que seria eleita uma Assembléia Constituinte para elaborar uma nova Constituição, o que ocorreu em 19 de janeiro de 1919. Antes disto, o Chanceler interino, Friedrich Ebert, indicou Hugo Preuss para redigir o texto constitucional.

A Constituição afirmou a Democracia Parlamentar. O balanceamento ficava por conta de um presidente eleito e capaz de adotar medidas expressivas, principalmente com a previsão do art. 48.

When left-liberals and Social Democrats had called for a parliamentary government in 1916 and 1917, they had presupposed the continued existence of monarchy as a counterweight to Reichstag. With the collapse of the monarchy, liberals and conservatives alike expressed fears of “parliamentary absolutism.” Max Weber explicitly called for a strong leader to balance the power of parliament. The Preuss committee rejected Weber’s more extreme call for granting the president of command (*Kommandogewalt*) over the army, free from parliamentary control, but agreed on the need for a president, elected by popular vote and armed with the power to dissolve the Reichstag, to provide a counterweight to the strong Reichstag. (...) The article granting the president emergency powers (later art. 48) was hardly discussed at all and was seen merely as a carryover from the 1871 Imperial Constitution and the 1850 Prussian Constitution. The

---

<sup>185</sup> CALDWELL, Peter C. *Op. Cit.*, p. 56.

result was a parliament with one chamber balanced against a strong presidential system, both based on the principle of popular sovereignty.<sup>186</sup>

Peter Caldwell demonstra que havia uma insatisfação com o modelo adotado pela Constituição de Weimar. No livro *“Popular Sovereignty and the crises of German Constitutional Law”* o autor faz a análise de um cartoon de 1919, intitulado *The Constitutional Dress*. Na figura, uma moça chamada Germania experimenta um novo vestido feito por alfaiate judeu. O alfaiate é Hugo Preuss, o autor da Constituição de Weimar. O vestido é, na frente, todo feito de retalhos de bandeiras de países como França, Estados Unidos e Inglaterra numa clara indicação de que a Constituição de Weimar não passava da junção de trechos de outros sistemas constitucionais. A parte de trás do vestido é preta e tem o nome marxismo. O alfaiate judeu (Preuss) está trabalhando sorrateiramente nas costas, enquanto Germania olha no espelho, desconfiada, e pronuncia: *“Well, the old dress made of good German fabric suited me better!”*

O *cartoon*, além de indicar certa predileção pela ordem precedente, demonstra o que o marxismo era visto como uma sombra a ameaçar a ordem vigente.<sup>187</sup> Vale ainda observar os traços de anti-semitismo passados pela imagem.

É importante ressaltar que a Constituição de 1871 não trazia catálogo de direitos. Limitava-se a descrever a forma de Estado e o procedimento para elaboração de leis. Apesar desta disparidade e talvez por conta dela é que a Constituição de Weimar nasceu provocando temor e desconfiança.

Era este o sentimento que pairava na Alemanha da Constituição de Weimar. Gilberto Bercovici esclarece que a catalogação dos direitos fundamentais inserida na segunda parte do texto Constitucional não foi obra de Hugo Preuss:

Apesar de ser favorável à concepção social da democracia e à proteção dos direitos sociais, Preuss tinha receio que as disputas ideológicas em torno das diferentes visões de direitos fundamentais ameaçassem a unidade nacional e a organização democrática do povo alemão.<sup>188</sup>

<sup>186</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 67.

<sup>187</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. ix.

<sup>188</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente* - atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 28.

Assim, o projeto originário era, neste aspecto, omissivo. A segunda parte da Constituição de Weimar que prestigiava os direitos fundamentais foi apresentada à Assembléia Constituinte por Friedrich Naumann. E foi considerado, como demonstra Peter Caldwell, como uma concessão: *“Even with the concessions to federalism and the adoption of basic rights, the new constitution, if interpreted according to the dominant notions of statutory positivism, would affirm the revolutionary principle of parliamentary democracy.”*<sup>189</sup>

A seguir as considerações acerca daquele momento histórico.

### 3.2.1 A República de Weimar

O período da história alemã, conhecido como República de Weimar, recebeu este nome porque a Assembléia Constituinte teve sede naquela cidade. A escolha daquela à Berlin deu-se por conta dos tumultos que vinham ocorrendo serem mais intensos nesta.

A era Weimar corresponde aproximadamente aos anos de 1919 até 1933. Fala-se em datas aproximadas porque como esclarece Detlev Peukert há pelo menos três teorias para definir os limites daquele momento histórico a depender da interpretação que se adote, não havendo um marco histórico preciso. Como frisa Detlev Peukert: *“The beginning of the Republic was not marked by an event that served as an old-fashioned but politically unifying symbol of a pivotal moment in national history, along the lines of the American Declaration of Independence, the quatorze juillet in France...”*<sup>190</sup>.

Como o presente trabalho se propõe a analisar de forma mais vertical o Estado de exceção que teve lugar no decorrer do período não se adentrará no mérito das teses sobre o termo *a quo* ou *ad quem* de Weimar, preferindo-se apenas fazer a indicação alhures.<sup>191</sup>

A Constituição de Weimar, vigente na Alemanha no pós-primeira Guerra Mundial, tornou-se modelo de avanço no campo de previsão de direitos sociais trazia também a hipótese de um *Estado de exceção* (art. 48) que fosse capaz de

<sup>189</sup> CALDWELL, Peter C. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>190</sup> PEUKERT, Detlev J. K.. *The Weimar Republic*. Translated by Allen Lane. New York: Hill and Wang, 1992, p. 5.

<sup>191</sup> Para maiores esclarecimentos sobre o tema recomenda-se a leitura de: PEUKERT, Detlev J. K.. *The Weimar Republic*. Translated by Allen Lane. New York: Hill and Wang, 1992, p. 3-7.

garantir a permanência do regime em caso de ameaça à ordem pública e à segurança do *Reich*.

Enquanto documento histórico, a Constituição Alemã de 1919 consiste em referência inegável de avanço no tocante à previsão de direitos sociais. Assinala o Paulo Bonavides:

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional Clássico. (...)

Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o período subsequente à Primeira Grande Guerra Mundial, o velho Direito Constitucional entrou em crise.

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.<sup>192</sup>

A experiência dos anos de pós-guerra foi marcada por dificuldades econômicas, financeiras e sociais. A instabilidade política também merece destaque. A submissão ao Tratado de Versalhes tratava de tornar ainda mais delicada a situação daquele país. E, apesar de a Constituição, então vigente, ter consagrado direitos sociais, estes não eram efetivados

As crises de 1921 a 1924 deram ensejo a um incremento no poder presidencial previsto no art. 48. O entendimento extensivo, que foi dado a este para superar os problemas nestes primeiros anos da República, serviria de esteio para o que futuramente representaria a derrocada do modelo. Elen Kennedy assevera: *"In the beginning was the end: the state crisis of 1932 was prefigured in the turbulence of the first years, and neither the practice of emergency government nor the interpretation of its constitutional foundation in Article 48 can be understood from the last year alone."*<sup>193</sup>

O artigo em questão trazia previsão de subversão do sistema posto pela própria Constituição a fim de resguardar a ordem. Para tanto, poderiam ser

<sup>192</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 207 e 208.

<sup>193</sup> KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham and London: Duke University Press, 2004, p. 155.

afastados, temporariamente, direitos fundamentais e sociais ali protegidos. O artigo 48 foi utilizado mais de 250 vezes durante os 13 anos da Constituição de Weimar, mais de 130 logo nos primeiros anos da República.<sup>194</sup>

Sobre o tema, é pertinente a observação de Oren Gross e Fionnuala Ní Aoláin<sup>195</sup>:

Between 1919 and 1932, article 48 was invoked more than 250 times. It became a constitutional source for the promulgation of an extensive array of executive decrees, most frequently in the context of economic disturbances. The extensive use of article 48 during the Weimar years led to a broad construction of the range of circumstances in which article 48 powers could be employed so as to encompass crises that did not fall within the traditional understanding of threats “endangering the public safety and order.” (...) The scope and intensity of emergency powers exercised by the Weimar government under that article grew much larger than had ever been anticipated by the framers of the constitution. In fact, toward the end of the life of the Weimar republic, article 48 had been used as practically the exclusive legal source for governmental action, with the ordinary legislative and administrative processes virtually suspended.

Entre os anos de 1924 e 1929 houve uma relativa estabilidade. Neste período houve algum desenvolvimento na jurisprudência constitucional, impulsionada pelos grandes nomes do período como Hans Kelsen, Herman Heller, Rudolf Smend e Carl Schmitt.

Friedrich Ebert foi o Presidente de 1919 até 1925. Paul von Hindenburg o sucedeu permanecendo de 1925 até 1934. Após a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, a situação da Alemanha se agravou e, em razão da pressão da elite e dos setores médios da sociedade, o então presidente alemão Hindenburg lançou mão da previsão do art. 48 da Constituição de Weimar. Em março de 1930, Heinrich Brüning foi apontado Chanceler. Para Ellen Kennedy<sup>196</sup> começava aí o esvaziamento dos elementos da democracia parlamentar que só retornaria em 1949. Sobre o assunto, pertinente citar Ellen Kennedy:

Richard Thoma described German parliamentarism as ‘lame’ and hobbled administratively and legislatively. Unable to form a consensus, fragmented

<sup>194</sup> SCHEPPELE, Kim Lane, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, p. 1001-1083, p. 7; ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 37-60.

<sup>195</sup> *Law in Times of Crises. Emergency Powers in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 84-85.

<sup>196</sup> KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham and London: Duke University Press, 2004, p. 155.

and splintered, the Reichstag could not be certain that should the upper house (the Reichstag) overrule its laws, they could be passed on return, because a two-thirds majority could not be found.<sup>197</sup>

Brüning governou com base em decretos presidenciais até ser substituído por Franz von Papen em maio de 1932. Este adotou medidas importantes que abriram caminho para as práticas de seu sucessor, Adolf Hitler, nomeado Chanceler em janeiro de 1933. Novamente passagem da obra de Ellen Kennedy deve ser cogitada:

The application of Article 48 against the word of the constitution in the name of a legitimacy higher than mere constitutional legality, to paraphrase Carl Schmitt, was the first scene of the final act of the Weimar Republic. By the end of the year, Papen had fallen; the authoritarian-corporatist experiment of General Kurt von Schleicher failed almost immediately; and on January 30, 1933, Adolf Hitler was named chancellor of Germany.<sup>198</sup>

Foi, portanto, através de uma previsão legítima que chegou ao poder aquele que viria a provocar um dos momentos históricos mais marcantes da humanidade. Infelizmente, estas marcas consistiram em milhões de mortos, povos perseguidos, intolerância.

Os idealizadores do art. 48 da Constituição de Weimar decerto não imaginariam que o Estado de exceção ali previsto seria utilizado como um passo importante rumo ao totalitarismo. O Estado de exceção inaugurado com a ascensão de Hitler em 1933 duraria 12 anos. Até porque, como dito alhures, parecia meramente uma previsão trazida dos sistemas anteriores, cuja finalidade no novel modelo seria contrabalancear os poderes do Parlamento com os do Presidente.

A questão que se coloca é que foi uma situação extrema que gerou a busca de soluções também extremas. A crise provocou a utilização do *remédio* do art. 48 da Constituição de Weimar.

Esta Constituição, no entanto, em que pese ter representado uma evolução do ponto de vista teórico, serviu para levar o país ao autoritarismo extremado com a indicação de Hitler para primeiro-ministro pelo então presidente Hindenburg. O art. 48 da Constituição de Weimar previa:

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>198</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 8.



Art. 48. Caso a segurança e a ordem públicas sejam seriamente (erheblich) perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim, ele deve total ou parcialmente suspender os direitos fundamentais (Grundrechte) definidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124, e 153.

Segundo Giorgio Agambem<sup>199</sup>:

**Logo que tomou o poder** (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), **Hitler promulgou**, no dia 28 de fevereiro, o **“Decreto para a proteção do povo e do Estado”**, **que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um Estado de exceção que durou 12 anos.** O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, através do Estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um Estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado em sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos que são chamados democráticos. (grifou-se)

De um ato para restabelecer a ordem vigente seguiram 12 anos de totalitarismo e trágicos acontecimentos históricos. O traço marcante é que o manejo da ordem legítima deu causa ao término do Estado de Direito formalmente vigente e a instauração do totalitarismo. Peter Caldwell escreve sobre o assunto:

The constitutional lawyers Carl Schmitt and Otto Koellreutter placed themselves at the service of the Nazi state. Their first duty as constitutional lawyers was to determine what this state was. In the first years of Nazi rule, they entered into a debate about the nature of the new constitution and in particular over the applicability of the terms “Reichsstaat” (roughly translated, the rule of law), and “total state” to the new political system.<sup>200</sup>

A relevância de incursionar na realidade de Weimar é justamente por ser a representação prática de como o mau funcionamento dos institutos de exceção pode representar a completa quebra da ordem. Deutlev Peukert observa a estreita ligação entre o sucesso de um modelo constitucional e a submissão efetiva aos seus ditames:

<sup>199</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

<sup>200</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 399.

...the success or failure of Weimar scheme would depend on whether the political forces operating within it were prepared to exercise their rights according to the terms of the constitution or whether they would actively seek to undermine it.

The principal test was to come with the use of emergency powers granted under the notorious Article 48. This article not only allowed the Reich President to override Länder which failed to fulfil their constitutional obligations but also gave the President sovereign legislative and executive authority in a state of emergency.<sup>201</sup>

Até que ponto adotar certas medidas para preservar a ordem vigente já não representa afrontá-la. No capítulo subsequente analisar-se-á no contexto atual esse sopesamento entre segurança e direitos fundamentais. Partir da vivência germânica é importante, pois demonstra exatamente um exemplo de falência do Estado, nascida da vontade de mantê-lo. E, como os limites não foram traçados e não houve controle externo aos poderes de emergência, a ordem acabou por sucumbir.

### 3.2.2 Regulamentação do Estado de exceção na Alemanha após a segunda Grande Guerra

Com o fim da segunda Guerra Mundial, a Alemanha passou a ser regida pela Lei Fundamental de 1949. Por conta da experiência anterior de abuso dos poderes de exceção, este foi regulamentado de forma restrita. Apenas dois artigos, o art. 37 e o art. 91, tratavam de institutos de tempos excepcionais. O primeiro cuidava da intervenção federal e o segundo do Estado de crise interna.<sup>202</sup>

Em revisão à Lei Fundamental, houve um tratamento mais adequado ao tema com ampliação de institutos de exceção. Datam de 1968 as alterações substanciais sobre a regulamentação do estado de exceção na Alemanha.

De se observar que Weimar não restou esquecida e para evitar abusos, foram criados tipos e subtipos indicando com especificidade os motivos que podem ensejar a adoção de um Estado de exceção. Sobre o tema, Gouveia:

A regulação constitucional que assim se formou a respeito do Estado de exceção (*Notstandrecht*) possui três características mais marcantes: (i) o

<sup>201</sup> PEUKERT, Detlev J. K.. *The Weimar Republic*. Tranleted by Allen Lane. New York: Hill and Wang, 1992, p. 37-38.

<sup>202</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 432.

pormenor da regulação que leva a cabo, (ii) a exaustividade das situações nela abrangidas e (iii) a diversidade de institutos criados.<sup>203</sup>

Kim Lane Scheppele comenta:

The solution to the state-of-emergency problem, as it was elaborated after the war in much of Europe, was to specify the legal stages of the exception in such a way that an unconstitutional state could never emerge through emergency provisions. For example, when the post-war German Basic Law was amended in 1968 to include the emergency powers that had been deliberately omitted when the constitution was first written, the amendment clearly specified that the Constitutional Court had to remain open and able to hear challenges throughout any state of emergency and that the executive could not make a declaration of emergency alone.<sup>204</sup>

Foram criados dois institutos: o Estado de necessidade exterior e o Estado de necessidade interior. O primeiro se subdivide em três figuras: 1. Estado de defesa; 2. Estado de tensão, e 3. Estado de vinculação internacional. O segundo se apresenta em duas modalidades, uma ligada a situações desvinculadas do comportamento humano intencional e outra que requer a existência de atividades humanas de carácter político ou social.<sup>205</sup>

O Estado de necessidade exterior é bem mais complexo que o Estado de necessidade interior. Submete-se a procedimento mais formalizado, dependendo de controlos a serem exercidos. As cautelas que envolvem este mecanismo se justificam por causa dos acontecimentos da era Weimar. Sobretudo, os legisladores alemães, ao incluírem estas hipóteses de mecanismos de exceção, previram limitações no que tange aos direitos humanos:

Do ponto de vista da subsistência dos direitos fundamentais em tempo de excepção, consideram-se aplicáveis tanto a limitação material ao poder de revisão como ainda a necessidade de cumprir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, duas grandes novidades trazidas pelo Direito Constitucional dos Direitos Fundamentais do espaço germânico.<sup>206</sup>

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 435-436.

<sup>204</sup> SCHEPPELE, Kim Lane, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, p. 1001-1083, p. 7; ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, p. 12.

<sup>205</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 447-469.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 443.

A Alemanha, que muito sofreu com a viabilização de um Estado de exceção inconstitucional, deparou-se com a necessidade de delinear critérios de exercício do poder em momentos excepcionais. Mesmo diante da resistência de alguns setores da sociedade, acabou por prever institutos para enfrentamento de crises. Aquele país serve como exemplo claro do reconhecimento da necessidade de previsão legal, e conta hoje com institutos bem delineados para fazer face aos períodos obscuros. Os mecanismos são submetidos ao controle, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

### 3.3 Os mecanismo de enfrentamento de crises na Inglaterra

A Inglaterra sofreu profunda alteração no tocante à legislação de emergência no século XX, com ênfase no período da Primeira Guerra Mundial. Naquele país, em que prevalece o *common law* e *rule of law*, havia uma resistência à previsão de normas regulamentando o Estado de exceção.

É o que se depreende da lição de Clinton Rossiter:

The theory and practice of emergency government throughout most of English history were: a minimum of statutory provision for situations of national danger; action by Parliament itself (led by the Cabinet) to meet any serious crisis that had arisen; and, where Parliament was unable to function, independent executive action based on the royal prerogative or the common law. Such executive action usually took the form of martial law, the basic English institution of constitutional dictatorship.<sup>207</sup>

Os instrumentos apontados no capítulo anterior – como o *Riot Act* e a *Martial Law* – não respondiam satisfatoriamente aos momentos de crise e foram, com o tempo, superados. Num momento posterior, com base no poder da Coroa, adotou-se a exoneração *ex post facto*. Isto é, a atuação ilegal para superar um momento extremo era corroborada posteriormente pelo Parlamento.

Mas estas figuras não atenderam à necessidade de prover as autoridades de formas rápidas de resposta às crises. A realidade é que, sobretudo, em virtude do aspecto geográfico, a Inglaterra historicamente sofria, tardiamente, ou em menor intensidade, dos abalos que ameaçavam a Europa continental. A experiência francesa, só à guisa de exemplo, era bem diversa. Daí, porque este país

<sup>207</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 136.

procurou desenvolver, com base na legalidade, critérios para reforçar o poder constituído.

A não aceitação de institutos, como o Estado de sítio francês, cedeu em face da realidade britânica. A necessidade de responder rapidamente à situação que se instaurou na Primeira Grande Guerra fez com que a Inglaterra repensasse como deveria atuar no caso de emergência.

Under the impact of modern war and economic depression England has been forced to abandon traditional ways and has begun to adopt the continental pattern of crisis government. The first World War caused more development in this respect than did all the previous centuries of English history.<sup>208</sup>

Em 1914, foi promulgado o *Defence of the Realm Act – DORA*, que era uma lei estabelecendo as regras de governo em caso de emergência. “*This led them to move from one extreme – the absence of any statutory structure dealing with emergency powers – to the other extreme of promulgating draconian legislative measures allowing broad discretion and almost unlimited powers to the government.*”<sup>209</sup> Segundo Bercovici o DORA ficou em vigor até 31 de agosto de 1921<sup>210</sup>.

Na Segunda Guerra, a Inglaterra se manteve em um Estado de sítio virtual<sup>211</sup>. Houve uma grande limitação das liberdades civis. Porém, tudo era realizado mediante fiel cumprimento dos preceitos consagrados na ordem jurídica britânica, o que levou Rossiter a afirmar que: “*This was constitutional dictatorship in fact as it ordinarily exists in theory*”<sup>212</sup>. O autor considera que a democracia era amplamente discutida e que, mesmo sofrendo extensas limitações, o povo britânico tinha consciência dos direitos, e a aceitação das medidas decorria do conhecimento da situação excepcional em que estavam inseridos.<sup>213</sup>

Para concluir os apontamentos sobre a Inglaterra, convém trazer à baila um importante acontecimento que deu ensejo a alterações importantes no que toca

<sup>208</sup> ROSSITER, Clinton L. *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>209</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 182-183.

<sup>210</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 284.

<sup>211</sup> ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 133.

<sup>212</sup> *Idem*.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 196.

ao direito ao silêncio naquele país. Importa citar para fazer um paralelo com uma situação que ocorre atualmente nos Estados Unidos.

Em 1988 um ataque terrorista a um comboio militar, em Conty Tyrone, atribuído ao I.R.A. - *Provisional Irish Republican Army* – em resposta o Parlamento Britânico aprovou um pacote de medidas típicas de Estado de emergência. Havia uma restrição para aplicá-las apenas na Irlanda do Norte. Houve a exacerbação dos poderes desequilibrando este em face dos direitos humanos. O principal foco das medidas foi em relação ao direito ao silêncio. Não se esboçou reação ao uso das mesmas.

Em 1994, utilizando também o discurso antiterror foi aprovada pelo Parlamento a *Criminal Justice and Public Order Act* – CJPOA que estendeu as medidas excepcionais para aplicação em todo Reino Unido, inclusive para casos em que não se identificasse ligação com terrorismo.<sup>214</sup> Desta vez houve críticas pela exacerbação dos poderes. Entretanto, como havia o precedente na Irlanda do Norte contra o qual não se questionou, a medida acabou prevalecendo. Este caso é importante porque demonstra como a política antiterror pode ocasionar uma ampliação não prevista inicialmente e o quão importante é reagir desde o início das limitações. Guantânamo<sup>215</sup> seria, assim, tão diferente da situação vivenciada na Inglaterra?

Após o 11 de setembro, foi aprovado naquele país o *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* - *Anti-Terrorism Act* - cogitando uma série de instrumentos para prevenir o terrorismo. Dentre eles: a previsão de detenções por tempo indeterminado. The United Kingdom has recently been found in violation of the European Convention on Human Rights by the House of Lords, in holding such persons indefinitely without the prospect of judicial review or trial.<sup>216</sup>

O *Anti-Terrorism Act* foi comentado por Dyzenhaus nos seguintes termos:

<sup>214</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Martial Law and the Fight Against Terrorism: Discretion, Regulation, and Emergency Powers*. Minnesota Legal Studies Research. Paper Nº. 05-11, p. 1-39, 2004, p. 27.

<sup>214</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalización de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, "El Estado De Sitio y la Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008, p. 183-188.

