

# A CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE E A AMEAÇA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Gaio\*

## RESUMO

O conjunto de medidas adotadas pelos Estados Unidos e por alguns países europeus para salvaguardar ataques terroristas vem produzindo profundas alterações na proteção dos direitos fundamentais e no funcionamento das instituições estatais. Percebe-se, então, uma mudança de paradigma: a cultura de direitos — própria do ideal normativo da sociedade de classes que buscava a igualdade — passa a ser substituída pelo ideal de segurança na sociedade do risco. Assim, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea.

**PALAVRAS-CHAVE:** ESTADO, EXCEÇÃO, DIREITOS, FUNDAMENTAIS, RISCO

## ABSTRACT

The measures adopted by the United States and by some European countries to protect themselves against terrorist attacks have produced huge changes in the protection of fundamental rights and in the public institutions. There has been a change of paradigm: the culture of rights – part of the normative ideal of the classist society which pursued equality – it is replaced by the need for security to protect the society in risk. Then, the State of Exception tends to be the pattern for government in the dominant contemporary politics.

**KEYWORDS:** STATE, EXCEPTION, RIGHTS, FUNDAMENTAL, RISK

## 1 – Introdução

O recurso a medidas consideradas ditatoriais há muito vem sendo discutido. Deve-se observar que a reflexão sobre o estado de exceção e a ditadura acompanha todo o

---

\* Doutorando em Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Bolsista da CAPES.

pensamento moderno e está presente, por exemplo, em Rosseau, que prevê — em situações de crise particularmente aguda, e sempre com referência a Roma antiga —, o recurso a uma ditadura de duração brevíssima, cujos termos em nenhum caso poderiam ser prolongados<sup>1</sup>.

A adoção de tais medidas foram utilizadas no curso da história, não apenas em caso de guerras ou insurreições populares violentas, mas também quando determinadas reivindicações sociais poderiam afetar os privilégios de um dado sistema econômico. Nesse sentido, até mesmo uma moderada redistribuição de renda pela via legislativa pode ser considerada um ataque à propriedade — que provoca, ou pode provocar, o estado de exceção<sup>2</sup>.

A história constitucional recente é marcada pela alternância entre períodos de normalidade democrática e de exceção. Considera-se a ausência de normalidade uma situação de natureza excepcional, via de regra circunscrita a uma crise política, econômica ou social, mas sempre com a característica da transitoriedade.

Esse paradigma vem se alterando ultimamente, sobretudo após os atentados de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e Washington. Isso porque se passou a adotar de forma consistente um conjunto de medidas adotadas para salvaguardar ataques terroristas, as quais vêm produzindo profundas alterações na proteção dos direitos fundamentais e no funcionamento das instituições estatais, principalmente no poder executivo.

Percebe-se cada vez mais em países europeus, mas sobretudo nos Estados Unidos — considerados pela comunidade internacional como nações democráticas —, uma tendência a solidificar uma estrutura de Estado que se poderia denominar de exceção permanente.

Embora esse fenômeno tenha ganhado visibilidade nos últimos anos, faz-se necessário entender como essa configuração foi anteriormente construída, e verificar a velocidade com que tais mudanças vêm sendo realizadas, sobretudo nos Estados Unidos. Cabe ainda destacar que a utilização do patriotismo tem sido fundamental para que tais políticas se legitimem junto à população.

---

<sup>1</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo ou decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004, p. 108-109.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 102 e 110.

Existem variados pontos de análise que problematizam o estado de exceção, tais como a sua conformação em relação à Constituição e às demais leis; as diferentes modalidades de ditadura, o controle pelo Parlamento e pelo Tribunal Constitucional, o direito de resistência, a legitimidade popular, e o enquadramento a partir dos direitos fundamentais. Embora não seja factível nesta oportunidade explorar todos estes enfoques — visto que a presente exposição tem como linha-guia o estado de exceção permanente —, permite-se pontuar algumas distinções básicas sempre que necessário.

## **2 – Caracterização do estado de exceção**

Para que se possa entender as características do estado de exceção constitucional, cabe distinguir o que Schmitt classifica de ditadura comissária e soberana. Enquanto esta tem por objetivo principal criar um estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição — podendo-se abranger as revoluções e os golpes de Estado —, a ditadura comissária possui a finalidade de defender ou restaurar a constituição vigente<sup>3</sup>.