<sup>215</sup> Será tratado em tópico subsequente.

<sup>216</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises. Emergency Powers in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 395.

...the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001... the power to detain indefinitely non-nationals in the circumstances where they had been determined to be a security risk but could not be deported because of some practical consideration or because deportation would subject them to a risk of torture. The power thus did not extend to nationals and the government conceded throughout that this meant that nationals who were security risks escaped the indefinite detention visited on non-nationals.<sup>217</sup>

Não obstante, a atuação de segurança proposta não impediu que, em 07 de julho de 2005, Londres sofresse atentados terroristas em seu sistema coletivo de transporte. Contabilizaram-se, na ocasião, 52 mortos, representando, portanto a ocorrência com maior número de mortos, naquele país, desde a Segunda Guerra Mundial.

### 3.4 Os Estados Unidos e os *poderes de emergência*

A discussão tardia sobre estado de exceção nos Estados Unidos é a justificativa para a não constitucionalização do tema<sup>218</sup>. Somente há na Constituição norte-americana a previsão nos seguintes trechos<sup>219</sup>:

Art. I, section 8. The Congress shall have Power (...)To declare War... To raise and support Armies... To provide and maintain a Navy; To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces; To provide for calling forth the Militia to execute the Laws of the Union, suppress Insurrections and repel Invasions... To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.

Section 9: Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it.

Art. II, section 1. The executive Power shall be vested in a President of the United States of America... Before he enter on the Execution of his Office, he shall take the following Oath or Affirmation:--"I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the Office of President of the United States, and will to the best of my Ability, preserve, protect and defend the Constitution of the United States.

Section 2, The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States;

Section 3, He shall from time to time give to the Congress Information of the State of the Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient; he may, on extraordinary Occasions, convene both Houses, or either of them, and in Case of

<sup>217</sup> DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: University Cambridge Press, 2006, p. 175.

<sup>218</sup> LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Paris: Bibiothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 1966, p. 34.

<sup>219</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 214-215.

Disagreement between them, with Respect to the Time of Adjournment, he may adjourn them to such Time as he shall think proper; he shall receive Ambassadors and other public Ministers; he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States.

Art. IV, Section 4. The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened), against domestic Violence.<sup>220</sup>

Da leitura dos trechos supra, é possível se depreender que quanto aos direitos fundamentais, em momentos de crise, abre-se a possibilidade de suspender a garantia do *habeas corpus*. Porém, a estrutura de governo não sofre alterações. Na exata lição de Clinton Rossiter: *The Constitution looks to maintenance of the pattern of regular government in even the most stringent of crises*<sup>221</sup>. "

Apesar das lacunas dos dispositivos legais, casos práticos ocorreram e, para superar estes períodos, foi necessário o surgimento de doutrinas sobre o tema. A utilização de meios excepcionais teve origem da necessidade fática. Laurence Tribe destaca:

Yet no one can doubt that, in periods of domestic or international crisis calling for decisive presidential action lest irreparable harm befall the nation, otherwise applicable constraints on executive power are likely to be significantly relaxed... Provided such extraordinary exercises of presidential power are confined to situations of genuine emergency, do not go beyond what in hindsight appears to have been reasonably necessary, and do not include the gratuitous and dangerous suppression of purely peaceful dissent, the court of history is likely to look more favorably upon such presidential actions than are the courts of law.<sup>222</sup>

A exacerbação dos poderes do Presidente em momentos de crise já era destacada por Paul Leroy:

Aux États-Unis, doctrine et jurisprudence reconnaissent au Président de l'Union des pouvoirs exceptionnels en temps de guerre. Ces pouvoirs, d'après elles, tirent leur fondement des dispositions constitutionnelles qui confient Le pouvoir exécutif au Président et le nomment Commandant en Chef... (...)

<sup>220</sup> Disponível em <http://www.usconstitution.net/const.html>. Acesso em 25/06/2008.

<sup>221</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 215.

<sup>222</sup> TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000, p. 636.



C'est dans la reconnaissance de ce fondement constitutionnel que reside l'originalité de ces pouvoirs de crise alors que la Constitution ne les mentionne pas explicitement.<sup>223</sup>

Quatro momentos históricos, os quais serão objeto de considerações a seguir, foram importantes para o desenvolvimento das teorias acerca dos modelos de tratamento dos momentos de crise, quais sejam: a guerra civil (1861-1865), a primeira Guerra Mundial, a Grande Depressão e a segunda Guerra Mundial.

#### 3.4.1 Desenvolvimento da doutrina de emergência em quatro momentos: na Guerra Civil, na primeira Guerra Mundial, na Grande Depressão e na segunda Guerra Mundial.

Durante a guerra civil norte-americana não aconteceram grandes mudanças no esquema de governo. Houve, entretanto, um elevado incremento dos poderes do Presidente Abraham Lincoln, justificado pelo próprio nos seguintes termos:

It became necessary for me to choose whether, using only the existing means, agencies, and processes which Congress had provided, I should let the Government fall at once into ruin or whether, availing myself of the broader powers conferred by the Constitution in cases of insurrection, I would make an effort to save it...

Lincoln suspendeu o *writ* do *habeas corpus* o que, a rigor, era algo permitido apenas ao Congresso. Esta conduta acabou aceita com o alargamento da visão que o Presidente tem o dever de agir em situação de necessidade.<sup>224</sup> As demais medidas adotadas, naquele momento histórico, são indicadas por Bercovici:

Durante a Guerra de Secessão, Lincoln promove a mobilização geral das forças armadas, desenvolve uma política armamentista, suspende o *habeas corpus*, censura a imprensa, expande o crédito militar e aplica a lei marcial sem proclamar o estado de exceção. Esta manifestação do poder excepcional do executivo permitiu que Lincoln fosse um ditador que investiu a si próprio, administrando a crise com poderes absolutos e apelando apenas para a "*public safety*" da nação. Os poderes extra-constitucionais do executivo justificariam, assim, pela necessidade de preservar o Estado (o

<sup>223</sup> LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Paris: Bibiothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 1966, p. 84-85.

<sup>224</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 227.

“*protective power*”), a partir de seu compromisso de proteger e defender a constituição.<sup>225</sup>

A teoria disseminada era que medidas ilegais poderiam ser adotadas pelo Presidente para enfrentamento de crises, e que o Congresso poderia, em atuação posterior, ratificá-las. Paul Leroy destaca que: “*Toutes ces mesures relevaient de la compétence Du Congrès*”<sup>226</sup>. Desta forma, Lincoln agia independente do Congresso que posteriormente ratificava seus atos.

Segundo Gross e Aolaina: “*Lincoln’s wartime presidency ushered in a theory of crisis government based on the concept of inherent presidential powers.*”<sup>227</sup> As práticas levadas a efeito pelo então Presidente foram acatadas pela Suprema Corte Americana:

Whether the President in fulfilling his duties, as Commander-in-Chief, in suppressing an insurrection, has met with such armed hostile resistance, and a civil war of such alarming proportions as will compel him to accord to them the character of belligerents, is a question to be decided by him, and this Court must be governed by the decisions and acts of the political department of the Government to which this power was entrusted. “He must determine what degree of force the crisis demands.”<sup>228</sup>

Somente com a Primeira Guerra Mundial, o tema voltou a repercutir com intensidade. Os Estados Unidos, inicialmente neutros em relação ao conflito armado na Europa, mudaram de atitude em 1917. O então Presidente Woodrow Wilson, diante de ataques germânicos a embarcações norte-americanas, defendeu o ingresso na Guerra:

The right... “is more precious than peace, and we shall fight for the things which we have always carried nearest our hearts, - for democracy, ...for the rights and liberties of small nations, for a universal dominion of right by such a concert of free peoples as shall bring peace and safety to all nations and make the world itself at last free.” On 4 April, the Senate passed the War Resolution with 82 to 6 votes; two days later, the House of Representatives

<sup>225</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 233-234.

<sup>226</sup> LEROY, Paul. *L’organisation constitutionnelle et les crises*. Paris: Bibiothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 1966, p. 85.

<sup>227</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Martial Law and the Fight Against Terrorism: Discretion, Regulation, and Emergency Powers*. Minnesota Legal Studies Research. Paper Nº. 05-11, p. 1-39, 2004, p. 27.

<sup>227</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalizacion de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, “El Estado De Sitio y la Constitución” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008, p. 48.

<sup>228</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 67 U.S. 635, 1867. Prize cases. Black 2. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/67/635/case.html>> Acesso em: 19/03/2008.

followed suit with a 373 to 50 vote; President Wilson signed it the same day.<sup>229</sup>

Diante da Guerra declarada, Wilson se arvorou na idéia dos poderes de emergência. Ele atuava diferentemente de Lincoln mediante delegação prévia por parte do Congresso. Como bem destaca Rossiter:

..the most important single emergency device in the World War government was the delegatory statute. Confronted by the necessity of raising and equipping a huge army to fight overseas rather than by a sudden and violent threat to the Republic, Wilson chose to demand express legislative authority for almost every unusual step he felt impelled to take.<sup>230</sup>

Assim, no período os poderes de emergência foram acionados mediante um sistema cooperativo entre Presidente e Congresso. E, tão logo cessou a Guerra, os estatutos, que delegavam poderes, foram revogados.

Quanto aos direitos e liberdades individuais, estas sofreram poucas restrições. Alguns dos pontos que contribuíram para isto foram: a manutenção do *Bill of Rights* e a inexistência de conflitos em território norte-americano.<sup>231</sup>

Em 1933, os Estados Unidos vivenciaram, senão a maior, uma das maiores crises econômicas da história. Diante do desemprego, da quebra da bolsa de Nova York e do quadro de falência econômica, o país teve que contar com a atuação governamental para restabelecer a economia e superar a crise.

O período propiciou um grande desenvolvimento na atuação das teorias de exceção. O legislativo teve papel importante, conforme se depreende do seguinte trecho de Cushman:

The New Deal era was the principal watershed in twentieth century American constitutional development. The profound economic crisis that gripped the nation during the Great Depression inspired a period of extraordinary legislative ferment, generating a series of strikingly wide-ranging and far-reaching changes in the American legal and constitutional order.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> SCHILD, Georg. *Between Ideology and Realpolitik*. Woodrow Wilson and the Russian Revolution, 1917-1921. United States of America: Greenwood Press, 1995. p. 9-10.

<sup>230</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 242.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 250.

<sup>232</sup> CUSHMAN, Barry, *The Great Depression and the New Deal*. Cambridge History of Law in America, Tomlins & Grossberg, eds., 2005, p. 1.

Mas o destaque fica por conta da atuação de Franklin D. Roosevelt<sup>233</sup>, que conforme Schiller: *“He proposed to Congress a complete and detailed program of emergency legislation, and, although this program entailed unprecedented grants of legislative and administrative Power...”*<sup>234</sup> Clinton Rossiter aponta cinco medidas fundamentais para combater a crise: *“...executive initiative, executive leadership of legislation, an abbreviated legislative process, the delegation of powers by statute, and an expansion of the administrative branch.”*<sup>235</sup>

Com o New Deal a Suprema Corte<sup>236</sup> <sup>237</sup> estendeu a possibilidade de utilização da doutrina dos poderes de emergência para casos em que não existia um contexto de guerra ou violência. A idéia defendida era que a situação de emergência não institui poderes, apenas cria situações em que poderes já existentes no sistema precisam ser utilizados.

Na Segunda Guerra Mundial, mais uma vez os EUA se viram sob a vigência de poderes de emergência. Roosevelt ocupava outra vez o cargo de Presidente. Duas proclamações de emergência, respectivamente, em 8 de setembro de 1939 e 27 de maio de 1941 regulamentaram a delegação de poderes para ele.

Digno de nota no período é que apesar de não haver grandes limitações aos direitos fundamentais, houve uma medida que atacou em especial as garantias individuais. Após o ataque japonês em Pearl Harbor, algo em torno de 110 mil japoneses/descendentes de japoneses foram removidos de seus lares na Costa do Pacífico e isolados em campos no interior do país<sup>238</sup>. Craig Green observa que:

Relocation and detention were deemed necessary to investigate the detainees' loyalty in ways that were presumptively impossible if Japanese-Americans remained unsupervised at home. Thus, within six months of Pearl Harbor, the United States had implemented an unprecedented race-based “curfew,” which approached house arrest, and a program of mass detention and relocation.<sup>239</sup>

<sup>233</sup> SCHILLER, Reuel. *The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law*. Michigan Law Review, Vol. 106, p. 399-442, December 2007.

<sup>234</sup> ROSSITER, Clinton., *Op. cit.*, p. 259.

<sup>235</sup> ROSSITER, Clinton. *Op. Cit.*, p. 256.

<sup>236</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 290 U.S. 398, 1934. *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0290\\_0398\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0290_0398_ZS.html)> Acesso em 19/03/2008..

<sup>237</sup> GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises*. Emergency Powers in Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 76-77.

<sup>238</sup> FUGITA, Stephen S.; FERNANDEZ, Marily. *Altered Lives, Enduring Community: Japanese Americans Remember their World War II Incarceration*. Seattle: Washington Press, 2004, p. 3.

<sup>239</sup> GREEN, Craig, *Wiley Rutledge, Executive Detention, and Judicial Conscience at War*. Washington University Law Review, Vol. 84, 2006, p. 125-126.

Justificou-se o episódio sob o argumento da “necessidade militar” de combater espionagem e sabotagem. Entretanto, o único critério para o isolamento das pessoas era o racial. Sobre o tema conclui Rossiter: “*The criterion for exclusion was thus not the rational one of disloyalty but the undemocratic one of race*”<sup>240</sup>.

Apesar das oportunidades de declarar a inconstitucionalidade da discriminação em massa, a Suprema Corte não o fez. Pelo menos não em tempo hábil de alterar efetivamente a realidade daquele país, segundo Rossiter: “*...its decisions were rendered in June 1943 and December 1944, when judicial invalidation of the evacuation scheme would have had no more effect on the war...*”<sup>241</sup>.

### 3.4.2 O Estado de exceção e o terrorismo internacional – a vivência nos EUA

O Governo norte-americano tem se posicionado de maneira ostensiva em relação à temática terrorista. *The George W. Bush administration responded to the terrorist attacks of September 11th with far-reaching assertions of a vast commander-in-chief power that it has often insisted is substantially free of effective judicial or legislative checks.*<sup>242</sup>

Mas qual é a disposição do ordenamento dos Estados Unidos em situações de emergência? Alhures se transcreveu os dizeres da Constituição daquele país. Ademais, demonstrou-se que, historicamente, as formas de condução de crises ligam-se à figura do Presidente. Este costuma ver sua atuação ratificada pelo Congresso e, muitas vezes, pela própria Suprema Corte.

Os Estados Unidos possuem um ordenamento que não antecipa fórmulas para exercício do poder em momentos de crise. Daí porque o embate entre liberdade e segurança fica a depender da política do Presidente e do Congresso.

Como se destacou na introdução do presente trabalho não há como antever todos os momentos de crise e, ainda que haja previsões legislativas, a questão da legitimidade se liga mais aos aspectos sócio-políticos que propriamente

<sup>240</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948, p. 281.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 282.

<sup>242</sup> CURTIS, Michael Kent, *Lincoln, the Constitution of Necessity, and the Necessity of Constitutions: A Reply to Professor Paulsen*. Maine Law Review, Vol. 59, nº. 1, 2006, p. 2.

jurídicos. Na prática, se o sistema não tiver uma solução jurídica, isto não vai evitar que o Governo seja impelido a tomar posições para superar os problemas, excepcionalmente, surgidos. Porém, a manutenção do Estado de Direito, no transcorrer de momentos de exceção, liga-se à possibilidade de manter os princípios basilares que este defende. Curtis assevera que:

The Constitution is not a suicide pact; and, consequently, its provisions should not be construed to make it one . . . . **The Constitution should be construed to avoid constitutional implosion; it should not lightly be given a disabling, self-destructive interpretation** . . . . [P]riority [must] be given to the preservation of the nation whose Constitution it is, for the sake of preserving constitutional government over the long haul, even at the expense of specific constitutional provisions.<sup>243</sup>

Os apontamentos supra reproduzem singelamente a evolução histórica e conceitual do uso de poderes de emergência nos EUA. Verificou-se que a figura do Presidente desempenhou, em cada uma das crises estudadas, papel fundamental no enfrentamento dos problemas. A postura de Lincoln, Wilson e Roosevelt enquanto *Commander-in-Chief*, foi decisiva. O Congresso em atuação conjunta com o Chefe do Executivo, também, contribuiu para a superação dos momentos excepcionais, tudo com a corroboração da Suprema Corte.

Portanto, diante das exigências dos tempos de emergência nada impede a adoção de medidas extraordinárias. O terrorismo como ameaça constante é, sem dúvida, um fato gerador da adoção destas medidas. Não obstante, o sacrifício desproporcional aos direitos fundamentais deve ser evitado pelo Congresso cujo papel será, ao lado do Judiciário, o de limitar o uso dos poderes exacerbados nos quais o Presidente se encontra investido. As organizações civis e a população, também, podem influenciar neste processo.

Hodiernamente, a idéia de um Estado de exceção e o uso de poderes excepcionais voltou à tona. Consistem em objeto de inúmeros *papers*, livros e pesquisas acadêmicas. Tudo por conta da realidade vivenciada desde os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e a necessidade de enfrentar um tipo peculiar de crise: o terrorismo. A expressão utilizada para escritos sobre esta

---

<sup>243</sup> PAULSEN, Michael *apud* CURTIS, Michael Kent *Lincoln, the Constitution of Necessity, and the Necessity of Constitutions: A Reply to Professor Paulsen*. Maine Law Review, Vol. 59, nº. 1, 2006, p. 9.

realidade é *emergency powers*. Para compreender o que ocorre naquele país, alguns pontos serão considerados no capítulo a seguir.

### **3.5 Considerações sobre o capítulo**

A opção por cuidar da França, Inglaterra, Alemanha e EUA se justifica porque cada um tem um modelo peculiar que foi se adaptando no decorrer dos anos e após a vivência efetiva das duas Guerras Mundiais. Estes países adotam diferentes posturas em relação ao estado de exceção. Os instrumentos para lidar com crises têm sido alterados no decorrer dos anos. A Alemanha, por exemplo, depois da experiência de Weimar, buscou meios de fazer garantir os direitos humanos e o próprio retorno à normalidade. Já a Inglaterra procurou preestabelecer as medidas de tempos excepcionais.

No capítulo a seguir, cogitar-se-á com maior acuidade da perspectiva hodierna do tema que se desenvolve ao redor do mundo. A abordagem dos poderes de emergência nos Estados Unidos e o tratamento dos prisioneiros na *guerra* contra o terror também serão verificados.

## 4 ESTADO DE EXCEÇÃO

Os Estados conservam-se, por vezes, não apenas por estarem distanciados das razões que poderiam destruí-los, porém, ainda por serem defendidos, pois nesse caso o medo leva à melhor execução dos negócios públicos. Os juízes que levam avante a salvação do Estado devem, de quando em quando, provocar casos de alarme em seus concidadãos, para que estes, como sentinelas da noite, guardem com fidelidade o posto que lhes tenha sido confiado para a defesa da república.<sup>244</sup> Aristóteles

Antes de delinear os contornos atuais do embate entre estado de exceção e direitos fundamentais, convém observar com mais cautela a definição do estado de exceção. Importa destacar que a teoria dos direitos humanos, a partir de uma acepção histórica e análise das teorias correlatas, já foi objeto de considerações no primeiro capítulo. Quanto ao estado de emergência/exceção já se cogitou de seus precedentes históricos nos capítulos anteriores. Não se pode olvidar justamente de trazer à baila as idéias ligadas primordialmente ao conceito deste, para só então verificar os desafios contemporâneos e a relação com a teoria dos direitos fundamentais.

Para traçar o que seja um estado de exceção, é imprescindível verificar qual é o parâmetro de normalidade, pois como o próprio termo sugere, há que se fugir desta para que se configure o instituto. Hodiernamente, tem-se como modelo de Estado vigente no mundo ocidental o Estado de Direito. Portanto, para adentrar no estudo do estado de exceção convém apontar as diretrizes deste, pois está intimamente relacionado ao estudo daquele, conforme se depreende do seguinte trecho de Canotilho:

As situações de anormalidade constitucional não são estados sem Constituição ou fora da Constituição, mas, sim, situações carecidas de uma disciplina jurídico-constitucional diferente daquela que está normativo-constitucional consagrada para os estados de normalidade constitucional. (...) O direito de necessidade do Estado só é compatível com um Estado de direito democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os *pressupostos*, as *competências*, os *instrumentos*, os *procedimentos* e as *consequências* jurídicas da Constituição de exceção.<sup>245</sup>

---

<sup>244</sup> ARISTÓTELES, *Política*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 248.

<sup>245</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1099.



Nas ordens jurídicas em que vigora o Estado de Direito, é possível o surgimento de um estado de exceção. A previsibilidade<sup>246</sup> pode garantir respostas eficazes e menos gravosas aos fins estatais. Neste tocante importa citar Fernando Jiménez Larraín:

La estructura jurídica de los Estados de Derecho buscando permanentemente el perfeccionamiento y protección de los derechos individuales de las personas, no excluye la normativa destinada a enfrentar y regular las situaciones de carácter excepcional a que la comunidad política puede verse enfrentada, ya sea en el campo económico, tranquilidad social u otros y cuya solución puede significar restricción o suspensión en el accionar de los órganos del Estado o los derechos de las personas.<sup>247</sup>

De se observar que em Estados totalitários não pode vigorar o instituto, pois o poder já se encontra exacerbado. A forma de governo – autoritarismo – vigora, normalmente, com o poder sendo utilizado em detrimento da liberdade. Os direitos humanos ficam em segundo plano. Não sendo necessário, para enfrentar momentos de crise, alterar a estrutura de governo para dilatar poderes suficientemente ampliados. Não é outro o entendimento de Francisco Fernández Segado:

...o que parece evidente é que em monarquia absoluta, ou em regimes autoritários ou totalitários, não é necessário concentrar poderes, nem suspender direitos, dado que estes, na medida em que existam como funções repartidas ou como direito civis, são pura regra de organização por tolerância ou concessão do poder e, consequentemente, em tais regimes o Estado de excepção é o Estado normal.<sup>248</sup>

Por esta razão que se destacou no capítulo dois que durante o período do Absolutismo era prescindível a existência de medidas de exceção. O Estado por definição já concentrava poderes. Jorge Bacelar Goveia acerca do tema esclarece que:

<sup>246</sup> Há controvérsias e alguns autores discordam apontando a inutilidade e as constantes lacunas como maiores problemas da previsão das medidas de exceção. Sobre o tema: Gilberto Bercovici e Marcelo Leonardo Tavares.

<sup>247</sup> LARRAÍN, Fernando Jiménez. *El Régimen Jurídico del Estado de Emergencia. Estudio Histórico Constitucional*. In: Revista de Derecho Público, nº 59, XXVI Jornadas de Derecho Público “La servicialidad del Estado”, Tomo 2, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 151-167, enero-junio, 1996, p. 151.

<sup>248</sup> SEGADO, Francisco Fernández. *De la suspensión de los derechos y libertades*, in AAVV, Constitución Española de 1978, IV, Madrid, 1984, p. 559 *apud* GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 32.

...o Estado de exceção apenas ganha real sentido nos sistemas em que seja possível discernir *uma situação de normalidade* – caracterizada por um equilíbrio especificamente concebido entre poder e liberdade - *de uma situação de exceção* – precisamente marcada por um conjunto de transformações que permitem a hipertrofia daquele em desfavorecimento desta. (...) <sup>249</sup>

Após breve noção do Estado de Direito será verificado o estado de exceção, inclusive com a análise das possíveis medidas para manutenção do primeiro quando inserido numa situação de emergência.

#### 4.1 Estado de Direito e estado de exceção

O Estado de Direito consiste em meio de limitar o poder, organizar o Estado e resguardar os direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Robert Von Mohl e Lorenz Stein, em meados do século XIX, utilizaram o termo Estado de Direito (Rechtsstaat) na ciência política alemã.<sup>250</sup> Nelson Saldanha esclarece: “Ao que consta, a expressão *Rechtsstaat (Estado de Direito)* surgiu com Robert von Mohl, que em 1832 publicou o volume inicial de sua obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates (A ciência política baseada no Estado-de-Direito)*.”<sup>251</sup>

“Definir Estado de Direito significa definir tudo o quanto se relaciona com a recente história das instituições jurídico-constitucionais.”<sup>252</sup> O Estado de Direito ambientado em 1919, ano da Constituição de Weimar consistia na transição entre o Estado de Direito individual e o social. Neste, o Estado deve, não só defender o indivíduo, mas também atuar para que os direitos sejam prestados. Preconiza-se uma atuação positiva do ente estatal.

O Estado de Direito, hodiernamente, é percebido como um Estado Democrático de Direito, no qual o Estado não pode se limitar a atuar, esta atuação há de efetivamente gerar transformações sociais. Os Direitos Fundamentais não devem apenas ser resguardados, mas promovidos pela Administração Pública. Está

<sup>249</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 36.

<sup>250</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005, p. 248.

<sup>251</sup> Formação da Teoria Constitucional. 2 ed., at. e ampl. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2000, pág. 28.

<sup>252</sup> MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

pautado, doutrinariamente, nos seguintes princípios<sup>253</sup>: princípio da constitucionalidade, princípio democrático, princípio dos direitos fundamentais, princípio da divisão e independência dos poderes, princípio da justiça social e princípio da segurança jurídica.

Segundo o princípio da constitucionalidade, a base do Estado se consubstancia na legitimidade da Constituição que deve emanar do próprio povo, modelando e delineando toda a atuação estatal. O princípio democrático se consubstancia no regime de governo que deve ser representativo, pluralista e participativo. O princípio dos direitos fundamentais, isto é, direitos sociais, individuais, coletivos e culturais, denota um núcleo constitucional que não pode ser subtraído nem restringido. O princípio da divisão e independência dos poderes garante que estes devem ser atribuídos de modo a criar um sistema de freios e contrapesos capaz de exercer limitações mútuas. O princípio da justiça social atua como diretriz das ordens econômica e social e como atividade concreta nos serviços de seguridade e assistência social.

O Estado de Direito, inaugurado com os primeiros códigos, tinha por fim assegurar a liberdade individual e a propriedade. Atualmente, na noção do Estado Social e Democrático desponta através de um intervencionismo estatal na busca de assegurar justiça social. Válido colacionar Canotilho:

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito. Estado de não direito, será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.<sup>254</sup>

Assim, pode-se dizer que o Estado de Direito é a forma usual do Estado em momentos de paz e normalidade. Porém, esse mesmo Estado não pode subsistir em situações nas quais a própria ordem constitucional se mostra incapaz de contornar conflitos ou manter a ordem político-social.

Nunca é demais insistir em que Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma

<sup>253</sup> FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A Alemanha e o Estado de Direito*: Apontamentos de teoria constitucional comparada. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 133 p. 109-120, jan./mar., 1997.

<sup>254</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 11.

ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.<sup>255</sup>

Nesse ponto, surge a figura do estado de exceção, que pode ser visto como forma momentânea de governar em que se permite suspender direitos individuais, sociais e políticos protegidos no intuito final de manter estes mesmos direitos e o próprio Estado. A ordem constituída prevê mecanismos para manutenção de suas estruturas abrindo mão das mesmas, temporariamente.

Convém fazer pequena digressão para esclarecer que alguns autores diferenciam estados de emergência e de exceção. Estados de emergência ocorrem quando há uma perturbação da ordem social tal como desastres naturais, conflitos localizados etc. Perceba-se que apesar da gravidade da situação, a ordem jurídico-constitucional não é colocada a teste, não há o esgotamento das instituições abstratamente consideradas.

Por sua vez, o estado de exceção ocorre quando os poderes instituídos encontram-se abalados, situações como revoluções, guerras civis e falência generalizada da legitimidade das instituições frente ao corpo social. A própria existência institucional do Estado passa a se desfazer.

...o significado do Estado de exceção joga-se precisamente *quando o equilíbrio que importa preservar entre o poder e a liberdade se rompe*, tendo o Direito Constitucional de responder, através de fenômenos simultâneos e reversivos, com o *reforço do poder público e a diminuição da liberdade individual*. Estes são os momentos em que, para preservação da ordem constitucional que vive estavelmente aquele equilíbrio, é preciso a sua transformação radical. Nisto consiste o Estado de exceção no Direito Constitucional – *na resposta do ordenamento constitucional a uma situação fática que, de um modo extraordinário, o coloca em perigo*.

Eis um instituto que assenta numa iniludível e paradoxal *ironia*: para se obter a estabilidade constitucional, é preciso dela por momentos prescindir. Neste contexto, avulta também o Estado de exceção como *instituição de defesa da concreta ordem constitucional em que se integra*. (...) <sup>256</sup>

Passe-se à lição de Konrad Hesse:

<sup>255</sup> MIRANDA, Jorge. *Povo, Democracia, Participação Política*. In: VIII Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Jan-Jun, p. 16-49, 2008.

<sup>256</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p.38.

Um *Estado de exceção* verdadeiro ou, como hoje soa a designação predominantemente empregada, 'situação de emergência estatal', nasce em todos os perigos sérios para a existência do Estado ou a segurança e ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos normais previstos pela Constituição, senão cujo rechaço ou eliminação somente com *meios excepcionais* é possível.<sup>257</sup>

Tal definição, porém, é insuficiente para a correta compreensão da temática, cumpre, então, indagar que teóricos podem ser apontados como precursores do Estado de exceção? O que seria propriamente este Estado? Estes são alguns questionamentos para os quais se busca resposta.

Os Estados têm adotado um sistema constitucional para situações emergenciais que consiste no "...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".<sup>258</sup>

Canotilho<sup>259</sup> traça características básicas que as normas que prevêm estado de exceção costumam traçar para situações de crise. Segundo o autor português, normalmente, as constituições se limitam a indicar os órgãos competentes para tomada de providências em situações excepcionais, os quais atuarão no pronto restabelecimento da ordem vigente. O executor da medida de exceção passa a atuar com plenos poderes, isto é, há previsão para que o poder executivo se sobreponha aos demais poderes.

Consistem em previsões abertas que devem ser vistas como eficientes e perigosas. Eficientes em razão de sua celeridade. Perigosas por abrirem margem a abusos, principalmente, porque o sistema de freios e contrapesos é totalmente desestruturado. Conforme Scheppele: *"...the state of exception is dangerous precisely because it is so subject to abuse"*<sup>260</sup>. São exemplos o art. 16<sup>261</sup> da Constituição francesa de 1958 e o art. 48 da Constituição de Weimar<sup>262</sup>.

<sup>257</sup> *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 526.

<sup>258</sup> SANTOS, Aricê Moacyr Amaral *apud* SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 693.

<sup>259</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1081 e segs.

<sup>260</sup> SCHEPPELE, Kim Lane, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, p. 1001-1083, p. 7; ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, p. 4.

<sup>261</sup> Art. 16 da Constituição da V República Francesa: "Sempre que as instituições da República, a independência da nação, a integridade do seu território ou a execução dos seus compromissos

Há, ainda, a hipótese de o constituinte procurar antever todas as situações de crise capazes de justificar a adoção de medidas de exceção. Esta formatação tem o inconveniente de não ser possível arrolar todas as experiências dando, assim, margem a uma ruptura da ordem caso não seja possível a adoção de medidas excepcionais para restabelecimento da estrutura vigente. Aponta-se este modelo na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 19), na Constituição de Bonn, na Grundgesetzänderung de 1968 (art. 115 ss.), na Constituição sueca (parágrafo 50 da “forma de Governo de 1809”), na Constituição espanhola de 1978 (art. 116) e, na Constituição brasileira de 1988 (nos arts. 136 e 137).

De se registrar, também, a possibilidade de os atos do executivo serem aprovados posteriormente pelo legislativo. Isto é, o chefe de Estado estaria habilitado a atuar em face da crise e, posteriormente, ter seus atos corroborados. Esta forma é adotada pelo direito constitucional inglês (*Act of Indemnity ou Indemnity Bill*), conforme restou demonstrado no segundo capítulo.

Assim, o estado de exceção ocorre quando, usando o ordenamento constituído, alcança-se uma situação de poder diferenciado, visando a atravessar uma situação de crise. Os parâmetros a justificarem esta alteração da ordem são os mais diversos: crises econômicas nas quais se busca o restabelecimento do país, ataques terroristas cuja adoção do Estado de exceção visa à segurança nacional, entre outros. A questão é que o Estado de Direito classifica uma situação como capaz de desestabilizar a ordem vigente e propõe com o manuseio de previsões legais um Estado excepcional, no qual há a mitigação de direitos da população atrelada ao recrudescimento do poder estatal.

Ainda, quanto às construções histórico-doutrinárias sobre Estados de emergência, podemos encontrar na República de Weimar um ambiente dos mais fecundos de produção sobre o tema. Devem-se apontar três autores que trataram acerca do Estado de exceção: Herman Heller e Carl Schmitt. Mais recentemente, da doutrina italiana, merece destaque Giorgio Agambem<sup>263</sup>.

---

internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República adotará as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos presidentes de ambas as câmaras e ainda do Conselho Constitucional”.

<sup>262</sup> Encontra-se transcrito no item 4 quando se discute especificamente o caso alemão.

<sup>263</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

Segundo as concepções schmittianas, o Estado de exceção “*permite a suspensão, talvez até em sua totalidade, da ordem jurídica, na hipótese de que a existência do Estado esteja em perigo (o extremus necessitatis causus)*”<sup>264</sup>:

No pensamento espacial de Schmitt, os métodos da política submetem-se ao objetivo de estender linhas de demarcação que devem assegurar a integridade do espaço e instituir a homogeneidade do ‘agrupamento para garantir, dessa maneira, no Estado e por meio do Estado, a unidade política indicada.’<sup>265</sup>

Para Heller, Schmitt identificava o estado de exceção com a normalidade e apontava a ditadura como verdadeira democracia.<sup>266</sup> Heller considera que o Estado de Direito, em uma sociedade capitalista ameaça a burguesia, pois o proletariado é inserido no Poder Legislativo. Se isto não pode ser evitado, a promoção de estados autoritários seria a saída para manutenção dos privilégios burgueses.<sup>267</sup> Verificada a crise no Estado de Direito, este deve ser aprofundado na visão de Heller.<sup>268</sup>

Marcelo Leonardo Tavares em recente estudo sobre o estado de emergência no qual identifica estado de exceção em seu viés de inconstitucional diferencia Heller e Schmitt da seguinte forma:

Logo, Schmitt está para o estado de exceção assim como Heller está para o Estado de Direito em crise.

Heller nega-se a atribuir a um órgão constituído a qualidade de soberano, como faz Schmitt. Ainda estabelece um ponto de vista importante, não muito reforçado no liberalismo, ao sustentar a responsabilidade de o Estado exercer, dentro dos limites anteriormente postos, seu poder para garantir a ordem e a paz na sociedade em momentos de emergência, defendendo-a de ataques externos e internos.

(...)

Enquanto Schmitt defende o uso da força sem a ancoragem moral, Heller mostra ser possível o funcionamento de um Estado Democrático de Direito não emasculado.<sup>269</sup>

<sup>264</sup> BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005, p. 239.

<sup>265</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

<sup>266</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente* - atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 110.

<sup>267</sup> BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. N. 4, p. 165-181, 2006, p. 174.

<sup>268</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente* - atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 128-129.

<sup>269</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47-48.

Merece destaque, ainda, sobre estado de exceção a obra de Gilberto Bercovici intitulada: “Constituição e Estado de exceção permanente - atualidade de Weimar”<sup>270</sup>. Em recente publicação, “*Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*”, Bercovici retoma aspectos do estado de exceção.

Em Portugal, além de Canotilho e Jorge Miranda, existe uma obra fundamental sobre o tema, de Jorge Bacelar Gouveia.

Gouveia traça os aspectos conceituais do Estado de exceção indicando quatro concepções do Estado de exceção, quais sejam: organizatória-executivista, material, funcionalista e globalista. As três primeiras são concepções criticadas pelo autor, já a quarta é a que o autor adota.

Convém aqui um esclarecimento a partir da concepção material. “Esta é a perspectiva dos autores que pretendem focalizar o Estado de exceção constitucional enquanto instituição que provoca, na vigência dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, vicissitudes de limitação dos mesmos...”<sup>271</sup>. A crítica à concepção material restou formulada pelo autor lusitano nos seguintes termos: “...ao colocar o acento tónico nos efeitos materiais, ignora as consequências que se projectam, que são aliás bem evidenciáveis, na faceta organizatória do poder estadual”<sup>272</sup>.

Como o presente trabalho tem frisado a questão dos direitos humanos como parâmetro relevante no que tange ao Estado de exceção, vale sobrelevar que isto não significa a adoção do viés material alhures explicitado. Há uma predileção pela temática dos direitos humanos que se deve antes a um corte metodológico como se destacou na introdução que à opção pela doutrina material. Parece evidente que considerar o Estado de exceção somente a partir da ótica da supressão ou suspensão dos direitos humanos, olvidando os aspectos relativos à estrutura de governo revela-se insuficiente, como bem anotado acima. Razão pela qual cumpre mais uma vez frisar que esta concepção não é a eleita pela presente pesquisa.

A concepção globalista do Estado de exceção significa defini-lo:

---

<sup>270</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente - atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

<sup>271</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1260.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 1261.



...como a alteração fundamental da ordem constitucional que reforça o poder público de vigência transitória, fundada na ocorrência de situações de anormalidade que lhe são lesivas, visando pôr-lhes cobro, mas desde que não haja meios menos gravosos considerados aplicáveis".<sup>273</sup>

Eis a concepção que define o instituto de forma mais completa.

Quanto ao Estado de exceção inconstitucional ou o que Canotilho intitula de Estado de não direito configura-se na hipótese de desvirtuamento sistema posto pela Constituição. No Estado de não direito o Estado se vê diante de uma situação ajurídica, estabelece-se um limbo jurídico. Os atos adotados não respeitam ao que se determina na Constituição, ainda que se fundamentem, formalmente, nesta.

Giorgio Agamben observa que:

O totalitarismo moderno pode ser definido, neste sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só de adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.<sup>274</sup>

O autor consente com um estado de exceção enquanto um vazio jurídico, situação inspirada no Estado distante da lei. Este Estado de Agamben é aqui tratado como o estado de exceção inconstitucional, ou estado de não direito, que se entende surgido do tratamento dissociado dos fins de um Estado de Direito o qual é dado à situação de emergência vivenciada por este.

#### 4.2 O pensamento de Carl Schmitt quanto à teoria do estado de exceção

Carl Schmitt, nascido em 1888, fez parte juntamente com Kelsen, Heller e Smend, da geração de autores alemães que sucederam Laband e Jellinek. Schmitt e Kelsen, apesar da disparidade de suas teorias, iniciaram suas carreiras seguindo a mesma linha, ambos criticaram severamente as teorias dos juristas que lhes antecederam.<sup>275</sup>

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 1265.

<sup>274</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13.

<sup>275</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 45.

Kelsen's theory represented a radical rejection of Laband's theory of monarchical sovereignty and the system of constitutional monarchism, which was founded on the metaphysical monarchical principle.

(...)

**Schmitt agreed with Kelsen about need to rethink the foundations of Labandian positivism.**<sup>276</sup> (grifou-se)

Schmitt passou num primeiro período a problematizar o momento da decisão<sup>277</sup>. Mas esta foi apenas a primeira fase de seu pensamento, seguida pela “teoria das ordens concretas” durante a qual colaborou com a justificação do nazismo. Em 1933, no prefácio da 2ª edição de *Teologia Política*, Schmitt revê alguns de seus posicionamentos<sup>278</sup>. Fala-se de um período de *institucionalismo*<sup>279</sup> influenciado por Maurice Hauriou e Santi Romano. Não obstante, para Bercovici não passa da própria teoria do ordenamento concreto com referência a estes dois autores<sup>280</sup>. Após a segunda Grande Guerra, Carl Schmitt passou a se dedicar a temas de Direito Internacional<sup>281</sup>.

A leitura da obra schmittiana requer muito cuidado, pois além de extensa é complexa, e merece uma contextualização com o momento histórico em que cada texto foi escrito ou reeditado. Importa apontar que por muito tempo este autor foi marginalizado por sua ligação com o nazismo. Quanto à atuação, há quem entenda que, na realidade, ele não pretendia promover meios para que se instaurasse a ordem que efetivamente se verificou. “*Jusqu'en 1933, il faut le noter, Schmitt s'est oppose au parti nazi, allant meme jusqu'à demander son interdiction...*”.<sup>282</sup> Entretanto, teria passado a desenvolver teorias para corroborar a ordem nazista.<sup>283</sup> “O oportunismo de Schmitt chegou a um ponto em que sua posição não era aceita

<sup>276</sup> CALDWELL, Peter C. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>277</sup> MOMMSEN, Hans. *The Rise & Fall of Weimar Democracy*. Translated by Elborg Forster & Larry Eugene Jones. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1996, p. 57: “...Carl Schmitt, the most prominent ‘decisionist’ political scientist of the Weimar Republic...”.

<sup>278</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. In: Considerações preliminares sobre a segunda edição: “Atualmente, não distinguiria mais duas, mas três formas do pensamento científico-jurídico, a bem dizer, além da forma normativa e decisionista, ainda a institucional. (...) ...o decisionista sempre corre o perigo de, com a funcionalidade do momento, errar o ser que repousa em todo grande movimento político...”.

<sup>279</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 13.

<sup>280</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente* - atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 150.

<sup>281</sup> Deste período são: “*O nomos da Terra*” (1951) e “*Teoria do partisan*” (1963).

<sup>282</sup> CAMPAGNA, Norbert. *Le Droit, Le Politique, Et la Guerre*. Deux Chapitres sur la Doctrine de Carl Schmitt. Canadá: Les Preses de l'Université Laval, 2004, p. 2.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 21.

como autêntica nem para os nazistas nem para os anti-nazistas.”<sup>284</sup> Convém explicitar melhor como ocorreu a relação com o *III Reich*.

Em “Teologia Política” (1922) Schmitt cuida do conceito de exceção e a relação com a idéia de soberania. “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”<sup>285</sup>. De se observar que este estado de exceção é entendido como figura que embora pertencente ao Direito não poderia ser por ele previsto. Para Schmitt, se uma situação é regulada no ordenamento não há porque entender que se trata de exceção. O autor claramente se filia ao *decisionismo*. As obras de Schmitt no período são: A Ditadura (1921), Teoria da Constituição (1928), O guardião da Constituição (1931), O conceito do político (1927/1932) e Legalidade e legitimidade (1932). Ronaldo Porto afirma que:

...Schmitt a exemplo do que ocorreu com outros intelectuais alemães, menosprezou o poder dos nazistas em 1930. A posição de Schmitt em 1932, assim como a do político que assessorava, General Schleicher, era contrária à ascensão nazista e a crise política. **Schmitt não confiava em Adolf Hitler e tampouco em seu movimento político, e duvidava de seus projetos e habilidades para realizar as reformas necessárias para evitar a crise e recuperar a capacidade de governo. Já em seu texto Legalidade e Legitimidade, de 1932, Schmitt alertava para os perigos da destruição da Constituição de Weimar através de meios legais.** (...) <sup>286</sup> (grifou-se)

No final da República de Weimar, a teoria da Ditadura de Schmitt justificou o uso reiterado do artigo 48 e o acréscimo dos poderes excepcionais do Presidente em tempos de emergência. Peter Caldwel comenta: “...*Article 48 functioned in Schmitt’s analysis as the ‘real’ basis of democracy. According to Schmitt, neither the judiciary nor constitutional articles designed to govern under normal conditions should limit presidential emergency powers.*”<sup>287</sup> Segundo Bendersky:

...Schmitt was a major authority on Article 48 and presidential power. Throughout the 1920s he had favored a broad interpretation of presidential

<sup>284</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35.

<sup>285</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradutor: Elisete Antoniuk. Apresentação: Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

<sup>286</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 28.

<sup>287</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 173.

emergency powers and opposed attempts at placing limitations on, or describing precisely, such authority. In 1929, Schmitt declared that the Weimar constitution had designated the president as the “defender of the constitution.”<sup>288</sup>

Em “O guardião da constituição” Schmitt sustenta que o Presidente do Reich possui legitimidade para atuar enquanto guardião da Constituição. “*O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar.*”<sup>289</sup>

Kelsen critica a teoria de Schmitt. O fundamento é um reducionismo da Constituição de Weimar ao artigo 48. Para o austríaco caberia a um Tribunal Constitucional o papel central no sistema democrático. Esta visão viria a prevalecer após a segunda Grande Guerra.

Com a efetiva ascensão do partido, diante da perseguição contra intelectuais que se opunham ao regime e diante do convite de Martin Heidegger para que colaborasse com o novo sistema, Schmitt se filia ao partido nacional-socialista em maio de 1933.<sup>290</sup> Conforme verificado alhures, Schmitt seria contra a ascensão do partido Nazista. O que lhe custou a desconfiança dos partidários do nazismo, mesmo após ingressar no partido. Após a adesão ao regime, publicou “Estado, Movimento e Povo”(1933), “O conceito de Estado Total” (1933) e “Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico” (1934). Deste período são obras anti-semitas do autor. Em 1936, o movimento nazista passou a questionar o papel de Schmitt, sobretudo com a análise de textos anteriores a 1933 que seriam anti-nazistas. Cogitou-se enviá-lo a um campo de concentração o que não chegou a se efetivar. Schmitt se desligou do partido e parou de escrever sobre temas relacionados à política interna. Ao final da Segunda Guerra, ele foi interrogado no Tribunal de Nuremberg, não chegando a ser denunciado por falta de provas de sua ligação com as práticas de guerra<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> BENDERSKY, Joseph. *A Concise History of Nazi Germany*. 3 ed. United States of America: Rowman & Littlefield, 2007. p. 68.