Nesse sentido, Rossiter, ao estudar o uso de poderes emergenciais em modernas democracias — como a Alemanha, França, Inglaterra e Estados Unidos —, concluiu que a ditadura comissária, denominada pelo mesmo como ditadura constitucional, tem servido para manter a democracia<sup>4</sup>. Por conseguinte, afirma este autor que até mesmo a existência de uma ditadura pode se justificar quando seja para manter a existência da ordem constitucional e a defesa das liberdades sociais e políticas<sup>5</sup>.

Embora seja relevante a distinção entre as duas ditaduras, na prática nem sempre é possível distinguir uma da outra<sup>6</sup>, posto que muitas vezes o propósito de defender de maneira intransigente a Constituição nada mais significa que a luta pela manutenção das estruturas econômicas e sociais então vigentes. Veja-se, nesse contexto, que o receio do

---

<sup>3</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 53-55.

<sup>4</sup> Cf. QUIRK, William. in ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship: Crisis government in the modern democracies*. Third printing. New Brunswick (EUA): Transaction Publishes, 2005, p. IX.

<sup>5</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitutional...*, op. cit., p. XII.

<sup>6</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 21, aponta que nenhum critério estabelecido por Rossiter para distinguir as ditaduras é capaz de definir uma diferença substancial, nem de excluir a passagem de uma à outra.

fortalecimento dos movimentos comunistas levou ao aumento dos poderes de repressão do Executivo<sup>7</sup>. Portanto, não há como desconsiderar os conflitos ideológicos subjacentes à utilização de tal mecanismo.

Apesar das distintas terminologias, toda democracia tem um mecanismo, implícito ou explícito, para suspender a Constituição quando a continuação do Estado estiver em perigo<sup>8</sup> —, embora nem sempre essas regras sejam suficientemente claras, ou mesmo cumpridas. Não é diferente no Brasil, na medida em que a Constituição Federal prevê a figura do estado de sítio e do estado de exceção para tais situações excepcionais<sup>9</sup>.

Por sua vez, a Constituição norte-americana define, no seu artigo 1º, que o *habeas corpus* pode ser suspenso no caso de rebelião, invasão ou se a segurança pública o exigir. Há, contudo, uma tendência de elastecimento destas hipóteses sempre que as necessidades concretas assim se manifestarem.

Nesse sentido, Rossiter aponta quatro fatores de crise que podem justificar os poderes ditatoriais: a guerra (principalmente para repelir invasões), a rebelião, a depressão econômica, e os desastres naturais. Tais situações, fazem com que o governante tenha o "dever" de tomar as "medidas necessárias"<sup>10</sup>.

Nesse sentido, a doutrina aponta que é tão fácil para o presidente norte-americano decretar o estado de exceção, que num certo sentido nem há necessidade de proclamá-lo. Pode-se dizer que a particular flexibilidade do sistema constitucional e político norte-americano consiste no fato de que o presidente, já detentor de amplíssimos poderes em tempos de paz e de normalidade, é suscetível de se transformar, sem solução de continuidade e sem abalos institucionais, em um ditador chamado a administrar a crise com poderes absolutos ou quase absolutos<sup>11</sup>.

Assim, a Constituição norte-americana foi pensada tendo constantemente presentes o estado de exceção e o modelo da ditadura da antiga Roma, que intervinha para enfrentar a

---

<sup>7</sup> Conforme MARX, Karl ; ENGELS, Friedrich. *Werke*. Berlim: Dietz, 1955, apud LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 123-124.

<sup>8</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitucional...*, op. cit., p. IX, conforme análise de Willian Quirk.

<sup>9</sup> Cf. artigos 136 a 141 CF/88.

<sup>10</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitucional...*, op. cit., p. 06 e 293.

<sup>11</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 142-143.

crise sem alterar de modo definitivo o quadro institucional<sup>12</sup>. Não se trata de uma ditadura militar, mas de um regime em cujo âmbito o princípio da ditadura está implícito. Este regime, caracterizado pela personalização do poder e pela facilidade com que consegue passar da normalidade ao estado de exceção e vice-versa, encontra na Constituição norte-americana e na tradição política dos Estados Unidos seu principal ponto de referência<sup>13</sup>.

Além de saber durar no tempo, mediante a definição de regras para a sucessão, um regime político demonstra sua solidez por meio da capacidade de passar, de modo relativamente indolor, da normalidade ao estado de exceção e vice-versa. Assim, a realidade política norte-americana nos coloca diante de uma espécie de bonapartismo *soft*, que, no entanto, pode se transformar, se necessário, de modo bastante fácil, num explícito bonapartismo de guerra, para retornar novamente à normalidade uma vez que se considere superado o estado de exceção<sup>14</sup>.

A volta à normalidade não é, entretanto, isenta de dificuldades. Nesse sentido, Rossiter aponta cinco perigos, quais sejam: 1) desviar-se da ordem constitucional que o Estado estabeleceu para defender; 2) queda da Constituição por revolucionários ou interesses reacionários; 3) mudança nas estruturas permanentes de governo e sociedade, com o conseqüente aumento do Estado; 4) situação de exceção de maneira indefinida, como a permanente situação de guerra; e 5) perda do desejo de recuperar a normalidade constitucional diante de hábitos autoritários<sup>15</sup>.

Por si mesmos, a natureza e a complexidade de tais atos mereceriam um atento controle pelo parlamento, de modo que se pudesse tomar as medidas necessárias para a cessação de quaisquer abusos, bem como apurar responsabilidades. Não é assim que historicamente tem ocorrido, sobretudo nos Estados Unidos, país que teria vivido oitenta por cento de sua vida institucional em situações excepcionais<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>13</sup> SOREL, Georges. *Da Proudhon a Lênin e L'Europa sotto la tormenta*. Roma: Edizione de Storia e Letteratura, 1973, apud LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 204.

<sup>14</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 145-146.

<sup>15</sup> Cf. QUIRK, Willian. in ROSSITER, Clinton. *Constitucional...*, op. cit., p. XII.

<sup>16</sup> BRANDON, Mark apud CMAR, Thomas. *The Constitution in wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. in *Constellations*, volume 13, number 03, 2006, p. 431.

Em virtude do predomínio da força desempenhada pelo presidente da república no regime político norte-americano, ocorrendo uma situação de guerra, o conflito entre o presidente e o Congresso acaba por ser essencialmente teórico: de fato, o Congresso, embora perfeitamente consciente de que a legalidade constitucional fora transgredida, nada podia fazer senão ratificar as medidas<sup>17</sup>. Se inicialmente havia mediação do Congresso, hoje, no entanto, ela passa cada vez mais a segundo plano<sup>18</sup>.

O Presidente Lincoln, por exemplo, ao adotar drásticas medidas durante a guerra civil, baseava-se na convicção de que a lei fundamental podia ser violada, se estivesse em jogo a própria existência da união e da ordem jurídica, enquanto o Presidente Wilson, por sua vez, concentrou em sua pessoa poderes ainda mais amplos, mas preferiu que o Congresso lhe delegasse<sup>19</sup>.

A ausência de controle desses atos perpassa um problema técnico essencial, e que marca profundamente a evolução dos regimes parlamentares modernos: a extensão dos poderes do executivo no âmbito do legislativo, por meio da promulgação de decretos e congêneres, como conseqüência da delegação contida em leis ditas de plenos poderes<sup>20</sup>.

Ademais, o fato da Constituição ou da legislação prever os limites de utilização dos poderes de exceção não garante que os limites sejam respeitados<sup>21</sup>. Tal problemática dificulta a compreensão de que o terreno jurídico está apto à resolução desta questão, devendo, pois, privilegiar a abordagem política<sup>22</sup>.

Assoma-se a estas dificuldades a existência de novos centros de poder, como é o caso das chamadas organizações complexas — grandes incorporações econômicas transnacionais, por exemplo —, que pretendem orientar as decisões estatais no sentido de influir em favor dos interesses representados por elas<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 36.

<sup>18</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 143.

<sup>19</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 21 e 36.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>21</sup> Ver nesse sentido, a análise de AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 22-23.