<sup>289</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradutor: Geraldo de Carvalho. Apresentação: Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

<sup>290</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>291</sup> KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham and London: Duke University Press, 2004, p. 18: “(...) The decision for collaboration did not come from enthusiasm, nor was it forced. Carl Schmitt was a constitutional lawyer and a political theorist – our understanding of his choice must start there, with what his professional identity and ist intellectual commitments meant in those circumstances, rather than his personal motives.”

A exceção é vista na concepção schmittiana como um conceito-limite.<sup>292</sup>

Da obra de Schmitt cumpre citar o seguinte trecho: "...A tendência jurídico-estatal de regular o Estado de exceção de forma mais aprofundada possível significa somente a tentativa de descrever, precisamente, o caso no qual o direito suspende a si mesmo."<sup>293</sup> Kim Scheppele observa que:

But the state of exception in Schmitt's terms goes deeper than this. Schmitt is interested not only in the effects of using emergency powers on a current head of state's reputation or the mission a leader has when there is a sudden need to meet a sudden threat. Schmitt is also interested in the character of regimes, of the possible limits to the rule of law (or the very idea of normality) that must be acknowledged if a threat is to be met. For Schmitt, it is the exception, not the state of normality, that defines what normal means. The exception, then, has transformative powers over the very nature of the state.<sup>294</sup>

A idéia de exceção é bem relevante para Schmitt quando busca criticar o pensamento normativista:

Sabemos que a norma pressupõe uma situação normal e tipos normais. Toda ordem, inclusive a ordem jurídica, está ligada a conceitos normais concretos, que não são deduzidos de normas universais, mas produzem, ao contrário, tais normas a partir e para a sua própria ordem.<sup>295</sup>

Partindo desta análise, o normativismo só seria capaz de justificar um Estado em momentos de normalidade. "O Institucionalismo, por sua vez, não rejeita a idéia de regra ou norma, mas apenas, a sua posição originária e absolutamente fundadora..."<sup>296</sup>. No que toca ao pensamento decisionista: "A decisão soberana é começo absoluto, e o começo... não é outra coisa senão decisão soberana. Ela brota de um nada normativo e de uma desordem concreta."<sup>297</sup>

**Pour Schmitt, Il est impossible de formuler des conditions précises indiquant quand l'état d'exception commence à exister ou quand il**

<sup>292</sup> KENNEDY, Ellen. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>293</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradutor: Elisete Antoniuk. Apresentação: Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14.

<sup>294</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, p. 1001-1083, p. 7; ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, p. 62-63.

<sup>295</sup> SCHMITT, Carl *apud* KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Tradução: Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 20.

<sup>296</sup> KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Tradução: Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 19.

<sup>297</sup> SCHMITT, Carl *apud* KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Tradução: Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006, p. 22.

**cesse. De ce fait, aucune norme constitutionnelle ne peut saisir complètement la proclamation de l'état d'exception.** Une telle norme peut, certes, poser en termes généraux que lorsque la constitution est menacée, les droits fondamentaux peuvent être suspendus, mais elle ne peut dresser une liste complète des cas où la constitution est menacée, les droits fondamentaux peuvent être suspendus, mais elle ne peut dresser une liste complète des cas où la constitution est à considérer comme menacée dans son essence même. La décision de proclamer l'état d'exception n'est donc jamais parfaitement deductible de la constitution et presuppose toujours un pouvoir qui interprète en dernière instance la constitution et décide que la situation de danger pour la constitution est donnée. (...) <sup>298</sup> (grifou-se)

Para o presente trabalho, interessa a diferenciação entre ditadura comissária e ditadura soberana proposta por Schmitt<sup>299</sup>. Para tanto, convém transcrever a lição de Bercovici:

**A ditadura comissária suspende a constituição para protegê-la** em sua existência concreta. A ação do ditador deve criar uma situação normal na qual o direito possa valer. A constituição é suspensa, mas não perde a validade. Já **a ditadura soberana não suspende a constituição, mas busca criar uma situação que torne possível uma nova constituição.** A ditadura soberana invoca o poder constituinte. <sup>300</sup> (grifou-se)

A ditadura comissária transcorre mediante o afastamento da ordem vigente, porém com a aspiração de ao final restabelecer a ordem, a duração é idêntica ao período de crise que a justifica. Já a ditadura soberana revela-se no uso do sistema existente para subverter a ordem. Para desenvolver esta teoria, Schmitt partiu das concepções de Bodin que distinguia soberania e ditadura. “Schmitt aceita a definição de Bodin e acrescenta que o ditador comissário, diferentemente do ditador soberano, aceita um encargo para realizar uma guerra, combater uma insurreição, resolver, enfim, uma situação de crise. (...)”<sup>301</sup>

A influência de Maquiavel na obra “A Ditadura” também é objeto de destaque:

..Machiavelli's analysis of the dictatorship in a republic provides the basic structure of Schmitt's interpretation of that institution within state theory and the practice of commissarial dictatorships in Europe during the sixteenth and seventeenth centuries. Schmitt's argument that “the dictator is precisely not a tyrant or a form of absolute domination” but “a means peculiar to the

<sup>298</sup> CAMPAGNA, Norbert. *Le Droit, Le Politique, Et la Guerre*. Deux Chapitres sur la Doctrine de Carl Schmitt. Canadá: Les Preses de l'Université Laval, 2004, p. 42-43.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 85-89.

<sup>300</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 25.

<sup>301</sup> MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 60.

republican constitution for the preservation of liberty” is drawn from Machiavelli's *Discourses*.<sup>302</sup>

Schmitt entende que o soberano cria o Direito, podendo decidir de forma ilimitada, sem quaisquer meios de controle institucional. O soberano seria o Presidente. Daí porque este ficaria, segundo a concepção schmittiana, numa posição concomitante dentro e fora do ordenamento, não se limitando por este. A unidade política é soberana por ter o poder de decidir quem é amigo e quem é inimigo e, atuar conforme este entendimento. Ademais, figura como guardião da constituição devendo manter a ordem.

### 4.3 Os mecanismos de exceção no Brasil

A Constituição Brasileira de 1988 traz um sistema bipartido adotando duas figuras, quais sejam: o Estado de defesa e o Estado de sítio. Importa destacar que se em todas as Constituições Brasileiras houve, por um lado, a consagração dos direitos humanos, apenas em uma delas não existiu a previsão de medidas excepcionais a serem adotadas num Estado de exceção.

A Constituição de 1824 não cuidava de institutos específicos de exceção, previa a possibilidade de declaração de guerra externa no artigo 102, IX. Ademais, no artigo 102, XV, mediante formulação genérica estabelecia como atribuição do Imperador: “prover a tudo, que fôr concernente á segurança interna, e externa do Estado, na fórma da Constituição”<sup>303</sup>.

A Constituição de 1891, em seu artigo 80 previa o Estado de sítio. A Constituição de 1934, em seu artigo 175. A Carta Magna de 1937 falava em Estado de emergência ou Estado de guerra nos artigos 166 a 173. A Constituição de 1946 nos artigos 206 a 214 cuidou do Estado de sítio. A Constituição de 1967 trazia no art. 152 a 156. A Emenda Constitucional nº 01/69 instituiu além do Estado de sítio e do Estado de emergência, a possibilidade de adoção de medidas de emergência dos artigos 155 a 159.

Em recente período da história brasileira os direitos fundamentais foram amplamente malferidos pela autoridade constituída. Instalou-se no país uma

<sup>302</sup> KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham and London: Duke University Press, 2004, p. 18.

<sup>303</sup> Constituição de 1824, art. 102, XV.

Ditadura Militar, um verdadeiro regime de exceção, considerada esta como uma exceção contrária aos ditames do Estado de Direito, isto é, uma exceção inconstitucional.

Com a Constituição de 1988, verificou-se uma redemocratização do país. Porém, já na vigência da nova ordem pode-se falar em vivência de período excepcional com o uso exacerbado de medidas provisórias. Este instituto foi objeto de ampla discussão no país, pois propiciava, até a Emenda Constitucional nº 32/2001 que restringiu seu uso, poderes bastante amplos ao Chefe do Executivo.

Apesar de o instituto trazer, originariamente, restrições cabendo a aplicação da medida somente em hipóteses de urgência, a interpretação extensiva dada à expressão transmutou o uso das medidas provisórias em algo corriqueiro. Entre a promulgação da Constituição e a alteração por Emenda, em 2002, foram editadas mais de 2000 medidas provisórias, cuja relevância e urgência nem sempre era objeto de comprovação.

Opiniões não faltam acerca de um Estado de exceção vigente hoje no país, sobretudo, em razão dos problemas relacionados à segurança pública e desrespeito institucionalizado aos direitos humanos. Um ponto que choca é a exacerbação das redes de corrupção em todos os níveis de Governo. E o pior, a ausência de punição aos casos que se veiculam.

No Brasil, em especial, a opção pelo fortalecimento de uma *constituição de emergência* merece atenção. Afora todo o discurso em torno da segurança e da pouca tradição democrática, têm-se entre nós problemas graves de exclusão sócio-econômica. É deveras preocupante, no país, a combinação de discursos e políticas de exceção com a reprodução estrutural de um subdesenvolvimento que não encontra justificativa apenas na inevitável inserção no Império, mas deita raízes, também numa peculiar formação do capitalismo nacional.<sup>304</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal tem adotado as teorias acerca de um estado de exceção em alguns de seus julgados. É de se observar, entretanto, que apesar da inspiração teórica em Giorgio Agamben, a utilização da teoria de exceção não se mostra adequada aos casos analisados por aquele Tribunal.

<sup>304</sup> CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Exceção Permanente e Brasil*. In: PERSPECTIVAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. VIEIRA, José Ribas (coord.). P. 155-195. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 194.



Em quatro ações diretas de inconstitucionalidade ventilou-se o estado de exceção para resolver hipótese de limites na demarcação de Municípios<sup>305</sup>. Para melhor elucidação, transcreve-se a ementa de uma destas ADIs:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO.

1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. **7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.** 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. **Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.** 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual

<sup>305</sup> STF. ADI 3689/PA – PARÁ. Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 10/05/2007; STF, ADI 3316 / MT - MATO GROSSO. Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 09/05/2007; STF, ADI 2240/BA – BAHIA. Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 09/05/2007; STF, ADI 3489/SC - SANTA CATARINA, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 09/05/2007.

sem pronúncia de sua nulidade. 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso.<sup>306</sup> (grifou-se)

Já em sede de Agravo Regimental em Reclamação,<sup>307</sup> o tema precatório deu ensejo a invocar as teorias do autor italiano em voto proferido pelo Ministro Eros Grau. Este cita Agamben e Schmitt para considerar que:

...a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa CARL SCHMITT, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu “valer” (...) ...sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. (...)  
...Não somos meros leitores... ...mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.<sup>308</sup>

Conforme se verifica nas ementas citadas, os assuntos tratados não correspondem à idéia primordial de estado de exceção proposta por Agamben. Caracteriza-se certa confusão sobre o assunto:

Pode-se pensar, então, que a fundamentação mais coerente para a decisão dos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal é a criação de exceções por meio da ponderação (com a possibilidade de afastamento de uma regra para atender a outro interesse) e a consideração dos resultados causados pela aplicação das normas.  
(...)  
Como anteriormente explanado, está correto, conforme o estudo de Agamben constatar que “não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção”. Todavia, o que se percebeu no voto foi o oposto: a subtração de uma singularidade da incidência de uma norma, e não a norma que se deixou suspender. Os casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal eram realidades fáticas singulares; não foram criadas pela suspensão da norma, não são zonas de indeterminação. Ao invés de se caracterizarem como um vazio de direito, os casos foram preenchidos por direito – embora não aquele derivado das regras específicas afastadas. As situações foram trabalhadas dentro do direito vigente. A exceção, ao contrário, transcende o próprio direito, pois representa a suspensão do ordenamento. O direito de exceção não é direito, e sim puro poder. Na sua força pura, a norma aplica-se desaplicando-se.  
(...)

<sup>306</sup> STF, ADI 3316/MT – Mato Grosso. Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 09/05/2007.

<sup>307</sup> STF Rcl-AgR 3034/PB – PARAÍBA, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 21/09/2006.

<sup>308</sup> Voto do Ministro Eros Grau in: STF Rcl-AgR 3034/PB – Paraíba, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 21/09/2006.

Observe-se que as decisões e votos ora analisados não foram objeto de debates e nem tiveram a merecida repercussão, embora caracterizem um problema teórico e uma práxis bastante inquietantes. **Ao se evocar fora do seu contexto e significado a teoria do estado de exceção, deturpa-se a teoria e produzem-se equívocos. Reforce-se que o equívoco serviu de base para diferentes julgados, sobre temas diversos, e pode fundamentar decisões que estão por vir, formando uma cadeia grave de distorções e insegurança, e de deslocamento de soberania.**<sup>309</sup> (grifou-se)

Com efeito, os pronunciamentos acerca do estado de exceção da lavra do Ministro Eros Grau passam ao largo do significado do estado de exceção que se está a estudar. Daí porque, apesar da menção, eles não serão objeto de estudo mais profundo<sup>310</sup>. A importância dos mesmos aqui é, tão somente, ressaltar que cada vez mais o tema tem sido trazido à baila no país, ainda que de forma imprecisa.

#### 4.4 Os ataques terroristas de 11 de setembro e seus reflexos nos EUA

Importa trazer à baila 2001, ano marcante na história mundial. Em 11 de setembro daquele ano, integrantes da rede terrorista internacional al Qaeda seqüestraram aviões comerciais, fazendo-os colidir com símbolos americanos.

Quatro aviões foram utilizados para a missão suicida. Dois deles colidiram contra as torres gêmeas do World Trade Center, em Nova York. Um terceiro, contra a sede do Pentágono em Arlington, Virginia. O quarto avião caiu em Pittsburgh, segundo a versão oficial<sup>311</sup>, porque os passageiros a bordo, cientes dos demais ataques reagiram aos seqüestradores, frustrando o provável alvo, a casa de veraneio do Presidente perto de Washington. Cerca de 3000 pessoas morreram. Os ataques foram assumidos pelo grupo liderado por Osama Bin Laden, al Qaeda.<sup>312</sup>

Estes acontecimentos desencadearam a utilização de medidas excepcionais as quais, no intuito último de manter a segurança e a ordem dentro do Estado norte-americano, levaram à mitigação de direitos individuais, sociais e

<sup>309</sup> HONÓRIO, Cláudia. *HONÓRIO, Cláudia. Estado de exceção – Estudo de caso. In: Revista Eletrônica Do Cejur - Centro de Estudos Jurídicos da Universidade Federal do Paraná. Ano 2. v.1 n.2. Agosto/Dezembro – 2007. Disponível em: <www.cejur.ufpr.br/revista>. Acesso em: 23/07/2008, p. 112-115.*

<sup>310</sup> Para uma análise mais percutiente vide: HONÓRIO, Cláudia. *Op. Cit.*

<sup>311</sup> Especula-se que este avião teria sido abatido por caças da força aérea norte-americana.

<sup>312</sup> POSNER, Richard A.. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 12.

políticos. A seguir serão comentadas as medidas legislativas adotadas na *guerra contra o terror*, bem como, as peculiaridades das prisões em Guantânamo.

It is difficult to remember what this nation was like before September 11, 2001. The date itself, now simply referred to as 9/11, represents more than the terrorist attacks on the World Trade Center and the Pentagon and the crashing of a fourth aircraft into a field in Somerset, Pennsylvania. It has come to represent the day that the United States fundamentally changed — when military-scale violence returned to our shores and when distant lands and different religions began to have far greater implications for the safety of those within our borders.

Those changes also altered the powers and authorities that the President would claim and use in the course of protecting the United States and its citizens. A “war on terrorism” was based on the premise that this form of attack on the United States required a different, more aggressive response than had been used in dealing with most of the United States’ historic dangers.<sup>313</sup>

#### 4.4.1 O Patriot Act

Três dias após os trágicos acontecimentos, o Governo dos EUA declarou Estado de Emergência através da *Proclamation* Nº 7463, 66 Fed. Reg. 48,199. Com esta medida o “...*Congress authorized the president to use ‘all necessary force’ against those responsible. On September 20, the president vowed to meet this threat by using ‘every resource at our command,’ including ‘every necessary weapon of war.’*”<sup>314</sup>.

Ato contínuo foi concebido o *Patriot Act: Patriot — Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, um pacote legislativo aprovado sem consulta popular e cujo fundamento consistiu na manutenção da ordem e da segurança. Desde então a mitigação de Direitos Fundamentais nos EUA foi legalmente assegurada.

*The final version of the PATRIOT Act that was passed into law was rewritten between midnight and 8 o'clock in the morning behind closed doors by a few unknown people, and it was presented to Congress for a one-hour debate and an up or down vote,” U.S. Rep. Peter DeFazio, D-Ore,’ said in a telephone interview from his Oregon office. “It was hundreds of pages long, and no member of Congress can tell you they knew what they were voting*

<sup>313</sup> HEYMANN, Philip B; KAYYEM, Juliette N. *Long-Term Legal Strategy Project for Preserving Security and Democratic Freedoms in the War on Terrorism*. At Harvard University. 2004. Disponível em: <<http://www.mipt.org/pdf/Long-Term-Legal-Strategy.pdf>> Acesso em: 19/07/2008.

<sup>314</sup> MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the abuse of Presidential Power*. New York: Simon & Schuster, 2006, p. 20.

*for in its entirety. It was time to be stampeded, and who wanted to be against the USA PATRIOT Act at a time like that*<sup>315</sup>.

Tal ato contém uma série de provisões que ampliam os poderes de investigação do Estado, restringindo regras constitucionais de privacidade firmadas pelo histórico das decisões da suprema corte americana. O objetivo deste trabalho não é tanto identificar pontualmente quais as provisões e como estas estão a anular direitos e garantias fundamentais, mas demonstrar que tal diploma se tornou um mecanismo para contornar as limitações do Estado frente aos cidadãos. Perceba-se que tais limitações são, por sua vez, um dos elementos da própria essência do Estado de Direito, enquanto integram o *Bill of Rights*.

O *Patriot Act* ameaça a ordem constitucional americana. Perceba-se que se trata de um diploma editado de forma legal, aprovado com uma ampla margem no congresso. Não obstante, está a fundamentar uma série de práticas que vão de encontro à própria tradição constitucional americana, demonstrando claramente indícios de um estado de exceção inconstitucional.

John Yoo ao tratar do tema destaca, entretanto, uma possível análise retórica sobre o *Patriot Act*, segundo a qual muito se recrimina a lei, sem que se aprecie efetivamente os precedentes históricos da mesma. Apesar das críticas contumazes, há alterações legislativas subseqüentes que a coonestam. Na exata lição do professor de Berkeley: *“It suggested the government might be poised to abridge civil liberties under the sheep’s clothing of patriotism. Its eventual reenactment suggested that the most scathing criticisms were more rhetorical than real.”*<sup>316</sup>

Para não incorrer no problema apontado, cumpre considerar o *Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 – FISA* – ato concebido como maneira de responder a ameaças nacionais que deveriam ser tratadas em segredo. Com esteio na inadequação do uso de procedimentos aplicáveis aos crimes comuns em caso de ameaças à segurança nacional e para fazer frente à espionagem, o FISA foi o

---

<sup>315</sup> PHILLIPS, Heather A. *Libraries and National Security Law: An Examination of the USA Patriot Act*. Progressive Librarian, Vol. 25, Summer 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=901266>> Acesso em: 15/06/2008, p. 28.

<sup>316</sup> YOO, Jonh. *War by Other Means*. An Insider’s Account of the War on Terror. New York: Atlantic Monthly Press, 2006, p. 74-75.

*“...primary tool to monitor and intercept the communications of national security threats, in the age of rotary phones, Ma Bell, and expensive air travel.”*<sup>317</sup>

Ele permitia que a quarta Emenda não fosse aplicável na consecução de mandados. Desta forma, não havia necessidade de indicar “causa provável” do cometimento de um crime pelo indivíduo sob investigação, bastava tão somente uma possível ligação do indivíduo com redes internacionais de terrorismo.

Assim, práticas diferenciadas de investigação entre crimes comuns e células terroristas já existiam desde o FISA. O *Patriot Act* cuidaria apenas de uma forma de atualizar as medidas já existentes aos novos tempos de viagens rápidas, telefones celulares e Internet.<sup>318</sup> Ademais teria ainda como proposta facilitar a comunicação e cooperação entre as agências norte-americanas: a CIA e o FBI. Mas este objetivo não foi alcançado.<sup>319</sup>

Não fosse apenas a velocidade da difusão das ameaças, há dificuldades adicionais nos interrogatórios de acusados de terrorismo. A *al-Qaeda* tem um manual de procedimentos e se utiliza do sigilo em suas operações. A identidade dos membros é resguardada, sobretudo, pela independência de cada célula. Quando o membro de uma célula é capturado, geralmente, recusa-se a falar. E mesmo que delate as atividades, só irá prejudicar o grupo do qual fazia parte, permitindo a continuidade das ações independentes.<sup>320</sup> Eis alguns fatos que demonstram a necessidade de subterfúgios tecnológicos a auxiliarem as autoridades.

O raciocínio de que há desigualdades entre crimes comuns e os cometidos por redes terroristas é válido. A atuação preventiva pode ser o diferencial para evitar ataques terroristas e salvar inúmeras vidas. Porém, o debate acerca dos limites de atuação é igualmente relevante. Sem a verificação destes o Estado de Direito pode se tornar um Estado de exceção inconstitucional que mais ameaça do que assegura seus cidadãos.

O *Patriot Act* prevê um conceito elástico de terrorismo, englobando atividades que originem atos perigosos à vida humana, que pretendam intimidar ou coagir a população civil para influenciar a política do governo, ou que visem alterar a conduta do governo utilizando-se de destruição em massa, assassinatos ou

<sup>317</sup> Ibidem, p. 71-72.

<sup>318</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>319</sup> CRETELLA NETO, José. *Terrorismo Internacional*. Inimigo sem rosto – Combatente sem Pátria. São Paulo: Millennium, 2008, Cap. V e VIII.

<sup>320</sup> MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the abuse of Presidential Power*. New York: Simon & Schuster, p. 20.

seqüestro. A amplitude da definição de terrorismo permite que as disposições do *Patriot* sejam vastamente utilizadas.

As disposições previstas em mais de 300 artigos permitem desde amplo acesso a dados de *e-mails* e ligações telefônicas sem autorização judicial individualizada à utilização da prisão como meio investigativo. Ademais, proíbe que os detidos tenham acesso particular ao advogado. O monitoramento de telefones e *e-mails* atinge mais a população civil que propriamente os envolvidos com terrorismo, sendo, por estes, crescente a utilização de *walkie-talkies* e comunicação por meios eletrônicos cifrados e enviados não pela internet, mas por mensageiros.

O malferimento ao *Bill of Rights* é enorme e o *Patriot Act* precisa ser revisto. Não obstante, a medida acabou por ser renovada e a permanência das medidas já se desvinculou há tempos do fato gerador inicial. Critica-se, assim, a prevalência dos meios de monitoramento sobre as previsões e garantias do *Bill of Rights*.