<sup>22</sup> Ver DE MARTINO, F. *Storia della costituzione romana*. Nápoles: Jovene, 1973, apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 11.

<sup>23</sup> GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 198; No mesmo sentido: MORAIS, José Luiz Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28-29.

Apesar de cada vez mais necessário o controle político dos atos do poder executivo, os modernos seguidores da tradição liberal parecem preocupados não com a limitação do poder, mas exclusivamente com sua eficiência e sua capacidade de ação rápida<sup>24</sup>.

A predominância desta conjuntura política de subserviência do Legislativo ao Executivo não é, todavia, absoluta. Com efeito, merece destaque o fato dos parlamentos do Reino Unido e dos Estados Unidos terem aprovado algumas limitações às políticas de segurança<sup>25</sup>. Não se pode igualmente desconsiderar que a recente vitória do Partido Democrata norte-americano nas eleições reflete, em parte, um descontentamento com algumas medidas, inclusive as restrições migratórias — como é o caso do muro da discórdia a ser construído na fronteira com o México.

### **3 – A missão de defesa contra o mal nos EUA**

Para compreender a velocidade e a intensidade com que tais medidas se desencadeiam, é relevante perceber como é construído o processo de legitimação do estado de exceção. Com esse propósito, é decisiva a incorporação pelos governantes norte-americanos de uma "missão a ser cumprida", de maneira a dificultar o exercício de quaisquer contestações públicas.

Cabe esclarecer que, na ausência de uma tradição monárquica e de um rei (ou uma rainha) — que também é o chefe da Igreja Anglicana—, os papéis que a Constituição inglesa mantém separados e atribui a órgãos diversos tendem, nos Estados Unidos, a se unificar na figura do presidente. Este concentra em si, além da função propriamente político-militar, a atribuição sacerdotal-ideológica que lhe compete como líder e intérprete de uma nação investida de uma missão religiosa e constituída, segundo a ideologia puritana, pelos eleitos de Deus<sup>26</sup>.

Não se trata apenas de uma consciência imperial, mas de uma consciência imperial ideologicamente transfigurada em termos de missão religiosa, moral e/ou política. Com

---

<sup>24</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 323.

<sup>25</sup> Ver nesse sentido, GOLUB, Philip S. *Dossiê "Guerra Infinita"/Ataque às Liberdades*. in *Le Monde diplomatique*. Set. 2006 < <http://diplo.uol.com.br/2006-09,a1396>>. Acesso em 09 dez. 2006.

<sup>26</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 114.

esse propósito, busca-se em nome da liberdade, exercer e estender sua benéfica influência sobre as "nações selvagens" e vítimas da escravidão e do obscurantismo, a América representa, portanto, o povo eleito e até a raça eleita, investida de um papel providencial<sup>27</sup>.

Percebe-se que a recente doutrina política de luta contra o "eixo do mal", defendida pelo presidente norte-americano logo após o atentado de 11 de setembro, não se constituiu exclusivamente resultado das circunstâncias políticas. Já bem antes, Roosevelt mencionava expressamente tal intento, de forma que se pudesse liquidar os "selvagens" e "bárbaros" por toda a parte, a fim de levar "a luz" aos lugares mais tenebrosos do mundo. Cabe, dessa forma, decidir quem é civilizado e quem não é, por meio do papel de poder de polícia internacional—reivindicado—, desde essa época, pela maior potência mundial<sup>28</sup>.

A negação da democracia é representada pela perseguição dos traidores da pátria, ou seja, aqueles que contestam publicamente o exercício de tal função. Assim, o envolvimento do líder intérprete da nação numa aura de sacralidade patriótica caminha *pari passu* com a exportação do conflito e a criminalização da dissidência, no sentido de que os que possuem ideais divergentes são considerados estranhos não só à América, mas também à civilização e até ao gênero humano<sup>29</sup>. Ademais, a tática de estabelecer que o inimigo é o "mal" confere um caráter absoluto a esse "personagem", de forma que o "mal" é visto como inimigo de toda a humanidade<sup>30</sup>.