#### 4.4.2 A prisão norte-americana em Guantánamo Bay

Para compreender o que ocorre na prisão norte-americana situada em *Guantanamo Bay* importa considerar como pensa a Administração Bush. A idéia da luta contra o terror é o sustentáculo para teses que embasam os encarceramentos em Guantánamo. Tem-se consagrado nos Estados Unidos a versão de que a perseguição aos grupos terroristas, sobretudo ao al Qaeda, é uma verdadeira guerra. Diversas são as passagens, convém citar uma em particular:

I know that some people question if American is really in a war at all. They view terrorism more as a crime, a problem to be solved mainly with law enforcement and indictments. After the World Trade Center was first attacked in 1993, some of the guilty were indicted and tried and convicted, and sent to prison. But the matter was not settled. The terrorists were still training and plotting other nations, and drawing up more ambitious plans. After the chaos and carnage of September the 11th, it is not enough to serve our enemies with legal papers. The terrorists and their supporters declared war on the United States, and war is what they got.

- President George W. Bush, State of the Union, January 20, 2004.<sup>321</sup>

<sup>321</sup> ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*. New Haven & London: Yale University Press, 2006, p. 58.

Esta citação é especial porque concerne a ninguém menos que o próprio Presidente dos Estados Unidos. Fica claro que Bush incita a visão de guerra contra o terror.

No que toca a documentos, é válido transcrever um trecho do documento oficial do governo daquele país que traça as estratégias nacionais de combate ao terrorismo:

**America is at war with a transnational terrorist movement** fueled by a radical ideology of hatred, oppression, and murder. Our National Strategy for Combating Terrorism, first published in February 2003, recognizes that we are at war and that protecting and defending the Homeland, the American people, and their livelihoods remains our first and most solemn obligation. Our strategy also recognizes that the War on Terror is a different kind of war. From the beginning, it has been both a battle of arms and a battle of ideas.<sup>322</sup> (grifou-se)

Como se demonstrou a posição oficial do Governo norte-americano é que existe uma Guerra contra o terror. Daí porque, seria preciso adotar um tratamento diferenciado para os envolvidos neste processo.

A forma de tratar os acusados de participação das forças inimigas (neste caso, ligados ao terrorismo) não pode se limitar aos modos de persecução a criminosos ordinários. Em crimes comuns os acusados só podem ser detidos a título de punição.

No caso de guerra, as prisões voltam-se, sobretudo, para a idéia de retirar de combate os soldados, diminuindo as forças das tropas inimigas. Como se sustenta a aceção de guerra contra o terror, os terroristas seriam, assim, passíveis de detenção pelo simples fato de pertencerem ao lado oposto.<sup>323</sup>

Estabeleceu-se a necessidade de prisões para fazer frente às exigências da suposta guerra. Guantânamo surgiu porque *...the Administration needed a place to hold captured prisoners, just as in any war. But these are not like prison we built for captives in World War II, or Korea, or Vietnam.*<sup>324 325</sup>

<sup>322</sup> National strategy for Combating Terrorism. 2006. EUA. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/nsc/nsct/2006/nsct2006.pdf>. Acesso em 16/07/2008, p. 1.

<sup>323</sup> YOO, Jonh. *War by Other Means*. An Insider's Account of the War on Terror. New York: Atlantic Monthly Press, 2006, p. 129.

<sup>324</sup> MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the abuse of Presidential Power*. New York: Simon & Schuster, p. 17-18.

<sup>325</sup> De se observar que o autor Joseph Margulies embora critique os abusos de poderes do Presidente dos Estados Unidos aceita a idéia de guerra contra o terror.



John Yoo defende que os prisioneiros de Guantânamo seriam equiparáveis a prisioneiros de guerra, sujeitos, portanto tratamento diferenciado.<sup>326</sup> As exigências da nova ordem de ameaças terroristas no mundo globalizado que luta contra grupos organizados de terroristas justificaria as detenções. Entretanto alguns questionamentos devem ser elencados. O primeiro é: há guerra declarada? Segundo, se há uma guerra os prisioneiros são considerados como tais, isto é, estão albergados por Tratados Internacionais que prevêm a forma como devem ser tratados?

Cumpra a partir das respostas aos itens supracitados, tirar conclusões que serão a seguir comentadas. Quanto à primeira pergunta, a resposta é negativa. Não há uma guerra formal em andamento. Até porque para o conceito de guerra se concretizar seria preciso lidar com outro conceito: o de países soberanos. Os grupos terroristas não gozam de soberania. Há na realidade um conjunto internacional de pessoas que se ligam à causa, independente da nacionalidade e raça.

Yoram Dinstein conceitua guerra como:

...a interação hostil entre dois ou mais Estados, seja num sentido técnico ou material. A guerra no sentido técnico é o status formal produzido por uma declaração de guerra. A guerra no sentido material é gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito.<sup>327</sup>

Não obstante, o Governo norte-americano insiste em cogitar de uma guerra. A posição de John Yoo propõe o reconhecimento de um novo tipo de guerra contra um inimigo que não possui território nem população.<sup>328</sup>

Muito bem, neste caso, a resposta para a segunda questão alhures suscitada pode ser efetivada mediante outra indagação: se existe uma guerra e há prisioneiros porque aquele mesmo governo não se lhes aplica as disposições da Convenção de Genebra? Pois bem, apesar de bradar a idéia de guerra, as medidas reiteradas do Governo dos Estados Unidos “...confirmed the legal position the Bush administration adopted in January 2002 that Geneva did not apply to al Qaeda or to

<sup>326</sup> YOO, Jonh. *War by Other Means*. An Insider's Account of the War on Terror. New York: Atlantic Monthly Press, 2006, p. 129.

<sup>327</sup> DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. Tradução: MELLO, Mauro Raposo. 3 ed. São Paulo: Manole, 2004, p. 21.

<sup>328</sup> YOO, Jonh. *Op. Cit.*, p. 17.

*its allies, the Taliban, who were at best outlaw warlords in Afghanistan.*<sup>329</sup> John Yoo defende que:

What law applies to the September 11 terrorist attacks? Many characterize the atrocities as “acts of war” against the United States—suggesting that the “laws of war” apply. Of course, as a conceptual matter, this characterization is problematic because “war” traditionally involved formally-declared hostilities between sovereign states. The attacks nevertheless resemble “acts of war” in that they were: extraordinarily severe; orchestrated from abroad by an organized enemy; and directed against the United States as such. Critics of this view maintain that although the attacks constituted aggravated crimes (such as “crimes against humanity” or “international terrorism”), they do not implicate the laws of war.<sup>330</sup>

A justificativa para não utilizar a Convenção de Genebra é que ao novo tipo de inimigo representado pelas organizações terroristas internacionais não se aplicam leis criadas para guerras *civilizadas* envolvendo Estados soberanos. Nestas a população civil receberia tratamento diferente. Já no caso dos atentados terroristas não há um mínimo nível de tratamento humanitário nem mesmo com a população civil.<sup>331</sup> Os integrantes das redes terroristas se incluíam na noção de *inimigos combatentes*. Vistos como combatentes ilegais, portanto, não alcançados pela Convenção de Genebra.

Quanto aos cidadãos norte-americanos haveria possibilidade de utilizar as leis de guerra? Regrimentos de guerra só devem se aplicar em combates armados nos quais existe a figura do militar, exceto neste caso, o correto é a submissão a um júri. Louis Fisher se pronuncia sobre o tema:

Courts-martial marked an exception to Trial by jury of peers, but at least a court-martial required the government to set forth charges against an individual, assemble a body of officers to render a judgment, and follow written procedures for review. Moreover, a court-martial applied to soldiers, no civilians. Those standards would change fundamentally after the terrorist attacks of 9/11, when the Bush administration claimed that the military could hold U.S. citizens as “enemy combatants” and detain them indefinitely without charging them of specific crimes, offering legal counsel, or trying them in court.<sup>332</sup>

<sup>329</sup> YOO, Jonh. *War by Other Means*. An Insider's Account of the War on Terror. New York: Atlantic Monthly Press, 2006, p. 133.

<sup>330</sup> JINKS, Derek. *September 11 and the Laws of War*. Yale Journal of International Law. Vol. 28, 2003, p. 2.

<sup>331</sup> YOO, Jonh. *Op. Cit.*, p. 46.

<sup>332</sup> FISHER, Louis. *American Military Revolution Tribunals & to the Presidential War on Power Terrorism*. United States of America: University Press of Kansas, 2005, p. 5.

Porque Guantânamo, uma base norte-americana sediada em Cuba foi o lugar escolhido para abrigar estes prisioneiros na suposta guerra contra o terror? Bem, um dos motivos é que se tratava de um lugar já estabelecido, bem guardado, com toda a estrutura já preparada para atender a demanda. Não haveria maiores dificuldades logísticas.

Porém, o ponto principal para a opção reside em argumento que tanto impressiona pela inteligência como provoca certa repugnância. Trata-se de verdadeira subversão aos valores defendidos pelos direitos humanos.

Explica-se: um lugar fora dos EUA facilita a atuação do Governo sem a intervenção das Cortes norte-americanas. O *habeas corpus* é, simplificando, cabível em duas situações para cidadãos americanos ou para qualquer caso ocorrido no território dos EUA. Claramente a opção visou impossibilitar que estrangeiros alocados em Cuba como *detainees* gozassem do direito ao *writ*.

Isto foi feito a propósito. Mas como um Estado Democrático que se diz de Direito lida com estes fatos:

Since 9/11, the United States has opened approximately six hundred investigations into prisoner abuse. As of February 2006, ninety-eight prisoners had died in U.S. custody, and thirty-four of these deaths are being investigated by the military as suspected or confirmed homicides.<sup>333</sup>

Michael Winterbottom dirige o documentário *Caminho para Guantânamo* o qual relata a história de três ingleses muçulmanos de origem paquistanesa Shafiq, Ruhel e Asif presos em Guantânamo por 2 anos, sem qualquer acusação. Eles dão depoimentos acerca de três lugares em que ficaram alojados.

Primeiro no que chamam de prisão raio-X uma cela ao relento, só com cercas, deixando tudo visível. Eles só tinham direito a um cobertor, um balde para fazerem as necessidades fisiológicas e uma garrafa de água. Estavam expostos a insetos, cobras, tarântulas e escorpiões. A Prisão Delta é o mais próximo de uma prisão convencional, segundo os ex-prisioneiros pareciam um hotel cinco estrelas se comparada à ala raio-X. Por fim, uma cela solitária na qual os presos eram colocados de cócoras, tendo acorrentados os braços e pernas em um gancho no chão da sela. Durante todo o tempo não podiam falar com a família ou advogados. O transporte era feito em ônibus cobertos e, quando transportados não podiam olhar

---

<sup>333</sup> MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the abuse of Presidential Power*. New York: Simon & Schuster, p. 17.

pelas janelas. Havia 750 pessoas detidas, no mesmo período, das quais só 10 foram efetivamente acusadas.<sup>334</sup>

Não obstante o documentário citado ter notas dramáticas devido à própria proposta do filme, constitui forte indicativo das práticas abusivas ali perpetradas. Esse tipo de relato também tem sido veiculado na mídia no que toca aos outros prisioneiros.

Quanto aos métodos de interrogatório o que parece prevalecer é o fundamento de que é mais importante obter informações dos prisioneiros que seguir os tratados internacionais de direitos humanos. Assertiva que se depreende do seguinte trecho:

...U.S. military regulations explicitly prohibit torture and all forms of coercive interrogations. These regulations were written to comply with the Geneva Conventions, which were drafted to ensure that people captured during armed conflict are treated humanely. **If we followed the law, would we miss the chance to acquire valuable intelligence?**<sup>335</sup> (grifou-se)

O argumento é que a complexidade de estruturação das organizações terroristas exige que se adote o método de investigar que funciona como um mosaico sendo necessário que os investigadores juntem as peças obtidas em cada depoimento. Explica-se: em face da interdependência de cada célula terrorista um determinado integrante pode conter informações valiosas que nem ele pode mensurar. Cada indivíduo tem uma função micro que somente com a efetivação de toda a cadeia é que gera um determinado efeito. Assim, os agentes podem juntar peças de diversos suspeitos para desvendar uma ação terrorista<sup>336</sup>.

Posner entende que até mesmo a tortura pode ser justificada na luta contra o terrorismo. Não há lei que embase, porém, a *lei da necessidade* seria aplicável.<sup>337</sup>

Não obstante, em 2005 foi editado o *Detainee Treatment Act* – DTA – diploma legal que reduz, em alguns pontos, a atuação nos interrogatórios dos prisioneiros do *Department of Defense* – DOD – dentre suas disposições destaca-se a necessidade de aplicação do manual de interrogatórios e a proibição de tortura ou

<sup>334</sup> WINTERBOTTOM, Michael. *Caminho Guantánamo*. Documentário. 2006.

<sup>335</sup> MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the abuse of Presidential Power*. New York: Simon & Schuster, p. 20-21.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>337</sup> POSNER, Richard A.. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 12.

“*cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*” – “*CID treatment*”. A importância desta disposição é que se aplica a qualquer prisioneiro do Departamento de Defesa, mesmo que não esteja detido em território norte-americano.<sup>338</sup> Se o prisioneiro for da CIA não vigora a proibição da tortura ou CID. Daí a conclusão de que os avanços não foram assim tão amplos. Mas é forçoso reconhecer que o DTA trouxe um contributo relevante no que toca ao tratamento dos prisioneiros durante os interrogatórios.

Michael Byers noticia relatos de diversas tentativas de suicídio dos prisioneiros, pelo menos 30 teriam tentado<sup>339</sup>. Estes homens estariam motivados por quais razões? A resposta a esta pergunta não concerne especificamente a esta pesquisa, pois várias possibilidades, incluindo aspectos psicológicos, sociais e económicos poderiam ser a justificativa. Retorne-se, portanto, ao aspecto jurídico.

Os prisioneiros de Guantânamo não são criminosos comuns, não se sujeitando à Quarta Emenda à Constituição norte-americana. Não são prisioneiros de Guerra propriamente ditos, não se lhes aproveitando as disposições de Genebra.

Eles têm direito ao advogado? Ou eles simplesmente vagueiam à margem de proteção jurídica?<sup>340</sup> Quando se trata de guerra, o prisioneiro somente tem direito ao advogado quando as leis da guerra são violadas. Este é o entendimento do Governo norte-americano e tem prevalecido.

De se observar que teria sido o Tribunal de recursos da Inglaterra o primeiro a se pronunciar, alertando que a situação dos prisioneiros em Guantânamo seria “*juridicamente questionável*”, constituindo “*um buraco negro jurídico*”<sup>341</sup>.

Assim, não é a regra a submissão de casos envolvendo os prisioneiros em Guantânamo à Suprema Corte. Porém, alguns que chegaram a julgamento merecem ser trazidos à baila: *Rasul v. Bush*<sup>342</sup>, *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>343</sup> e *Boumediene v. Bush*<sup>344</sup>.

<sup>338</sup> SULEMAN, Arsalan M., *Detainee Treatment Act of 2005*. Harvard Human Rights Journal, Vol. 19, p. 257-265, Spring 2006, p. 259.

<sup>339</sup> BYERS, Michael. *A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado*. São Paulo: Record, 2007, p. 162.

<sup>340</sup> Idem.

<sup>341</sup> Expressões usadas por BYERS, Michael. *Op. Cit.*, p. 162.

<sup>342</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 542 U.S. 466, 2004. *Rasul v. Bush*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html>>. Acesso em 20/07/2008.

<sup>343</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 548 U.S. 557, 2006. *Hamdan v. Rumsfeld*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZS.html>>. Acesso em 20/07/2008.

<sup>344</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 553 U.S. \_\_\_, 2008. *Boumediene v. Bush*. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>>. Acesso em 20/07/2008.

Em *Rasul versus Bush* a Suprema Corte em votação de 6-3 fez prevalecer o posicionamento do Juiz John Stevens de que o sistema judiciário dos Estados Unidos teria jurisdição para os casos de aprisionamento de estrangeiros em Guantânamo. O argumento do Governo dos EUA para contestar a jurisdição é que Guantânamo não faria parte do território daquele país. O fundamento adotado pela Corte é que subsistira para os detidos pelo país o direito à verificação jurídica acerca da legalidade de sua detenção.

Em *Hamdan v. Rumsfeld*, a questão de Guantânamo foi novamente suscitada. A Suprema Corte julgou inconstitucional a pretensão do presidente Bush em criar tribunais militares *ad hoc* para julgar os prisioneiros naquela base militar.

Em face da decisão, o Congresso aprovou o *Military Commissions Act of 2006* determinando que a Suprema Corte não tem jurisdição sobre os acusados como “*enemy combatants*”. “Esta lei foi uma resposta direta à decisão da Suprema Corte que derrubou os planos do Governo Bush de limitar o julgamento destes prisioneiros a tribunais militares...”<sup>345</sup>. A posição adotada pela Suprema Corte em *Hamdan v. Rumsfeld* foi suplantada pela nova lei. Segundo esta, carece de jurisdição a Suprema Corte para os casos que envolvem combatentes inimigos.

Contudo, em 12 de junho de 2008 em *Odah v. United States* e *Boumediene v. Bush*, a Suprema Corte, por 5-4, decidiu que os prisioneiros de Guantânamo faziam jus ao *habeas corpus* uma vez que as disposições da MCA não atendem suficientemente os direitos garantidos na Constituição. Importa transcrever trecho deste precedente que pode auxiliar na defesa dos direitos humanos:

JUSTICE KENNEDY delivered the opinion of the Court.

Petitioners are aliens designated as enemy combatants and detained at the United States Naval Station at Guantanamo Bay, Cuba. There are others detained there, also aliens, who are not parties to this suit.

Petitioners present a question not resolved by our earlier cases relating to the detention of aliens at Guantanamo: whether they have the constitutional privilege of habeas corpus, a privilege not to be withdrawn except in conformance with the Suspension Clause, Art. I, §9, cl. 2. We hold these petitioners do have the habeas corpus privilege. Congress has enacted a statute, the Detainee Treatment Act of 2005 (DTA), 119 Stat. 2739, that provides certain procedures for review of the detainees’ status. We hold that those procedures are not an adequate and effective substitute for habeas corpus. Therefore §7 of the Military Commissions Act of 2006 (MCA), 28

U. S. C. A. §2241(e) (Supp. 2007), operates as an unconstitutional suspension of the writ. We do not address whether the President has authority to detain these petitioners nor do we hold that the writ must issue.

<sup>345</sup> GONDINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. *Notas sobre a Suprema Corte Norte-Americana*. In: Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 20, p. 41-59, 2007.

These and other questions regarding the legality of the detention are to be resolved in the first instance by the District Court.

(...)

**The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled;** and in our system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law. <sup>346</sup>(grifou-se)

A decisão prolatada em *Boumediene v. Bush* pode vir a se tornar um marco para a aplicação de um tratamento mais humanitário aos detidos pelo Governo norte-americano. De se observar que já há reações e que a escolha do próximo Presidente dos Estados Unidos também irá determinar os próximos acontecimentos naquele País.

#### 4.5 Posição da doutrina norte-americana atual

Cass Sunstein, Bruce Ackerman, Oren Gross, Richard Posner e John Yoo são autores que estão escrevendo sobre a temática dos poderes de emergência no contexto norte-americano pós-11 de setembro. Sunstein<sup>347</sup>, Ackerman e Gross procuram indicar meios de limitar a aplicação dos poderes públicos na luta contra o terror e minimizar os gravames aos direitos humanos. Já Posner e Yoo possuem uma visão diferenciada que parece propagar as idéias de exacerbação de poderes e restrição de direitos. Importa analisar cada um em separado.

Sunstein propõe que as medidas de emergência sejam adotadas segundo uma concepção minimalista. Os atos do Executivo, caracterizados por satisfazerem o estado de exceção, seriam objeto de dois tipos de controle: um prévio pelo Legislativo e outro posterior pelo Judiciário. Ao Legislativo caberia exercer poder de veto quando considerasse que um determinado ato do Executivo desrespeitaria o *Bill of Rights*, seria imediatamente afastado. No que toca ao Judiciário, dois pontos são colocados pelo proeminente professor da Universidade de Chicago. O primeiro seria em um viés procedimental correspondendo ao efetivo acesso ao Judiciário para toda pessoa atingida por conta da situação de emergência. O segundo se

<sup>346</sup> ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 553 U.S. \_\_\_, 2008. *Boumediene v. Bush*. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>>. Acesso em 20/07/2008, p. 68.

<sup>347</sup> David Dyzenhaus entende que as propostas de Sunstein, na realidade, causam danos ao *Bill of Rights*. "My concern is that Sunstein's minimalism is committed to a view of legality which not only permits the executive to claim that a system of arbitrary detention is one which operates under the rule of law, but also requires judges to endorse that claim." DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: University Cambridge Press, 2006, p. 48.

restringiria a um momento posterior, vinculando a decisão dos magistrados a uma decisão minimalista.

O julgamento com esteio nas doutrinas minimalistas atenderia melhor às situações de emergência por deixar em aberto pontos tangenciais, desta forma, sem vincular futuras decisões. Para Sunstein juízes minimalistas “...*want to say and do no more than necessary to resolve cases...*”<sup>348</sup>. Assim, eles se restringiriam aos pontos imprescindíveis evitando retirar ou ampliar os poderes do Executivo através das decisões. No sistema de *common law* do judiciário norte-americano a existência de *leading cases* é determinantes. Por isso, quanto menor a ingerência a partir da postura minimalista melhor para momentos de emergência.

Ackerman explica que o contexto dos EUA de luta contra o terror não configura guerra. Por outro lado, não pode ser afastado através do sistema criminal comum. Trata-se de uma emergência que ser superada necessita de novo regramento. Ele suscita o debate público, medidas no âmbito do Legislativo e uma atuação expressiva do Judiciário. A lógica é que os *checks and balances* podem, quando do incremento dos poderes do Executivo, fazer a diferença entre a garantia aos direitos humanos ou o seu afastamento.

O professor da Universidade de Yale no livro “*Before the next attack*”<sup>349</sup> destaca o que deve ser feito no âmbito do país ameaçado por ataques terroristas para que, mesmo diante de situações de emergência, as liberdades individuais sejam asseguradas. Ackerman contribui com a temática da limitação de poderes em tempos de exceção, sugerindo um incremento do papel do Judiciário aliado a quóruns diferenciados para aprovação das medidas pelo Congresso. Para o autor, importa que as medidas de emergência tenham curta duração de forma que haja uma vinculação ao fato que as gerou.

Dentre as medidas que prevê está a *supermajoritarian escalator* consistindo em um incremento no quórum para aprovação pelo Parlamento de sucessivas medidas de emergência. Funciona da seguinte forma: após uma situação de crise e a adoção de um estado de exceção é necessária a renovação periódica pelo Legislativo para que as medidas continuem vigentes. A cada dois meses o

<sup>348</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Minimalism at War*. In: The Supreme Court Review. p. 47-109, 2004, p. 47.

<sup>349</sup> ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*. New Haven & London: Yale University Press, 2006.



quórum subiria, respectivamente, para 60%, 70% e 80%.<sup>350</sup> Ora, a dificuldade para aprovação não seria um problema se persistisse a necessidade, por outro lado, caso já tivesse cessado a ameaça os poderes exacerbados não se manteriam. Ter a maioria no Congresso não garantiria que o Presidente tivesse acesso aos meios de emergência, pois as minorias também exerceriam papel decisivo.

Segundo o autor, o papel do judiciário é imprescindível para conter abusos no âmbito do estado de emergência. Ele aponta os juízes como guardiões cuja importância é acrescida na mesma proporção dos abusos perpetrados pelo Executivo no exercício dos poderes excepcionais.

O posicionamento de Ackerman<sup>351</sup> pode ser bem resumido na seguinte assertiva: “...we must reject the presidentialist logic of the war on terrorism and creatively bulk upon our system of checks and balances.”<sup>352</sup>

Oren Gross escreve sobre as abordagens em momentos de emergência. Segundo o autor, o “Business as Usual” e o “Accommodation” dois modelos comumente adotados em momentos de crise não respondem de forma eficaz aos desafios que o tema representa, sobretudo após o 11 de setembro. Ele sugere o “Extra-Legal Measures model” que nada mais é do que a adoção de medidas extra-legais sujeitas a uma ratificação posterior.<sup>353</sup>

No “Business as Usual”, os tempos de crise são enfrentados de acordo com as leis vigentes, não sendo preciso alterá-las em virtude de situações excepcionais. O autor acredita que este modelo não é capaz de assegurar uma resposta viável em tempos de terrorismo. Quanto ao modelo da Acomodação o qual prevê o uso das medidas diferenciadas em estados de exceção, de forma que, o Chefe do Executivo tem os seus poderes majorados; a crítica recai sobre a extensão e a ausência de controles. Este modelo teria ligação com a máxima: da *necessidade faz a lei*.

Segundo o autor, o modelo de Medidas extra-legais seria o mais viável em tempos de emergência dada as necessidades que este fixam. A idéia central do

<sup>350</sup> ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*. New Haven & London: Yale University Press, 2006, p. 80.

<sup>351</sup> O autor não está isento de oponentes, Adrian Vermeule, professor da Universidade de Direito de Harvard faz severas críticas ao livro de Ackerman em: VERMEULE, Adrian. *Self-Defeating Proposals: Ackerman on Emergency Powers*. University of Chicago, Public Law Working Paper Nº. 122, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=890651>> Acesso em: 24/07/2008.

<sup>352</sup> ACKERMAN, Bruce. *Op. Cit*, p. 174.

<sup>353</sup> DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: University Cambridge Press, 2006, p. 50.

modelo é ligada à assertiva: “*To do a great right, do a little wrong.*”<sup>354</sup>. As autoridades poderiam agir, independente de prescrição legal para resguardar o Estado e os cidadãos, sendo ratificadas as condutas, posteriormente, pelo Legislativo. Assim, a violação à lei ocorre apenas temporariamente. Caso não se verifique a ratificação, as autoridades estariam sujeitas a reparar danos causados, inclusive respondendo na esfera criminal. O modelo das medidas extra-legais exige uma exata diferenciação entre tempos de emergência e de normalidade, aplicando-se somente na ausência desta.

Sendo assim, o modelo oferecido por Oren Gross é o modelo de *medidas extra-legais*, que combina as forças dos dois modelos anteriores [Business as Usual e Accommodation]: permite a manutenção das leis, enquanto as alimenta com mecanismos de escape bem circunscritos e definidos. Como o nome diz, a extralegalidade significa atuar sem o respaldo da lei, mas somente em casos apropriados, para preservar, e não minar o Direito estatal como acontece com a constante adaptação das leis às cada vez maiores necessidades das situações emergenciais, que termina por gerar uma grande incerteza jurídica.<sup>355</sup>

Já Richard Posner é mais adepto ao que concerne à segurança quando se trata de tempos de emergência. Aceita o incremento dos poderes do Governo mesmo que isto represente a diminuição dos direitos humanos:

It would be odd if the framers of the Constitution had cared more about every provision of the Bill of Rights than about national and personal survival. In times of danger, the weight of concerns for public safety increases relative to that of liberty concerns, and civil liberties are narrowed. In safer times, the balance shifts the other way and civil liberties are broadened. Civil libertarians disagree with this method of determining the scope of civil liberties.<sup>356</sup>

No livro: “*Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of Emergency*” publicado em 2006, Posner defende que não é tempo de baixar a guarda e que mesmo com a diminuição dos riscos dada a campanha norte-americana contra o grupo al Qaeda os perigos remanescem justificando-se o debate acerca de

<sup>354</sup> Conselho de Bassanio para Portia na obra de Shakespeare em “O Mercador de Veneza” in: GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises. Emergency Powers in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 112.

<sup>355</sup> FERREIRA, Daniel Brantes. *Ackerman, Sunstein e Gross: Arcabouço Teórico para Situações de Emergência Pós 11/09*. In: PERSPECTIVAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. VIEIRA, José Ribas (coord.). P. 135-153. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142-143.

<sup>356</sup> POSNER, Richard A. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 9.

medidas de emergência e em que nível os direitos podem variar para permitir a garantia de segurança.<sup>357</sup>

R. Posner coonesta a posição de David Hume para quem: *“The safety of the people is the supreme law: All other particular laws are subordinate to it, and depend on it...”*<sup>358</sup> Para Richard Posner as medidas do *Patriotic Act* são constitucionais, exceto aquela que negava o direito ao *habeas corpus* aos cidadãos americanos. Considera ainda que os estrangeiros, estes sim, não estão sob a jurisdição da Suprema Corte, cabendo o *due process of law* apenas em sede de tribunais militares.<sup>359</sup>

O seguinte trecho da obra de Richard Posner deixa óbvia a postura do autor na crítica à prevalência de direitos individuais sobre o direito à segurança:

Civil libertarians neglect a genuine lesson of history: that the greatest danger to American civil liberties would be another terrorist attack on the United States, even if it was on a smaller scale than the 9/11 attacks—but it could be on the same or even a much larger scale. (...) But the relevant question is not whether curtailing civil liberties imposes costs, to which the answer is obvious; it is whether the costs exceed the benefits. Civil libertarians tend to exaggerate the costs (how many innocent U.S. citizens in a population of 300 million have experienced real hardship as a result of the post-9/11 security measures?) and to ignore or slight benefits.<sup>360</sup>

O filho de Richard Posner, Eric Posner também se posiciona a favor da conduta do governo Bush, no artigo em co-autoria com John Yoo, autor que será mencionado a seguir, destacam: *“Criticisms of the Patriot Act as unconstitutional and as a danger to individual rights are unfounded. Any marginal reduction in peacetime liberties entailed by the act seems to be a reasonable price to pay for an important weapon in fighting al Qaeda and other terrorists.”*<sup>361</sup>

Yoo, como foi abordado no item 4. 4. 2, é adepto da noção de guerra contra o terror propagada pelo Governo norte-americano. Além de defender as práticas levadas a efeito, entende inaplicáveis os regramentos do *Bill of Rights* como o direito ao silêncio e a representação por advogado. Avalia correta a não aplicação

<sup>357</sup> POSNER, Richard A. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 2-3.

<sup>358</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 49-51.

<sup>361</sup> POSNER, Eric; YOO, John. *The Patriot Act under Fire*. In: AEI Online, Washington, December 1, 2003. Disponível em: < [http://www.aei.org/publications/pubID.19661/pub\\_detail.asp](http://www.aei.org/publications/pubID.19661/pub_detail.asp) >. Acesso em: 25/07/2008.

das disposições do Tratado de Genebra aos supostos membros da al Qaeda. E defende, em documentos oficiais, a tortura como meio de interrogar os acusados, supostamente ligados ao grupo de Osama Bin Laden. Yoo considera que a atuação do Presidente como *Commander-in-Chief* o autoriza a decidir se os Estados Unidos devem responder com forças militares e que tipos de armas devem ser usadas contra os grupos terroristas.

Em recente artigo intitulado “*The Supreme Court Goes to War*”<sup>362</sup> Yoo critica a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Boumediene v. Bush* que permitiu o acesso de estrangeiros àquela Corte. Segundo Yoo falece jurisdição ao judiciário para resolver detenções de guerra. Caberia ao Presidente e ao Congresso determinar os procedimentos para que prisioneiros pudessem apelar de sua detenção.

Eis o cenário norte-americano: efervescente. As idéias de sobrepor segurança à liberdade são persistentes e têm prevalecido no que toca ao Executivo norte-americano. Entretanto, o papel do Judiciário, que é apontado pela doutrina como fundamental, tem, na prática, confirmado a teoria, servindo como contrapeso nesta multicitada balança entre direitos fundamentais e segurança.

#### 4.6 Análise crítica: EUA x WEIMAR

O contraponto entre Alemanha na era Weimar e os Estados Unidos na era Bush se impõe por conta do aumento das discussões sobre estas duas realidades. Cada vez mais se busca traçar um paralelo, sobretudo advindo da noção de soberania proposta por Carl Schmitt.

Existiria, hoje, um estado de exceção semelhante ao que sucedeu à Constituição de Weimar, quer dizer, Hitler teve o poder entregue e como ato contínuo “revogou” todos os dispositivos da Constituição de Weimar relativos aos direitos individuais. O *Patriot Act* que sucedeu os atentados de 11 de setembro e trouxe previsão de *flexibilização* dos Direitos Individuais poderia ser visto sob ótica diversa da vivida na Alemanha no III Reich?

É certo que depois da derrota alemã na Primeira Grande Guerra as práticas contra os Direitos Humanos, então perpetradas, foram identificadas como um total absurdo, sob o comando de Hitler, mas alguns pontos devem ser

<sup>362</sup> YOO, Jonh. *The Supreme Court Goes to War*. In: AEI Online, Washington, Jun, 2008. Disponível em <[http://www.aei.org/publications/pubID.28147,filter.all/pub\\_detail.asp](http://www.aei.org/publications/pubID.28147,filter.all/pub_detail.asp)> Acesso em: 26/07/2008.

ponderados. Tivesse a Alemanha, saído vitoriosa todas as atrocidades cometidas teriam sido execradas ou aclamadas? A população alemã, inclusive, apoiava as investidas nazistas, um dos grandes motivos era a propaganda governamental maciça de justificação do regime e de suas práticas.

Da flexibilização dos Direitos Humanos, chegou-se a um Estado totalitário. Mas a História não é contada pelo vencido. Se o desfecho da Guerra fosse diferente seriam diversas as conclusões acerca dos métodos ali utilizados?

A idéia aqui não é defender o nazismo, de forma alguma, mas fazer uma reflexão do que ocorre nos EUA, pois a verdade é que este país não tem sido propriamente o vencido nas disputas em que participa. A idéia também não é defender o terrorismo nem seus métodos, mas discutir até que ponto a flexibilização dos Direitos Humanos tem sido levada a efeito como consequência da política antiterror. O que garante que em alguns anos a política pela segurança norte-americana não vai ultrapassar limites como ocorreu na Alemanha. Quem assegura se os contornos do Estado de Direito já não sofreram irreversíveis danos. Como dito alhures, Hitler não deu nenhum golpe de Estado, chegou ao poder por meios legítimos, surgiu de uma Constituição referência no tocante aos Direitos Sociais. “Weimar nos ensina a respeito da gravidade de os mecanismos de equilíbrio entre os poderes na terem sido acionados de forma eficaz desde as primeiras decretações das medidas de emergência, no início dos anos 20.”<sup>363</sup> Esta é uma lição histórica que não pode ser ignorada.

Schmitt destacava, antes da ascensão nazista:

Ao Estado como uma unidade essencialmente política pertence o *jus belli*, a possibilidade real de num dado caso, determinar, em virtude de sua própria decisão, o inimigo e combatê-lo. Com que meios técnicos a luta será travada, que organização das forças armadas existe, quais são as perspectivas de vencer a guerra, é aqui indiferente, enquanto o povo unido politicamente estiver pronto a lutar por sua existência e sua independência, sendo que ele mesmo determina, em virtude de decisão própria, em que consiste sua independência e sua liberdade.<sup>364</sup>

Peter Caldweel faz o link entre Weimar e EUA contemporâneo:

<sup>363</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

<sup>364</sup> SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p.71.

The problem of popular sovereignty and its relationship to constitutional law, at the heart of the dispute between Schmitt and Kelsen, reappears regularly in debates in the United States over the legitimacy of government actions, court decisions, and the role of the federal government in state politics. (...) (...) These tensions have not been absent from the constitutional history of the United States, and they have in no way disappeared at the end of the twentieth century.<sup>365</sup>

Elegeu-se um inimigo e na ânsia deste combate ao terrorismo, sob os auspícios de uma necessidade de segurança nacional, têm sido determinados atos contrários ao Estado de Direito. O Estado de exceção tornou-se permanente?

E, sempre há uma justificação pronta para as práticas. Desde monitorar as telecomunicações aos casos de tortura em interrogatórios. Nos EUA, melhor dizendo, pelos EUA, toda sorte de abusos é cometida com esteio em atos legitimamente proclamados sob o argumento do terror. O totalitarismo do III *Reich* também se instaurou a partir de atos legítimos. A questão é até que ponto irá o *Patriot Act* e os congêneres?

Percebe-se que o *Patriot Act* não redunde só num movimento de restrição de direitos, nele se preconiza a idéia de uma segurança absoluta e acima de tudo, em detrimento dos *civil rights* tão louvados na história Americana. Segundo a tradicional *American Civil Liberties Union*<sup>366</sup> o período desde o 11 de setembro já é considerado o de maior perda de garantias individuais da história dos Estados Unidos.<sup>367</sup>

**Nos Estados Unidos, a amplitude do recuo democrático é espantosa. Através de um estado de exceção não-declarado, mas efetivo, o governo Bush procede à demolição sistemática da ordem constitucional.** Governar por decretos secretos e decisões presidenciais arbitrárias tornou-se uma prática normal do Estado, como atestam as revelações cotidianas sobre a tortura, a existência de um arquipélago de

<sup>365</sup> CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997, p. 10-12.

<sup>366</sup> Vide [www.aclu.org](http://www.aclu.org) – site da *American Civil Liberties Union*.

<sup>367</sup> Em sentido contrário: POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. *Accommodating Emergencies* University of Chicago, Public Law Working Paper nº. 48, September, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441343>>. Acesso em: 25/07/2008, p. 15: “To know whether the Bush administration would behave with greater respect for civil liberties than the administrations of Lincoln, Wilson, or Roosevelt, we would have to observe similar conditions; and we do not. Would the Bush administration show as much restraint if enemy troops were within a short train ride of Washington (Lincoln), if Europe exploded in armed struggle (Wilson), or if an American fleet had been wiped out by the surprise attack of a foreign state (Roosevelt)? It is not hard to imagine, even today, that civil liberties would be extensively abridged in such circumstances. These are counterfactual speculations, but the libertarian ratchet itself rests on a counterfactual speculation—that current administrations would behave with more restraint than past ones, given like conditions.”

prisões secretas e as operações não legais de espionagem interior.<sup>368</sup>  
(grifou-se)

O sentimento naquele país é de que a melhor forma de combater práticas terroristas é pelo fortalecimento das instituições democráticas. Segundo Kim Lane Scheppele<sup>369</sup>: “...many of America’s allies have seen 9/11 not as a moment when the rule of law should be suspended, but precisely a moment when the rule of law needs to be strengthened.”

A perpetuação das medidas previstas no *Patriot Act* revela um problema adicional. Legislações de emergência quando passam a vigor por tempo indeterminado passam a ter seu campo de alcance dilatado, abrangendo situações que, inicialmente, não estavam previstas. Este alargamento exacerbado atenta contra a essência das medidas de um estado de exceção que, a rigor, devem ter uma limitação no tempo e uma vinculação ao fato causador, servindo para resolver questão pontual.

Flávia Piovesan alerta:

No cenário pós- 11 de setembro, o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdades e garantias, sob o clamor da segurança máxima.  
Basta atentar à doutrina de segurança adotada nos EUA, pautada: a) no unilateralismo; b) nos ataques preventivos; e c) na hegemonia do poderio militar norte-americano. (...)<sup>370</sup>

O *Patriot Act* se traduz num forte indício de uma forma de subtrair da Constituição Americana parte de sua eficácia, afastada em prol da segurança nacional. De certo modo, o que aconteceu nos Estados Unidos foi a decretação de um estado de exceção que não foi formalmente anunciado, mas que em pouco tempo se consubstanciou numa prática incorporada ao dia-a-dia do povo americano. Trata-se de algo que não se vislumbrou quando Hitler ascendeu ao poder, mas que acabou se concretizando na época do Nazismo.

Porém, diferentemente do *Reich* que pretendeu estender sua visão através de expansão militar, os EUA possuem métodos ainda mais efetivos para

<sup>368</sup> GOLUB, Philip S. *Eclipse da democracia*. Tradução: Carolina Massuia de Paula. Disponível em: <<http://diplo.uol.com.br/2006-09,a1396>> Acesso em: 23/07/2008.

<sup>369</sup> Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, p. 1001-1083, p. 4.

<sup>370</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. *Um Estudo Comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 16.

disseminar sua posição. Trata-se do poderio político, econômico e cultural no cenário internacional.

Os EUA têm pressionado a comunidade internacional como um todo para que sejam tomadas medidas globais contra o terrorismo.

Since 9/11, the Bush administration has repeatedly invoked its ability to make exceptions to normal legality to cope with the terrorist threat in domestic policy through increasing invocation of military rationales for its actions. The commander-in-chief powers that have been invoked by the President have had the effect of un-dermining both separation of powers and individual rights at home. In foreign policy, the Bush administration acted as though 9/11 created the basis not only for a national state of emergency, but also an *international* state of emergency that requires other countries to make exceptions to both interna-tional law and their constitutional orders. The United States, as a result, has urged its allies to compromise their constitutional and international commitments to meet the new threat.<sup>371</sup>

A resolução 1373 de 2001 do Conselho de Segurança das Nações Unidas prevê a adoção de medidas para prevenir e punir atos terroristas. Foi criado o Comitê contra o Terrorismo (Counter-Terrorism Committee - CTC) para o fiel cumprimento da referida resolução.

A Organização dos Estados Americanos, OEA, em junho de 2002, adotou a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, com objetivo de prevenir, combater, punir e eliminar os atos desta natureza. A Convenção entrou em vigor internacional em 10 de julho de 2003 e, para o Brasil, em 24 de novembro de 2005.<sup>372</sup>

As disposições previstas nestes documentos merecem uma análise verticalizada no tocante ao emprego de instrumentos de possível malferimento aos direitos fundamentais. Saliente-se que o terrorismo, por não conhecer fronteiras e tratar de indivíduos que tem por objetivo destruir a existência dos Estados, não se amolda a teorias clássicas de conflitos entre Estados.

O terrorismo é efetivamente uma ameaça global. Num paralelo com os paradigmas tradicionais, seria necessário um estado de exceção global para lidar com a questão. Esse estado de exceção global, por sua vez, pressupõe a existência

---

<sup>371</sup> SCHEPPELE, Kim Lane, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, p. 1001-1083, p. 7; ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, p. 3.

<sup>372</sup> Decreto Legislativo nº 890, de 1º de setembro de 2005, do Congresso Nacional.



de uma “entidade política global” ou até mesmo de uma “ordem constitucional global”. Daí porque o conceito de soberania está sendo revisto.

Por ser uma ameaça difusa no mundo e ter essa característica peculiar, o terrorismo demandaria uma reação conjunta, o que se vislumbra nas intensas pressões internacionais que os EUA tem feito, especialmente nos países aliados, para adotarem padrões de segurança similares. Os padrões sugeridos desrespeitam os direitos humanos. Nesse sentido:

Parece claro que o desenvolvimento legislativo internacional sobre o tema do terrorismo – e, por consequência, a prática dos Estados e das organizações internacionais vem levando à formação de dois blocos distintos.

Embora não exatamente antagônicos, as duas posições divergem substancialmente quanto à ênfase que dão aos elementos que interferem no trato da questão.

Assim, que, para os que se filiam à linha Conselho de Segurança das Nações Unidas a tônica encontra-se no aperfeiçoamento dos mecanismos de segurança pública e na cooperação judiciária, pondo à sombra, por vezes, os direitos e garantias fundamentais.<sup>373</sup>

Essa, por assim dizer, paranóia por segurança e este Estado de exceção em moldes americanos extravasa as fronteiras daquele país. Diversos países inspirados pelo precedente americano estão a flexibilizar ainda mais as garantias constitucionais para lidar com seus próprios problemas de “terrorismo”. Apenas para citar alguns exemplos: a Espanha e os separatistas bascos; a Irlanda e o IRA; Israel e os palestinos.

#### **4.7 Estado de Direito x estado de exceção: a posição dos direitos fundamentais**

Existe possibilidade de coexistir o Estado de Direito e o estado de exceção? Óbvio que a vigência de um estado de exceção pressupõe a afetação de alguns aspectos do Estado de Direito, porém o ponto central a se investigar é se este necessariamente sucumbe quando aquele se opera.

Entende-se que é viável a manutenção de um Estado de Direito durante a vigência de um Estado de exceção. Esta não é, entretanto, uma realidade fácil de

---

<sup>373</sup> WEIS, Carlos. *O Tratamento Legislativo do Terrorismo no Brasil em Face dos Direitos Humanos*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 6, vol. 6, n. 6. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. P. 31-44, 2005. Anual, p.40.

ocorrer. Os contornos do Estado de Direito sofrem sérios abalos quando da adoção de um regime emergencial. Para que aquele subsista considera-se basilar uma proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Existe um movimento pela internacionalização do estado de exceção. O que, todavia, ainda não se desenvolveu de forma global. Importante, portanto, que os países firmem tratados e estabeleçam limites à flexibilização dos Direitos Humanos em condições de exceção. Inclusive, apontando formas de apurar a responsabilidade dos regimes que os desrespeitarem.<sup>374</sup>

Historicamente, restou demonstrado que, a partir do enfrentamento de situações de emergência, o Estado vigente tende a ser substituído por uma nova ordem, a exemplo da ascensão do nazismo na República de Weimar.

Quanto aos Direitos humanos, eles “...*incorporam uma relevante dimensão à ordem jurídica, exigindo do Estado e da sociedade em geral a adoção de um tratamento digno em relação a cada pessoa humana.*”<sup>375</sup> Muito se discute até que ponto pode haver a prevalência do interesse público sobre os direitos fundamentais do particular. É certo que esta discussão é travada no que toca aos períodos de normalidade. Mas as premissas colocadas para estes períodos podem também ser transportadas para períodos de exceção, lembrando que a idéia destes é retomar o Estado de Direito.

Aceitar um afastamento dos direitos fundamentais por conta do estado de exceção configura a efetivação da máxima “os fins justificam os meios”. Vale justamente questionar: eles justificam? Se a resposta for afirmativa a discussão do presente trabalho é inócua, sendo cabível, por exemplo, consentir na integralidade com as práticas perpetradas atualmente pelo Governo Bush. Por outro lado, se os fins não justificarem os meios, a sociedade não pode admitir que o período de exceção se torne inconstitucional em razão de uma manifesta violação aos direitos humanos..

Segundo Canotilho:

---

<sup>374</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1998, p. 268.

<sup>375</sup> SARMENTO, Daniel. *Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 267-324, p. 268.