Depois da Guerra do Golfo e do colapso verificado no Leste europeu, o sistema de relações internacionais parece se definir como um bonapartismo planetário<sup>31</sup>. Percebe-se assim, que outro elemento do estado de segurança é sua pretensão de globalidade, como pode ser visto pelas intenções da única potência do planeta nas recentes guerras do

---

<sup>27</sup> Tal papel também tem função de unificar a nação e de superação ou ocultamento da divergências políticas, cf. LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 130-131.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 137, 285 e 286.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 140-141.

<sup>30</sup> MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*. In *La Tensión entre libertad y seguridad: Una aproximación sócio-jurídica*. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Rioja, 2006, p. 71-105, p. 98.

<sup>31</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 280; Na mesma direção, HABERMAS, Jurgen. *A guerra e seus juízos contraditórios*. In *Folha de São Paulo*, 27 abr. 2003, ao afirmar que a doutrina militar preventiva foi desenvolvida antes do ataque de 11 de setembro de 2001.

Afeganistão e Iraque<sup>32</sup>. A segurança é, pois, a missão imperial há muito tempo implementada, como visto anteriormente.

Assinala-se que, em virtude do patriotismo ser fundamentalmente constitutivo do discurso político dos Estados Unidos, acaba sendo impossível para os norte-americanos avaliarem criticamente a ação de seus governos contra os não-cidadãos<sup>33</sup>. Decisivo nesse sentido é o monopólio da publicidade e a implementação da censura pelo governo.

Como observa Losurdo, está diante dos olhos de todos a gigantesca concentração de poder político e multimidiático ocorrida, que evidenciou suas enormes possibilidades de censura, desinformação e manipulação durante a "cruzada antiiraquiana"<sup>34</sup>.

#### **4 – Um breve relato sobre as medidas de exceção**

Importa aqui considerar que a recente adoção de medidas de exceção, não é novidade na história política dos Estados Unidos. Os ataques de setembro de 2001 apenas produziram uma intensificação das mesmas, agora legitimadas sob o império do medo a todos imposto.

Nesse sentido, há de se destacar os *Alien Acts de 1798*, e que conferiam amplíssimos poderes discricionários à autoridade máxima do Estado para a detenção e a deportação não só dos estrangeiros propriamente ditos, mas também dos imigrados à espera de naturalização; os homens cidadãos ou provenientes de países considerados inimigos poderiam ser deportados já a partir dos 14 anos de idade. Autorizava-se assim, que estrangeiros e imigrados sejam privados de qualquer direito — com base na simples suspeita do presidente —, mesmo na ausência de acusação, de júri, de debate público, de confronto com testemunhas de acusação, de recurso a testemunhas de defesa, e de assistência legal<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones del Estado: Del Estado protector al Estado de seguridad*. In *La Tensión entre libertad y seguridad: Una aproximación sócio-jurídica*. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Rioja, 2006, p. 55-70, p. 69.

<sup>33</sup> BRANDON, Mark apud CMAR, Thomas. *The Constitution...*, op. cit., p. 432.

<sup>34</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 322.

<sup>35</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 139-140.

Tais medidas, em verdade, não se caracterizam muito diferentes daquelas recentemente promovidas pelas autoridades norte-americanas. Nesse sentido, a *Military Order*, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos em 2001, autorizou a detenção, por prazo indefinido, dos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas, não gozando os detentos nem das garantias das leis norte-americanas, tampouco daquelas estabelecidas pela Convenção de Genebra<sup>36</sup>. Da mesma forma, amplos poderes são concedidos a autoridades do governo norte-americano pelo *USA Patriot Act (2001)* — o qual permite manter preso ou expulsar o estrangeiro suspeito de pôr em perigo a segurança nacional.

Igualmente no Reino Unido a legislação aponta para restrições significativas à liberdade. Enquadram-se aí a *Criminal Justice Act (2003)*, que impõe penas obrigatórias e mínimas, e reduz a capacidade dos juízes de adaptar a punição aos casos particulares; a *Prevention of Terrorism Act (2005)*, que permite ao ministro do Interior restringir a liberdade das pessoas suspeitas de estarem implicadas em atividades terroristas, sem garantia judiciária adequada; e a *Enquiries Act (2005)*, que limita a independência dos juízes nomeados para dirigir as investigações, autorizando os ministros a escolher os elementos de prova que poderão ser, ou não, tornados públicos<sup>37</sup>.