**...o Estado de direito transporta princípios e valores materiais razoáveis para uma ordem humana de justiça e paz.** São eles: a liberdade do indivíduo, a segurança individual e colectiva, a responsabilidade, a responsabilidade e **a responsabilização dos titulares do poder**, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.<sup>376</sup> (grifou-se)

Pergunta-se: se ausentes estes valores, o Estado de Direito ainda pode ser considerado como tal? A resposta que se impõe é a negativa. Se um Estado de Direito apresenta-se revestido apenas formalmente desta roupagem, mas em seu âmago se despe dos fundamentos que o embasam não poderá mais ser qualificado como “de Direito”.

Um Estado de Direito pode, sim, ser submetido a condições extremas e manter seus preceitos basilares. Para tanto, sugere-se como ponto de partida a conformação das medidas de emergência adotadas com o amparo aos direitos humanos, ainda que este se dê no que toca apenas a um núcleo mínimo de direitos a serem protegidos.

Rui Barbosa em 1892 já atentava para a importância do tema:

Reconhecem todos os publicistas, e todos os homens de Estado reconhecerão que a faculdade de suspender as garantias constitucionais é a mais temerosa, das que e podem confiar ao poder.

(...)

Claro está, pois que, na constituição onde se autoriza essa intercepção da ordem constitucional, os requisitos postos ao exercício deste arbítrio perigosíssimo hão de entender-se sob a interpretação mais limitativa.<sup>377</sup>

Eros Roberto Grau, por sua vez, explica:

**A situação de exceção, embora não prevista pelo direito positivo [= pelas normas], há de ser decidida em coerência com a ordem concreta da qual a Constituição é a representação mais elevada** no plano do direito posto. Esta ordem concreta é anterior ao *direito posto* pelo Estado. Arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nomos*.<sup>378</sup> (grifou-se)

Convém, portanto, resgatar das teorias de direitos humanos o que vem a ser o mínimo existencial necessário para que, pelo menos neste tocante, um Estado

<sup>376</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 21.

<sup>377</sup> BARBOSA, Ruy. *O estado de sítio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*. [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1892, p. 165.

<sup>378</sup> GRAU, Eros Roberto, Apresentação In: SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradutor: Elisete Antoniuk. Apresentação: Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

de Direito submetido a situação de exceção, mantenha seus compromissos constitucionais indeclináveis.

Ressaltando a necessidade de garantia de tais direitos, Norberto Bobbio assim se manifesta:

Não está em saber quais, quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos; mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados<sup>379</sup>.

Esta máxima é perene e se exigível num estado de normalidade, com maior necessidade, apresenta-se em estados de exceção.

Não se pretende sustentar que os direitos humanos figurem como único recurso para divisar um Estado de Direito que vivencia um estado de exceção e um estado de não direito. A duração das medidas e os sistemas de controle possuem papel relevante. Mas diante, do desrespeito recente e reiterado aos direitos humanos e da falta de compromisso com o tratamento humanitário é que se vislumbra, neste viés, o que precisa ser discutido.

Acerca das demais medidas, convém citar Marcelo Tavares, que indica parâmetros a serem utilizados para que seja mantido o Estado de Direito em uma situação de emergência. Quais sejam: 1) discriminação de atribuições; 2) temporariedade; 3) respeito ao objetivo; e, 4) controle de poder e proteção aos direitos individuais.<sup>380</sup>

Inegável a exigibilidade das medidas supra apontadas. Anote-se que “...la lucha contra el terrorismo pone en peligro el equilibrio entre la necesidad de la legislación de emergencia y el respeto de los derechos humanos.”<sup>381</sup> Razão pela qual a exigibilidade de proteção aos direitos humanos se impõe e deve ser cobrada pela sociedade civil. Corroborando esta linha de raciocínio Jeffrey Davis destaca a importância dos direitos humanos:

Human rights refers to the inalienable international legal, moral, and political norms that protect the personal integrity, basic equality, political and social

<sup>379</sup> BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

<sup>380</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 74-83.

<sup>381</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 802, p. 801.

identity, and participation of all people. 'Human rights are universal: they belong to every human being in society. They include those "benefits deemed essential for the individual well-being, dignity, and fulfillment, and that reflect a common sense of justice, fairness and decency."<sup>382</sup>

Um estado de exceção fundado na concepção de Schmitt é o proposto atualmente pelo Governo Bush. Existem críticas ao redor do mundo às práticas pós 11 de setembro. Acredita-se que momentos de crise devem ser combatidos não com a suspensão das garantias, mas com a elevação destas. O compromisso constitucional deve ser reafirmado através de práticas que sobrelevem a dignidade da pessoa humana.

Três tipos de restrições são possíveis no que toca aos direitos humanos: as expressas na Constituição, as legais autorizadas pela Constituição e as constitucionais não expressas. Esta classificação é válida em tempos de normalidade, subsistindo tais modalidades em tempos de crise. Em alguns países, como o Brasil, existe previsão na própria Carta Magna de direitos a serem flexibilizados quando do estado de sítio ou do estado de defesa. Pode-se, portanto, afirmar que as restrições aos direitos fundamentais, nas situações que evocam um dos dois institutos, pertencem à categoria de expressas ou dependentes de leis autorizadas previstas na Constituição.

Em ordenamentos de outros países ou mesmo em situações não englobadas pelo estado de sítio ou de defesa, no caso do Brasil, as restrições realizadas em tempos de exceção estarão inseridas no grupo de restrições não expressas. Será mera decorrência da necessidade estatal de sobreviver a uma situação anormal.

Segundo a teoria do núcleo essencial:

...há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal e que ainda exige prestações estatais positivas (...). Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.<sup>383</sup>

<sup>382</sup> DAVIS, Jeffrey. *Justice Across Borders: The Struggle for Human Rights in U.S. Courts*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

<sup>383</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 266 e 267.

Este núcleo essencial, na concepção subjetiva do objeto, deve ser respeitado pela Administração, mesmo na vigência do estado de exceção. Existe uma aparente contradição no posicionamento suscitado. Ora, tornar-se-ia idêntica a proteção aos direitos humanos em tempos de normalidade e tempos de exceção, uma vez que em ambos é cabível a aplicação da teoria do núcleo essencial?

Na realidade a inconsistência é só aparente. Em casos de exceção também é cabível aplicar a idéia do núcleo essencial, mas esta será redimensionada para atender o contexto da emergência. Um exemplo é o direito de liberdade na Carta norte-americana, que existe tanto na normalidade como na emergência, porém, os meios processuais que o resguardam são diferenciados, pois a possibilidade de *habeas corpus* pode ser suspensa. Durante períodos normais o *writ* integra o núcleo mínimo, já na exceção não pode mais ser exigível, isto não significa a exclusão total do direito de liberdade, sendo viável pleiteá-la, porém de outras formas.

As recentes exigências quanto à dignidade da pessoa humana, no confronto da sua aplicação específica ao estado de exceção, têm frisado, no entanto, a existência de um *conjunto mínimo de direitos fundamentais insusceptíveis de suspensão*, precisamente em nome da sua importância transpositiva, genericamente corporizada pela dignidade da pessoa humana. (...) Assim se desenharia uma área de *reserva de Direito*, da qual nem mesmo o poder constituinte poderia dispor, porventura autorizado a sua alteração na vigência do estado de exceção. (...) <sup>384</sup>

Não obstante os direitos fundamentais possam ser flexibilizados, a dignidade da pessoa humana constitui a barreira intransponível, sem a qual um estado de exceção ultrapassa os limites aceitáveis e se transmuta em realidade distante de um Estado de Direito. Assim, seja qual for a maneira que as medidas de emergência se manifestem – seja por ratificação *post facto*, seja por simples utilização de institutos já previstos no ordenamento, seja através de exacerbação temporária dos poderes do Executivo através de concessão legislativa – os atos perpetrados para superação da crise não podem ofender o valor da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>384</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional*: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1495.

## CONCLUSÃO

Os desafios atuais do tema “estado de exceção” lidam com um ponto principal que consiste em conseguir manter um equilíbrio no pêndulo que se estabelece entre os direitos fundamentais e a necessidade de garantia de segurança, em face da exigência de proteção contra as ameaças terroristas. Em tempos de emergência é comum o incremento dos poderes estatais e o decréscimo dos direitos individuais.

Verificou-se, através dos tempos, que desde a Antiguidade até hoje a noção do estado de exceção ocupa lugar de destaque na história, sendo fator decisivo para a concretização desta. Os paradigmas para aplicação das teorias de exceção foram paulatinamente alterados, mas a idéia de centralização do poder no núcleo executório do governo ainda desponta como a de maior relevância. A Ditadura Romana revelou-se instituto fundamental no estudo do tema, tendo permeado as noções que se desenvolveram no decorrer dos séculos.

A relação inversamente proporcional entre proteção dos direitos e poder estatal, que se estabelece em situações de crise, serviu para que se configurassem, historicamente, governos autoritários. Em determinados regimes, o exercício exacerbado do poder não passava de mera decorrência das doutrinas de justificação estatal. Não obstante, hodiernamente, não mais há que se considerar aceitável a manipulação de subterfúgios quaisquer para que sejam suplantadas as garantias conquistadas.

Daí porque, a crescente utilização das concepções de Carl Schmitt para justificar a ótica dos países ameaçados, deve ser vista com cautela. A retomada do pensamento do autor como solução para as doutrinas de exacerbação do poder propostas na pretensa guerra contra o terror, precisa ser objeto de ponderação. Heller deve ser trazido à baila, uma vez que cogitava um estado de exceção enquanto submetido à finalidade de resguardar a própria ordem vigente.

O debate travado pela doutrina norte-americana hodierna é acentuado, pois os Estados Unidos, apesar de serem signatários de Tratados Internacionais que perseguem a proteção de direitos humanos e tratamento humanitário, não os aplicam. Explica-se, são criadas teorias para justificar o afastamento dos tratados. O melhor exemplo é a idéia do combatente inimigo ao qual não se aplicariam a Convenção de Genebra, noção defendida pelo próprio Governo norte-americano e

por parcela da doutrina. Dentre esta aponta-se especificamente John Yoo. Assim, discussões acadêmicas são indispensáveis, revelando-se como marco de partida para possíveis alterações do que ocorre na prática.

Alguns pontos se colocam. Primeiro de se considerar qual o limite material na aplicação de práticas de segurança. Segundo, deve também ser ponderado quais órgãos são dotados de competência para exercerem mecanismos de controle.

Quanto ao primeiro ponto proposto, convém destacar que a teoria dos direitos fundamentais, especialmente, levando-se em conta a fundamentação realista dos mesmos, que se propõe a buscar a efetivação independentemente do substrato que lhes apóiam, deve servir como parâmetro para a concretização de medidas de exceção. A noção de dignidade da pessoa humana atua como limite *sine qua non* entre a exceção inconstitucional e o Estado de Direito inserido em situação de crise. O núcleo essencial proposto pelas teorias de restrições aos direitos fundamentais pode ser transplantado para situações de crise para, desde que realizadas as adequações imprescindíveis, compor a barreira protetiva, indispensável contra os atos de emergência.

No tocante ao segundo quesito considerado, enfatiza-se que o controle deve ser realizado em abstrato através da verificação prévia das leis e em concreto, através da intervenção do judiciário. Daí porque a opinião de Heller merece maior destaque e difusão. O foco, hoje, centrado em Schmitt precisa ser revisto e reavaliado para que as contribuições deste não sejam objeto de interpretações dirigidas.

No decorrer do trabalho, estudou-se inicialmente a teoria dos direitos fundamentais, através de análise histórica e doutrinária. Além da classificação em gerações, a questão das formas de restrição aos direitos humanos, bem como os preceitos relativos ao núcleo duro de direitos, foram sucintamente debatidos para servirem de plano de fundo para as discussões essenciais acerca dos limites do estado de exceção.

Observaram-se, a partir do estudo dos precursores do estado de exceção, exemplos históricos de como um Estado pode retomar sua organização social e política após o enfrentamento de crises. Nesta revisitação dos institutos da Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna também foram citados casos de fracasso na adoção de medidas que culminaram com a derrocada da ordem. Não se pode olvidar que cada momento possuiu instrumentos condizentes com o contexto que



estavam inseridos os quais não podem propriamente ser objeto de paralelo com os hodiernos sob pena de incorrência em anacronismo. Isso não tem o condão de invalidar a relevância da análise histórica a qual, desde que se delimite o período de inserção de cada teoria levantada, presta contributo insubstituível para qualquer pesquisa.

Com o Constitucionalismo liberal houve resistência à inserção do estado de exceção nos textos Constitucionais. Essa barreira foi inicialmente vencida por imposição de ordem prática. Diante da possível derrogação de normas constitucionais por atos infraconstitucionais ou, mesmo por força das circunstâncias, a questão foi revista e dois sistemas se formaram. Nos países de *common law* continuaram ausentes ou passaram a constar previsões bastante genéricas. Por influência do instituto francês do estado de sítio, diversos países adotaram previsões normativas expressas em suas Cartas Magnas com o fito de estarem mais bem preparadas para superar os momentos de crise.

Ambos os modelos se mostraram imperfeitos e submeteram-se a adaptações. A Inglaterra e os Estados Unidos incrementaram suas leis de exceção. Aquela, principalmente por conta das duas Grandes Guerras Mundiais. Os Estados Unidos possuem posicionamento mais pautado na doutrina de ampliação dos poderes do Chefe do Executivo, que tem saído cada vez mais da idéia de ratificação posterior para a criação de mecanismos de exceção através de leis previamente aprovadas.

Já no que toca à França, apesar das críticas relativas à questão das lacunas, pois nem todo tipo de crise estaria previsto pelo ordenamento. Ela possui um sistema que possibilitou, em vias gerais, atravessar momentos de graves perturbações e retornar ao modelo constituído. Ademais, influenciou ordenamentos de diversos países, inclusive a própria Inglaterra quando da readaptação dos próprios institutos de exceção.

O caso da Alemanha é mais delicado, cogitado como um dos maiores insucessos no que se refere ao estado de exceção. De fato, a derrocada da República de Weimar, a partir do uso constante da previsão do art. 48 da Constituição a qual permitia que o Presidente adotasse as medidas necessárias ao restabelecimento da paz em caso de graves ameaças à ordem, incluindo possibilidade de suspensão de alguns direitos fundamentais, ocorreu com a falência do modelo de gerenciamento de crises previsto na própria Constituição. A falta de

controle exerceu papel fundamental para a instauração do estado de exceção inconstitucional que se seguiu.

Depois da Segunda Guerra, a regulamentação de meios de gerenciamento de crises na Lei Fundamental Alemanha ocorreu de forma restrita, pairava o receio de um novo art. 48. Posteriormente, entretanto, introduziram-se disposições amplas tratando do tema. O traço marcante nas mesmas é a preocupação com meios de controle e com a proteção aos direitos humanos.

No Brasil, a doutrina que cuida do estado de exceção, seguindo a tendência mundial, vem se expandindo. Não obstante, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal passam ao largo do assunto. A Constituição Federal de 1988 cogita de dois instrumentos para fazer face aos momentos de crise: o estado de sítio e o estado de defesa. Assim, desde que verificadas as crises nos moldes ali previstos, os procedimentos já se encontram definidos, bem como quais restrições aos direitos fundamentais são permitidas. A cautela que se exige no tratamento do estado de exceção se aplica também à realidade nacional, se considerada a possibilidade de crise não prevista pela Constituição.

A doutrina norte-americana enfrenta a questão dos poderes de exceção cotidianamente e alguns autores foram estudados. O embate entre professores de renomadas Universidades demonstra que não prevalece um posicionamento, o que eleva a importância do tema. O governo, inobstante, faz prevalecer a necessidade de segurança, adotando práticas que desafiam o *Bill of Rights* e afrontam direitos dos cidadãos e dos estrangeiros. Além do *Patriot Act*, o *Detainee Treatment Act* e o recente *Military Commissions Act* figuram entre os documentos que dão suporte aos atos praticados. Em verdade, o Congresso coonestava a proposta do Presidente. Já a Suprema Corte em decisão de julho de 2008 no caso *Boumediene v. Bush* tomou partido a favor dos direitos humanos, exercendo o papel de controle que lhe cabe.

O ponto mais sensível no que toca ao estado de exceção consiste justamente em definir meios de controle para os ordenamentos que trazem previsões deveras genéricas ou cuja regulamentação encontra-se eivada de lacunas. Conforme restou demonstrado a partir da percuente verificação histórica, em ambos os casos, normalmente, adotar-se-á a exacerbação dos poderes do Chefe do Executivo como medida resolutive. Esta solução exige que se adote uma postura de controle, sob pena da ruína do Estado.

Para os países que são signatários de Tratados Internacionais acerca de direitos humanos, já haveria aí estabelecido um limite. Não obstante esta previsão ainda soa falha. Daí porque se propõe a utilização do conceito de núcleo essencial dos direitos humanos a serem verificados *in concreto* nos casos que se estabeleçam inseridos em um contexto de emergência, ainda que esta não tenha sido formalmente declarada. O tratamento anormal da situação ocorre na figura peculiar que não se adéqua nem em situação concernente à legislação criminal, nem agregada a uma situação de guerra declarada. O Judiciário, assim exerceria função central nesta sugestão. O Legislativo atuaria no papel de órgão controlador prévio. Na realidade, em regra, essas competências já cabem em tempos de normalidade, porém, parecem esquecidas em tempos de crise.

Os poderes constituídos ou a sociedade não podem deixar que o Estado de Direito pereça em momentos de crise, tão-só pela ressonante e difundida sujeição à idéia de segurança. A manutenção do Estado vai além, exigindo que os princípios aos quais ele serve não sejam afastados. Essas são as considerações sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, David. *The Bush Regime from Elections to Detentions: A Moral Economy of Carl Schmitt and Human Rights*. Miami: University of Miami School of Law, 2007.

ACKERMAN, Bruce. *Before the Next Attack: Preserving civil liberties in an age of terrorism*. New Haven & London: Yale University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *Nós, o Povo Soberano: Fundamentos do Direito Constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fernando Barcelos de. *Teoria Geral dos Direitos humanos*. Porto Alegre: SAFE, 1996.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Os direitos humanos e a luta contra o terrorismo: por uma globalização solidária. *REVISTA CEJ*, Brasília, v. 6, n.18, p. 43-46, set., 2002.

AMARAL, Thiago Bottino do. Direito de Segurança: segurança do Estado versus segurança do cidadão. In: José Ribas Vieira (Org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. P. 109-133, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Segurança do Estado versus Segurança do Indivíduo: A Emergência no Direito Penal e Processual Penal. In: *XIV CONPEDI - Congresso Brasileiro da Pós-Graduação em Direito*. Fortaleza, 2005.

ARANTES, Paulo. Excessiva Exceção. In: *Discutindo Filosofia*. Escala Educacional, Ano 3, nº 13, p. 20-26, 2008.

ARENDT, Hannah. *Between Past and Future: Eight exercises in political thought*. New York: Penguin, 2006.

\_\_\_\_\_. *Crises da República*. Tradução de José Volkmann. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades Humanas*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Ruy. *O estado de sitio, sua natureza, seus efeitos, seus limites*. [Rio de Janeiro]: Companhia Impressora, 1892.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de violência e a crise dos valores constitucionais. *REVISTA CEJ*, Brasília, v.6, n.18, p. 34-37, set., 2002.

BENDERSKY, Joseph. *A Concise History of Nazi Germany*. 3 ed. United States of America: Rowman & Littlefield, 2007.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado, Direito e Justiça: Em busca de um conceito de Estado de Direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007, Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2334](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2334). Acesso em 17/07/2008.

BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas*. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), Fortaleza - CE, v. 4, p. 96-105, 2004.

\_\_\_\_\_. *Constituição e estado de exceção permanente - atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

\_\_\_\_\_. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. Lua Nova: *Revista de Cultura e Política*, São Paulo - SP, v. 61, p. 5-24, 2004.

\_\_\_\_\_. Democracia, inclusão social e igualdade. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. N. 4, p. 165-181, 2006.

\_\_\_\_\_. O Estado de exceção Econômico e a Periferia do Capitalismo. *Pensar (UNIFOR)*, v. 11, p. 95-99, 2006.

\_\_\_\_\_. Sinal Trocado. *O Povo*, Fortaleza, p. 5-5, 18 mar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A Garantia do Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais na Jurisprudência Constitucional Brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BLOOM, Matthew. I Did Not Come Here To Defend Myself: Responding to War on Terror Detainees' Attempts To Dismiss Counsel and Boycott the Trial. *In: Yale Law Journal*. Nº 117, p. 70-119, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. Uma defesa das Regras do jogo. 6. ed. Tradução: NOGUEIRA, Marco Aurélio. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. revista, ampliada e revisada. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAVO, Ramón Campderrich. *Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt (1919-1945)*. Universidade de Barcelona, Tese de Doutorado. 2003.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURCHARD, Christoph. *Puzzles and Solutions: Appreciating Carl Schmitt's Work on International Law as Answers to the Dilemmas of his Weimar Political Theory*. IILJ Working Paper 2004/8. History and Theory of International Law Series. Acesso em [www.iilj.org](http://www.iilj.org).

BYERS, Michael. *A Lei da Guerra: Direito Internacional e Conflito Armado*. São Paulo: Record, 2007.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. O terrorismo na agenda internacional. *REVISTA CEJ*, Brasília, v.6, n.18, p.63-66, set., 2002.

CALDWELL, Peter C. National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter, and the Debate over the Nature of the Nazi State, 1933-1937, *Cardozo Law Review* 16:2, p. 399-427, December, 1994,

\_\_\_\_\_. *Popular Sovereignty and the Crises of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London: Duke University Press, 1997.

CAMPAGNA, Norbert. *Le Droit, Le Politique, Et la Guerre*. Deux Chapitres sur la Doctrine de Carl Schmitt. Canadá: Les Preses de l'Université Laval, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARDOSO, Alberto Mendes. Terrorismo e segurança em um estado social democrático de direito. *REVISTA CEJ*, Brasília, v.6, n.18, p. 47-53, set., 2002.

CATTON, Bruce. *The Civil War*. United States of America: Mariner Books, 2004.

CAVALHEIRI, Alceu. *O pensamento político de Tomás de Aquino no de regno*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Janeiro 2006.

CAZUQUEL, Hélio Mendes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e o futuro da humanidade: conceitos filosóficos e a sua efetividade. In: *Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 14, n. 1, p. 37-47, jun. 2004.

CHEVIGNY, Paul. A Repressão nos Estados Unidos após o Atentado de 11 de Setembro. In: *SUR - Revista Internacional De Direitos Humanos*. Ano 1, n.º 1, p. 150-167. 1º semestre de 2004.

COELHO, Inocêncio Martires; GONEL, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. A Corte Interamericana e a Implementação de suas Sentenças no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. Exceção Permanente e Brasil. In: José Ribas Vieira (Org.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. , v. 1, p. 155-195, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Tradução: NASSETI, Pietro. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. Acesso em 10 de março de 2008.

CRETELLA NETO, José. *Terrorismo Internacional*. Inimigo sem rosto – Combatente sem Pátria. São Paulo: Millennium, 2008.

CURTIS, Michael Kent, *Lincoln, the Constitution of Necessity, and the Necessity of Constitutions*: A Reply to Professor Paulsen. *Maine Law Review*, Vol. 59, nº. 1, 2006.



CUSHMAN, Barry, *The Great Depression and the New Deal*. Cambridge History of Law in America, Tomlins & Grossberg, eds., 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do Direito*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.  
\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 88, p 421-437, jan./dez. 1993.

DAVIS, Jeffrey. *Justice Across Borders: The Struggle for Human Rights in U.S. Courts*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DEDO NA FERIDA – aos poucos, a tortura deixa os porões das prisões e ganha status de arma eficiente no combate à violência. Conseguiremos conviver com isto? *SUPERINTERESSANTE*. São Paulo: Editora Abril, Edição 208, de 22 de dezembro de 2004, p. 54-59.

DE LONDRAS, Fiona de. *In the Shadow of Hamdan v. Rumsfeld: Habeas Corpus Rights of Guantánamo Bay Detainees*. *Irish Criminal Law Journal* 8-16, 2007. Traduzido por: Orlindo Francisco Borges, Giovanna Maria Sgaria Moraes. In: *Panoptica*, p. 241-258, 2007. Disponível em: <[http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2\\_V0\\_N11\\_A13.pdf](http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A13.pdf)> Acesso em: 15/07/2008.

\_\_\_\_\_. *Researching and Understanding International Human Rights Law*. Independent Law Review, Vol. 1, No. 3, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=905781>> Acesso em: 10/04/2008.

\_\_\_\_\_. *How the US Can Lose the War on Terror: The Complicity of Lawyers*. April 23, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1125846>>. Acesso em: 15/07/2008. DERECHO POSITIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. Edición dirigida por Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid: Editorial Debate, 1987.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Princípio de Legitimidade do Poder no Direito Público Romano e sua Efetivação no Direito Público Moderno*. Rio de Janeiro: Revonar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sociedade e Estado no Pensamento Político Moderno e Contemporâneo*. Fortaleza, UNIFOR, 1999.

DINSTEIN, Yoram. *Guerra, Agressão e Legítima Defesa*. Tradução: MELLO, Mauro Raposo. 3 ed. São Paulo: Manole, 2004.

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS. Estudos em homenagem à professora Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2006

DIREITOS HUMANOS. *Declarações de Direitos e Garantias*. Constituição do Brasil. Constituições estrangeiras. 2. ed. Brasília,: Senado Federal, 1996.

DOLINGER, Jacob. Terrorismo do estado no século XX: lições para o século XXI. *REVISTA CEJ*, Brasília, v.6, n.18, p.67-73, set., 2002. (Seminário Internacional "Terrorismo e violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais", 2002, Brasília)

DROITS ET LIBERTES FONDAMENTAUX. Sous La direction de Remy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry revet. 2.eme. ed. rev. e augm. Paris: Dalloz, 1995.

DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt*: Uma arqueologia da exceção. In: Revista de Cultura e Política. Nº 53, p. 115-134, 2001.

DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: University Cambridge Press, 2006.

ECEIZA-BARRENA, Juan Ignacio Ugartemendia. *La Desobediencia Civil en el Estado Constitucional Democrático*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 1999.  
FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação*. 2 ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho público romano: y recepción del derecho romano en Europa*. 3 ed. Madrid: Civitas, 1998.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Ackerman, Sunstein e Gross*: Arcabouço Teórico para Situações de Emergência Pós 11/09. In: PERSPECTIVAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. VIEIRA, José Ribas (coord.). P. 135-153. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FISHER, Louis. *American Military Revolution Tribunals & to the Presidential War on Power Terrorism*. United States of America: University Press of Kansas, 2005.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los Estados de Excepción y la Defensa de la Constitución*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. 111, septiembre-diciembre de 2004, p. 801-860.

FONTELES, Claudio Lemos. Terrorismo e violência: considerações que se impõem. *REVISTA CEJ*, Brasília, v.6, n.18, p.31-33, set., 2002. (Seminário Internacional "Terrorismo e violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais", 2002, Brasília)

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A Alemanha e o Estado de Direito: Apontamentos de teoria constitucional comparada*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. P. 109-120. 1997.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Tradutora: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FUGITA, Stephen S.; FERNANDEZ, Marily. *Altered Lives, Enduring Community: Japanese Americans Remember their World War II Incarceration*. Seattle: Washington Press, 2004.

GIENAPP, William E. *Abraham Lincoln and Civil War America: A Biography*. New York: Oxford University Press, 2002.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOFFREDO, Gustavo Sènèchal. *A proteção da Pessoa Humana em conflitos armados Internacionais*. Rio de Janeiro, 2005. Tese de Doutorado UERJ – Centro de Ciências Sociais. Faculdade de Direito.

GOLUB, Philip S. *Eclipse da democracia*. Tradução: Carolina Massuia de Paula. Disponível em: <<http://diplo.uol.com.br/2006-09,a1396>> Acesso em: 23/07/2008.

GONDINHO, Marcello; DUARTE, Fernanda. *Notas sobre a Suprema Corte Norte-Americana*. In: Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 20, p. 41-59, 2007.

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

GONZÁLEZ, Horacio Ricardo. *Estado de no Derecho: Emergencia y Derechos Constitucionales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Estado de Excepção no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

GRAÇA, Luís Otávio Barroso da. *Um exame de práticas totalitárias no pós-11 de setembro à luz de Celso Lafer e Carlo Ginzburg*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, p. 309-322, a. 45, n. 177, jan./mar. 2008.

GREEN, Craig, *Wiley Rutledge, Executive Detention, and Judicial Conscience at War*. Washington University Law Review, Vol. 84, 2006.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GROSS, Oren. *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*. Law Journal, Vol. 112, n. 5, p. 101-223, March 2003.

\_\_\_\_\_. *Martial Law and the Fight Against Terrorism: Discretion, Regulation, and Emergency Powers*. Minnesota Legal Studies Research Paper Nº. 05-11, p. 1-39 2004.

GROSS, Oren; AOLÁIN, Fionnuala Ní. *Law in Times of Crises. Emergency Powers in Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2006.

GUERRA, Glauco Martins. *O Atual Estado de exceção Brasileiro e o Princípio da Legalidade*. In: Revista de Direito e Política. Vol. 6, 23-26, jul-set, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Tradução: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Volume I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HEYMANN, Philip B. *Terrorism, freedom, and security: winning without war*. Massachusetts: MIT Press, 2003.

HEYMANN, Philip B; KAYYEM, Juliette N. *Long-Term Legal Strategy Project for Preserving Security and Democratic Freedoms in the War on Terrorism*. At Harvard University. 2004. Disponível em: <<http://www.mipt.org/pdf/Long-Term-Legal-Strategy.pdf>> Acesso em: 19/07/2008.

HISTÓRIA DOS CONCEITOS: debates e perspectivas. JASMIM, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs). Rio de Janeiro, Editora PUC-Rio, Edições Loyola, IUPERJ, 2006.

HONÓRIO, Cláudia. Estado de exceção – Estudo de caso. In: *Revista Eletrônica Do Cejur - Centro de Estudos Jurídicos da Universidade Federal do Paraná*. Ano 2. v.1 n.2. Agosto/Dezembro – 2007. Disponível em: <[www.cejur.ufpr.br/revista](http://www.cejur.ufpr.br/revista)>. Acesso em: 23/07/2008.

*HOW DOES LAW PROTECT IN WAR?* Marco Sassòli and Antoine A. Bouvier in co-operation with Laura M. Olson, Nicolas A. Dupic and Lina Millner. Geneva: International Committee of the Red Cross, April, 1999.

ISSACHAROFF, Samuel; PILDES, Richard H. *Emergency contexts without emergency powers: The United States' constitutional approach to rights during wartime*. In: *International Journal of Constitutional Law*. New York & London: New York University School of Law and Oxford University Press. Vol. 2, number 2, p. 296-333, april 2004

JINKS, Derek. *September 11 and the Laws of War*. Yale Journal of International Law. Vol. 28, 2003.

KANT, Immanuel. (1784, 1994). *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*. In: Kant, Immanuel: *Was ist Aufklärung? Aufsätze zur Geschichte und Philosophie*. Hrsg. u. eingeleitetet durch Jürgen Zebe. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, S. 55–61. Disponível em: <<http://www.uni->

kassel.de/fb5/politikwissenschaft/Didaktik/Folien\_Moegling1.pdf.> Acesso em 15/05/2008.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KENNEDY, Ellen. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham and London: Duke University Press, 2004.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Tradução: Carolina Huang. Barueri: Manole, 2006.

KIRCHNER, Stefan, *The Human Rights Dimensions of International Peace and Security and Humanitarian Intervention after 9/11*. Disponível em <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=445124>> Acesso em 15/06/2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LARRAÍN, Fernando Jiménez. El Régimen Jurídico del Estado de Emergencia. Estudio Histórico Constitucional. In: *Revista de Derecho Público*, nº 59, XXVI Jornadas de Derecho Público “La servicialidad del Estado”, Tomo 2, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 151-167, enero-junio, 1996.

LAZAR, Nomi Claire. *Making Emergencies Safe For Democracy: The Roman Dictatorship and the Rule of Law under States of Emergency*. Yale University, September 5, 2004.

LEGALIZING LAWLESSNESS: On Giorgio Agamben's State of Exception. *European Journal of International Law*, Vol. 17, Issue 3, pp. 677-687, 2006. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1095981>. Acesso em 23/01/2008.

LEROY, Paul. *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Paris: Bibiothèque Constitutionnelle et de Science Politique, 1966.

LOCKE, John. *Two Treatises of Government In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown: The Latter, Is an Essay Concerning the Original, Extent, and End, of Civil Government* Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000175.pdf>> Acesso em 19/05/2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 164, p. 7-16, out./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUZ NETO, Luiz Guedes. *Combate ao Terrorismo ou Propagação do Terror?* Seção Judiciária da Parahyba – João Pessoa, a. 5, v. 6 (Julho, 2007), p. 145-158, 2007.

MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACEDO, Ubiratan Borges de. *Direitos Humanos e sua Teoria*. ARQUIVOS DE DIREITOS HUMANOS. Celso de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres (Diretores). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999, p. 127 a 141.

MACHIAVELLI, Niccolo. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio: Discorsi*. 3. ed. rev. Brasília: UnB, 1994.

MACHIAVELLI, Niccolo. *O Príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Sociedade e o Estado*. Tradução: BAZ, Lúcia Amélia Fernandes; DAMIANO, Maria Sícilia. Campinas: LZN, 2003.

MARGULIES, Joseph. *Guantánamo and the abuse of Presidential Power*. New York: Simon & Schuster, 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *O Pensamento Político-Constitucional de Carl Schmitt no Contexto Histórico-Político da República de Weimar*. Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrado. Dissertação. 1996. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/o%20pensamento%20pol%EDtico%20constitucional%20de%20carl.pdf>>. Acesso em: 02/03/2008.

MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. *Atuação Estatal na Ordem Pública e Privada*. In: Nomos, v. 25, Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, p. 97-112, 2006.

MATOS, Olgária. *Modernidade: República em estado de exceção*. In: Revista USP, São Paulo, n. 59, p. 46-53, setembro/novembro 2003.

MATTEDI, Milton Carlos Rocha. *Liberdade e Totalitarismo: os movimentos totalitários modernos e o estado de exceção como seu instrumento*. In: Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, Nº 10, p. 395-417, junho de 2007.

MEZZANOTTI, Gabriela. *Direito, Guerra e Terror: os novos desafios do Direito Internacional pós-11 de setembro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIRANDA, Pontes. *Democracia, Liberdade e Igualdade*. Os três caminhos. 1. ed. atualizada por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller, 2002.

MOMMSEN, Hans. *The Rise & Fall of Weimar Democracy*. Translated by Elborg Forster & Larry Eugene Jones. Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1996.

MOMMSEN, Hans (Ed.). *The Third Reich Between vision and reality: New Perspectives on German History 1918-1945*. Oxford, New York: Berg, 2002.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional e Teoria do Estado*. 2 ed. rev. ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MULLER, Eric L., *The Japanese American Cases - A Bigger Disaster than We Realized*. Howard Law Review, 2006.

NATIONAL STRATEGY FOR COMBATING TERRORISM. 2006. Estados Unidos. Disponível em <http://www.whitehouse.gov/nsc/nsct/2006/nsct2006.pdf>. Acesso em 16/07/2008.

NAVES, Nilson Vital. *Terrorismo e violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais*. REVISTA CEJ, Brasília, v.6, n.18, p. 6-9, set., 2002.

PALLIERI, Giorgio Balladore. *A Doutrina do Estado*. Vol. II. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

PELEGRINO, Carlos Roberto Mota. *Terrorismo e cidadania*. REVISTA CEJ, Brasília, v.6, n.18, p. 54-56, set., 2002.



PEREIRA, Antônio Celso Alves. Direitos Humanos e Terrorismo. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 101-134.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5. ed., Madrid: Tecnos, 1995.

PERSPECTIVAS DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. VIEIRA, José Ribas – coordenador. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

PEUKERT, Detlev J. K.. *The Weimar Republic*. Tranleted by Allen Lane. New York: Hill and Wang, 1992.

PHILLIPS, Heather A. *Libraries and National Security Law: An Examination of the USA Patriot Act*. *Progressive Librarian*, Vol. 25, Summer 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=901266>> Acesso em: 15/06/2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. *Um Estudo Comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e Justiça Internacional. *Um Estudo Comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. , rev., amp. E at. São Paulo: Saraiva, 2006.

POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. *Accommodating Emergencies* University of Chicago, Public Law Working Paper nº. 48, September, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=441343>>. Acesso em: 25/07/2008.

POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. *Emergencies and Democratic Failure*. University of Chicago, Public Law Working Paper nº. 104, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=791725>> Acesso em: 25/07/2008.

POSNER, Eric; YOO, John. The Patriot Act under Fire. In: AEI Online, Washington, December 1, 2003. Disponível em: <[http://www.aei.org/publications/pubID.19661/pub\\_detail.asp](http://www.aei.org/publications/pubID.19661/pub_detail.asp)>. Acesso em: 25/07/2008.

POSNER, Richard A.. *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. New York: Oxford University Press, 2006.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RIOT ACT of 1714. Disponível em <http://reactor-core.org/riot-act.html>. Acesso em 15/05/2008.

ROBERT, Jacques. Les Situations D'urgence em Droit Constitutionnel. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. Nº 2, 751-764, Avril-juin, 1990.

RODLEY, Nigel. Terrorismo. Segurança do Estado: direitos e liberdades individuais.

REVISTA CEJ, Brasília, v.6, n.18, p. 16-22, set., 2002.

RODRIGUES, Cândido Moreira. *Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: um intelectual nazista*. p. 76-94 *Sæculum - REVISTA DE HISTÓRIA* [12]; João Pessoa, jan./ jun. 2005.

ROSSITER, Clinton L. *Constitutional Dictatorship – Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Princeton University Press, 1948.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SÁENZ J, Luis Felipe. *La regulación de los estados de excepción em Guatemala y la necesidad de reforma de la Ley de Orden Público que los contiene, para su congruência com la normativa de la Constitución Política de la República*. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano*. Tomo I, Konrad-Adenauer-Stiftung, p. 203-227, 2006.

SALDANHA, Nelson. Direitos Humanos: Considerações Histórico-Críticas. In: *ARQUIVOS DE DIREITOS HUMANOS*. Celso de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres (Diretores). Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 1999, p. 115-125.

\_\_\_\_\_. *Formação da Teoria Constitucional*. 2 ed., at. e ampl. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adércio. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Estado de Emergência*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 267-324.

SCALQUETTE, Ana Cláudia. *Sistema Constitucional das Crises: Os Direitos Fundamentais face a situações extremas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency*. States of Exception and the Temptations of 9/11. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, pp. 1001-1083, 2004.

SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The end of Law*. United States of America: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHILD, Georg. *Between Ideology and Realpolitik*. Woodrow Wilson and the Russian Revolution, 1917-1921. United States of America: Greenwood Press, 1995.

SCHILLER, Reuel. The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law. *Michigan Law Review*, Vol. 106, p. 399-442, Dec. 2007.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Traducción: José Diaz Carcia. Madrid: Aguilar, 1971.

\_\_\_\_\_. *O Conceito do Político*. Tradução: Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. *O Guardião da Constituição*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Apresentação: Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teologia política*. Tradução: Elisete Antoniuk. Apresentação: Eros Roberto Grau. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la constitucion*. Madrid: Alianza, 2003.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La Constitucionalizacion de la Defensa Extraordinaria Del Estado*. En Torno a la Obra de Pedro Cruz Villalon, "El Estado De Sitio y la Constitución" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2. Núm. 4., p. 229-250, Enero-abril, 1982. Disponível em: <[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_004\\_229.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_004_229.pdf)> Acesso em 20/05/2008.

SHAPO, Marshall S. *Compensation for Terrorism: What we are Learning*. DePaul Law Review, Vol. 53, p. 805, 2003. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=538983>> Acesso em: 15/07/2008.

SIDAK, J. Gregory. *The Price of Experience: the Constitution After September 11*, 2001. *Constitutional Commentary*, Vol. 19, Nº. 101, p. 37-61, 2002.

SILVA, Frederico Silveira e. *O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória*. In: *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out./dez. 2007

SKINNER, Quentin, 'States and the freedom of citizens'. In *States and citizens. History, theory, prospects*, ed. Skinner, Quentin and Strath, Bo: 11-27. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Disponível em: <http://www.libertysecurity.org/article233.html>. Acesso em: 10/01/2008.

SUAREZ, Marcial A. Garcia. *Violência, Técnica e Política em Carl Schmitt e Hannah Arendt*. In: *Revista enfoques*. V. 4, n. 1, julho 2005. Disponível em <[http://www.ifcs.ufrj.br/~enfoques/julho05/pdfs/julho2005\\_03.pdf](http://www.ifcs.ufrj.br/~enfoques/julho05/pdfs/julho2005_03.pdf)>. Acesso em: 04/05/2008.

SULEMAN, Arsalan M., *Detainee Treatment Act of 2005*. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19, p. 257-265, Spring 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *Para além do princípio da precaução*. In: *Interesse Público*, v.8, n.37, p.119-171, maio/jun., 2006.

\_\_\_\_\_. *Minimalism at War*. In: *The Supreme Court Review*. p. 47-109, 2004.

\_\_\_\_\_. *Problems with minimalism*. In: Stanford Law Review. V. 58, n. 6, p. 1899-1918, apr., 2006.

\_\_\_\_\_. *Administrative Law Goes to War*. In: Harvard Law Review. V. 118, n. 8, p. 2663-2672, jun., 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis (1856). *El Antiguo Régimen y*. Madrid: Alianza Editorial, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARGAS J., Guillermo Julio. *Los nuevos retos Del derecho internacional humanitário: Los conflictos desestructurados y El terrorismo internacional*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 5, vol. 5, n. 5. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direito Humanos. 2004. Anual.

VERDÚ, Pablos Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERMEULE, Adrian. *Self-Defeating Proposals: Ackerman on Emergency Powers*. University of Chicago, Public Law Working Paper Nº. 122, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=890651>> Acesso em: 24/07/2008.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Crise Republicana e o Estado de exceção*. In: Governo Lula: crise da esquerda?. Revista de Política e Cultura Fundação Astrojildo Pereira. Nº 13, 60-66. Brasília, Dez-2005.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *Normalidad y Excepción. Revista Española de Derecho Constitucional* Año 24. Núm, 71. Mayo-Agosto 2004 p. 187-202. Disponível em [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_071\\_185.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_071_185.pdf). Acesso em 20/05/2008.

VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme*. Paris : Presses Universitaires de France, 1998.

VLADECK, Stephen I. Emergency Power and the Militia Acts *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 1, pp. 149-194, Oct., 2004.

WEIDA, Jason Collins, "A Republic of Emergencies: Martial Law in American Jurisprudence" . *Connecticut Law Review*, Vol. 36, p. 1397-1438, 2004.

WEIS, Carlos. *O Tratamento Legislativo do Terrorismo no Brasil em Face dos Direitos Humanos*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 6, vol. 6, n. 6. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direito Humanos. P. 31-44, 2005. Anual.

WINTERBOTTOM, Michael. *Caminho Guantánamo*. Documentário. 2006.

YOO, Jonh. *War by Other Means*. An Insider's Account of the War on Terror. New York: Atlantic Monthly Press, 2006.

\_\_\_\_\_. *The Supreme Court Goes to War*. In: AEI Online, Washington, Jun, 2008. Disponível em <[http://www.aei.org/publications/pubID.28147,filter.all/pub\\_detail.asp](http://www.aei.org/publications/pubID.28147,filter.all/pub_detail.asp)> Acesso em: 26/07/2008.

ZIPURSKY, Benjamin C. *Minimalism, Perfectionism, and Common Law Constitutionalism*: Reflections on Sunstein's and Fleming's Efforts to Find the Sweet Spot in Constitutional Theory. *Fordham Law Review* Vol. 75, p. 2997, 2006-2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1016201>> Acesso em 14/05/2008.

ZOVATTO, Daniel G. *Los Estados de Excepcion y los derechos humanos en América Latina*. Caracas/San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

## CASOS JUDICIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3689/PA – Pará. Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 10/05/2007. DJ 29-06-2007 PP-00022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3316/MT - Mato Grosso. Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 09/05/2007. DJ 29/06/2007, PP-00021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2240/BA – Bahia. Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 09/05/2007. DJ 03/08/2007, PP-00029.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3489/SC - Santa Catarina, Relator: Min. Eros Grau, Julgamento: 09/05/2007. DJ 03/08/2007, PP-00029.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl-AgR 3034/PB–Paraíba, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 21/09/2006. DJ 27/10/2006, PP-00031.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 48 U.S. 1, 1849. Luther v. Borden. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/48/1/case.html>> Acesso em: 19/03/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 71 U.S., 4 Wall., 2, 1866, *Ex parte Milligan*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/ussc/071-002a.htm>> Acesso em: 20/03/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 67 U.S. 635, 1867. Prize cases. 2 Black. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/67/635/case.html>> Acesso em: 19/03/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 290 U.S. 398, 1934. Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell. Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0290\\_0398\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0290_0398_ZS.html)> Acesso em 19/03/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 542 U.S. 466, 2004. Rasul v. Bush. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html>>. Acesso em 20/07/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 548 U.S. 557, 2006. Hamdan v. Rumsfeld. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZS.html>>. Acesso em 20/07/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 549 U.S. \_\_\_, 2007. Al Odah v. United States. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>>. Acesso em 20/07/2008.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. 553 U.S. \_\_\_, 2008. Boumediene v. Bush. Disponível em: <<http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>>. Acesso em 20/07/2008.

**SITES:**

<http://www.aclu.org/>

<http://www.aei.org/>

<http://www.globalresearch.ca/>

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

<http://www.onu-brasil.org.br/>

<http://www.presidencia.gov.br/>

<http://www.ssrn.com/>

<http://www.stf.gov.br/>

<http://www.supremecourtus.gov/>

<http://www.tesisenxarxa.net/>

<http://www.whitehouse.gov/>