Os atentados de Nova Iorque e Washington, mas também dos de Bali, Casablanca e Madrid, têm provocado a aprovação sucessiva de uma legislação autenticamente excepcional, não apenas para proteger os países do inimigo externo, mas também dos perigosos concidadãos que são os que realmente põem em perigo as liberdades e o bem-estar. Nesta linha vão a *Patriot Act* e outras normas similares que têm sido aprovadas ultimamente, e que são um perigoso precedente de restrição de direitos de cidadãos nacionais e de emprego de medidas policiais sem controle judicial<sup>38</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 não publicizados e decisões presidenciais arbitrárias tornou-se uma prática normal de Estado, como atestam as

---

<sup>36</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 14.

<sup>37</sup> GOLUB, Philip S. *Dossiê...*, op. cit.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 60.

revelações cotidianas sobre a tortura, a existência de um arquipélago de prisões secretas e as operações não legais de espionagem interior<sup>39</sup>.

O exacerbamento desse processo pode se visualizar pela construção da chamada teoria penal do inimigo, a qual serviria especificamente para os inimigos da sociedade. A fim de justificar um tratamento jurídico diferenciado, busca-se fundamento em Rousseau, Kant e Hobbes, de forma que a coação penal não se dirija contra a pessoa de direito, mas contra o indivíduo<sup>40</sup>. Nesse sentido, diz Jakobs: "...pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necesariamente es algo que no se puede perder"<sup>41</sup>.

Assim, quem não oferece um comportamento pessoal que não inspire segurança não pode esperar que o Estado o trate como pessoa, pois isso vulneraria o direito a segurança do resto da população<sup>42</sup>.

Importa aqui lembrar que, imediatamente após a aprovação da legislação que priva de direitos políticos os judeus — considerados uma raça diferente da alemã e ariana —, Carl Schmitt assinalou como mérito do nazismo a substituição da definição de homem pelos conceitos de cidadão e estrangeiro<sup>43</sup>. Esta fundamentação é hoje revisitada, pois permite a prática da tortura e impede o exercício das garantias processuais-constitucionais aos eleitos "inimigos da sociedade".

## **5 – O risco e as exigências de segurança**

Em virtude da progressiva restrição das liberdades em prol da segurança, torna-se imperioso contextualizar — mesmo que minimamente — a existência dos riscos e a sua

---

<sup>39</sup> GOLUB, Philip S. *Dossiê...*, op. cit.

<sup>40</sup> JAKOBS, Guinther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del inimigo*. In *Derecho penal del inimigo*. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 21-56, p. 45.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>43</sup> LOSURDO, Domenico. *Democracia...*, op. cit., p. 293.

relação com os níveis de intervenção do poder público, de forma que se possa mensurar a proporcionalidade das medidas restritivas adotadas.

Cabe inicialmente assinalar que, desde a origem, a função securitária esteve presente em toda a larga vida do Estado. Assim, o atual estado de segurança não é nada mais que uma variação da primeira formulação inicial de uma organização política cujo objetivo era garantir a estabilidade social<sup>44</sup>.

A partir da década de 70 do século XX, alguns autores buscaram a volta do modelo protetor estatal surgido nos séculos XVI e XVII<sup>45</sup>. Se é possível dizer que a instabilidade sempre acompanhou o Estado, pode-se afirmar que o mesmo sempre se utilizou dessa justificativa para fundamentar sua manutenção e atuação.

Nesse sentido, a necessidade de procurar uma especial segurança cognitiva frente aos que são considerados inimigos ignora a percepção dos riscos — que consistem em construções sociais que não estão relacionadas com às dimensões reais de tais “ameaças”, ocasionando, assim, um processo de supervalorização do inimigo. Ao menos entre os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum — nem a criminalidade, nem as máfias de drogas, nem tampouco o ETA — que realmente possa pôr em questão os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível<sup>46</sup>.

Isso fica especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões dos bens jurídicos pessoais sofridas por tais condutas delitivas com outros tipos de infrações criminais cometidas de modo massivo, e que se encaixam no conceito de normalidade<sup>47</sup>. A construção do medo é imediatamente seguido pela construção da norma.

Nesse sentido, a atuação do Estado se pautava anteriormente pela coletivização pública do risco da vida em toda a sua amplitude, tendo esta lógica se deslocado para uma forma específica de gestão dos riscos de criminalidade, como forma privilegiada de identificação e neutralização dos produtores do risco<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 62.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>46</sup> MELIÁ, Manuel Cancio. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?* in *Derecho penal del enemigo*. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 85-152, p. 129-130.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>48</sup> MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica...*, op. cit. p. 89.

Conseqüentemente, a legitimidade do poder público exige que a promessa de segurança cresça com os riscos e seja ratificada pela opinião pública<sup>49</sup>. Há de se ressaltar que, após a Guerra fria, houve a necessidade de “encontrar” outros inimigos, passando pelos narcotraficantes da Colômbia, e mais recentemente pelos terroristas.

Não se pode esquecer que é perfeitamente possível contextualizar ideologicamente a opção por tais medidas de exceção. Isso porque, tendo o Estado liberal se caracterizado por seu mínimo de intervenção, o apelo à segurança pode justificar o retrocesso na implementação dos direitos sociais e econômicos, e, conseqüentemente, um menor grau de intervenção na propriedade<sup>50</sup>.

Vislumbra-se, nesse sentido, uma mudança de paradigma: a cultura de direitos — própria do ideal normativo da sociedade de classes que buscava a igualdade —, passa a ser substituída pelo ideal de segurança na sociedade do risco. Esta transição em nenhum momento pretende sugerir o desaparecimento da desigualdade no seio da sociedade. Em realidade, a sociedade do risco implica uma nova forma de depauperização através de sua distribuição desigual: o risco continua para os pobres — há apenas uma mudança na orientação da preocupação pública<sup>51</sup>.

Trata-se de um intrincado jogo de interesses políticos, que tem a sua ramificação econômica — com as indústrias da guerra e da segurança privada —, os interesses políticos-militares, bem como a configuração de um Estado descomprometido com as demandas sócio-econômicas.

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 83. Nesse sentido, há de se ressaltar a luta das elites políticas e dos governos no sentido de criar e impor novas identidades que legitimem o Estado. Cf. GÓMEZ, José Maria. *Globalização da política: Mitos, realidades e dilemas*. Instituto de Relações Internacionais - PUC/Rio, Rio de Janeiro, nº 19, jul. 1997, p. 25.

<sup>50</sup> Com efeito, aponta-se o projeto neoliberal como causador de uma crise permanente, determinada por todo um conjunto de desajustes (e reajustes) e processos de transformação que afetam a todos os níveis do social MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica...*, op. cit., p. 76; No mesmo sentido, MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 56-57.

<sup>51</sup> Nesse sentido MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica...*, op. cit. p. 77, com base na obra de BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo global*. Madrid, 1998.

## 6 – Estado de exceção permanente

Ao elaborar critérios para o funcionamento da ditadura constitucional, Rossiter estabelece como premissa para o seu funcionamento o rápido retorno à normalidade assim que a crise for concluída<sup>52</sup>, atribuindo ao parlamento a responsabilidade de assegurar que o ditador aja responsabilmente, ou seja, dentro dos limites constitucionais.

Reconhece, contudo, que o maior perigo da ditadura constitucional é a possibilidade dela se tornar permanente, como ocorreu no estado de sítio decretado por Napoleão III e no fim da República de Weimar<sup>53</sup>. A malfadada experiência alemã também é citada por Agamben para defender que o estado de exceção pode funcionar como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime autoritário, embora inicialmente tenha sido justificado para a defesa da Constituição<sup>54</sup>.

Bastante elucidativa é a posição de Rossiter, a qual é acompanhada textualmente por Agamben:

Descrevendo os governos de emergência nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa — [...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar-se em todos, instituições duradouras mesmo em tempos de paz<sup>55</sup>.

A criação de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive das chamadas nações democráticas. O estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma “técnica de governo” ameaça transformar radicalmente — e, de fato, já transformou de

---

<sup>52</sup> Nesse sentido é muito claro o décimo primeiro critério, cf. ROSSITER, Clinton. *Constitucional...*, op. cit., p. XIV.

<sup>53</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitucional...*, op. cit., p. 294-295.

<sup>54</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 29-30.

<sup>55</sup> ROSSITER, Clinton. *Constitucional...*, op. cit., p. 313; AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 21-22.

modo muito perceptível — a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição<sup>56</sup>.

Nesse sentido, tem o governo Bush conseguido produzir uma situação em que a emergência se torna a regra e a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível<sup>57</sup>.

Além disso, é possível também traçar um paralelismo entre a Europa do século XVII e a globalidade do século XXI. Como naquele contexto, hoje a guerra tem se convertido em uma situação generalizada e permanente. O aparecimento da violência letal é uma possibilidade constante, sempre disposta a se manifestar em qualquer momento e lugar. Não se trata de guerras isoladas, senão de um estado de guerra geral e global que erode a distinção entre a guerra e a paz. Assim, o sentimento de excepcionalidade tem se instalado na consciência coletiva<sup>58</sup>.

Percebe-se que a sensação de risco tem se generalizado a ponto de legitimar que as medidas restritivas da liberdade sejam cada vez mais intensas. Na medida em que tais restrições passam a ser positivadas e aplicadas pelo Estado sem prazo determinado, resta prejudicada a característica da transitoriedade, típica do estado de exceção tradicionalmente entendido. Não havendo atualmente perspectivas de retrocesso na adoção de tais medidas e considerando que o elemento “segurança” acaba por prevalecer em relação à liberdade, não há como configurar esta situação senão como estado de exceção permanente.

## **7 – Considerações finais**

Caso os movimentos de resistência não obtenham êxito face a esta nova configuração, terão que ser redefinidos inúmeros institutos que são caros às constituições vigentes. Nesta direção, o princípio da separação dos poderes passaria a ter outra conformação, pela qual o Poder Executivo definitivamente teria superioridade formal em relação aos outros poderes, de forma a possuir o monopólio legislativo em algumas matérias relacionadas à segurança, além de excluída a apreciação jurisdicional destes temas.

---

<sup>56</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 13.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>58</sup> MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica...*, op. cit. p. 100.

Neste cenário, não tão distante quanto se imagina, a harmonia entre os poderes constitucionais seria substituída pela responsabilidade do presidente da república em decidir qual seja o melhor destino para a defesa da nação. O risco de esvaziamento dos regimes políticos democrático é evidente, visto que a concentração de poderes absolutos via de regra conduz a regimes totalitários de matriz personalista. Mesmo que não se chegue a tal ponto, parece claro que valores constitucionais, como dignidade da pessoa humana, privacidade e integridade física, cedem e cederão ainda mais espaço à preservação da segurança das instituições e da sociedade.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo global*. Madrid, 1998.

CMAR, Thomas. *The Constitution in wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. in *Constellations*, volume 13, number 03, 2006.

GOLUB, Philip S. *Dossiê "Guerra Infinita"/Ataque às Liberdades*. in *Le Monde diplomatique*. Set. 2006 < <http://diplo.uol.com.br/2006-09,a1396>>. Acesso em 09 dez. 2006.

GÓMEZ, José Maria. *Globalização da política: Mitos, realidades e dilemas*. Instituto de Relações Internacionais - PUC/Rio, Rio de Janeiro, nº 19, jul. 1997.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HABERMAS, Jurgen. *A guerra e seus juízos contraditórios*. In *Folha de São Paulo*, 27 abr. 2003.

JAKOBS, Guinther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del inimigo*. In *Derecho penal del inimigo*. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 21-56.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo ou decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*. In *La Tensión entre libertad y seguridad*:

Una aproximación sócio-jurídica. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Rioja, 2006, p. 71-105.

MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones del Estado: Del Estado protector al Estado de seguridad*. In *La Tensión entre libertad y seguridad: Una aproximación sócio-jurídica*. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Rioja, 2006, p. 55-70.

MELIÁ, Manuel Cancio. *De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?* in *Derecho penal del inimigo*. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 85-152.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship: Crisis government in the modern democracies*. Third printing. New Brunswick (EUA): Transaction Publishes, 2005.