



ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA JURÍDICA
O Estado de Exceção em Nova Fase
- será mesmo cegueira?

ESSAY ABOUT LEGAL BLINDNESS
The State of Exception in a New Phase
- is it really blindness?

ENSAYO SOBRE LA CEGUERA JURÍDICA
El estado de excepción en una nueva fase
- ¿Es realmente ceguera?

Vinício Carrilho Martinez

Universidade Federal de São Carlos

E-mail: vicama@uol.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0593-0544>

Vinícius Alves Scherch

Prefeitura Municipal de Bandeirantes

E-mail: vinnyscherch@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3671-3822>

RESUMO

Neste artigo é trabalhada a hipótese de uma nova fase do Estado de Exceção. O texto é construído sob a forma de ensaio, vez que trata de uma leitura dos golpes que são dados à Constituição e que são produzidos por sujeitos políticos em cotejo com aspectos jurídicos que podem ser colocados como protetores do próprio ordenamento normativo. Há de se observar situações permissivas de exceção e como isso pode afetar o Estado de Direito diante do comportamento de atores políticos. Foi aplicada a metodologia indutiva e a pesquisa do tipo bibliográfica. A conclusão do texto é de que há uma ameaça à normalidade que se desdobra no exercício arbitrário do poder.

Palavras-chave: Estado de Exceção; Constitucionalismo democrático; Estado de Direito.

ABSTRACT

This article works on the hypothesis of a new phase of the State of Exception. The text is built in the form of an essay, since it deals with a reading of the blows that are given to the Constitution and that are produced by political subjects in comparison with legal aspects that can be placed as protectors of the normative order itself. It is necessary to observe permissive situations of exception and how this can affect the rule of law in the face of the behavior of political actors. The inductive methodology and bibliographic research were applied. The conclusion of the text is that there is a threat to normality that unfolds in the arbitrary exercise of power.

Keywords: State of Exception; Democratic Constitutionalism; Rule of law.

RESUMEN

Este artículo trabaja sobre la hipótesis de una nueva fase del Estado de Excepción. El texto se construye en forma de ensayo, ya que se trata de una lectura de los golpes que se le dan a la Constitución y que le producen los sujetos políticos en comparación con aspectos jurídicos que pueden situarse como protectores del propio orden normativo. Es necesario observar situaciones permisivas de excepción y cómo esto puede afectar el Estado de derecho frente al comportamiento de los actores políticos. Se aplicó la metodología inductiva y la investigación bibliográfica. La conclusión del texto es que existe una amenaza a la normalidad que se manifiesta en el ejercicio arbitrario del poder.

Palabras-Clave: Estado de Excepción; Constitucionalismo democrático; Estado de derecho.

Recebido em: 01/09/2023
Aceito em: 05/06/2023
Publicado em: 31/08/2023

INTRODUÇÃO

Esse texto é um ensaio. Traz um fato, não tem respostas – tem questões em aberto que o tempo, os atores, as instituições e as circunstâncias resolverão ou modificarão. Neste sentido, além de não ter um corpus teórico solidificado, nem doutrinas atualizadas, ainda concorrem fatores conjunturais e questões de princípios que desafiam as posições mais ortodoxas ou outrora pavimentadas, consolidadas – não temos nem mesmo decisões jurídicas consubstanciadas: é como se o Judiciário corresse atrás de cada incêndio. Por isso dizemos que o Estado de Exceção está em nova fase, outro patamar – o próprio negacionismo nos revelou, relegou, a necessidade de ações pragmáticas ultrapassando os limites “formais e regulares” do Estado de Direito¹ – e, em suma, é isso que

¹ Por Estado de Direito se deve entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para a garantia do estatuto individual, submete-se ele mesmo a um regime de direito, porquanto encadeia sua ação em respeito a eles, por um conjunto de regras, das quais umas

podemos denominar de Estado de coisas Inconstitucional. Não seria preciso dizer, mas, evidentemente, que esse trabalho de reflexão, prospecção num problema profundo – com apoio da melhor análise conceitual, lógica, intuitiva e crítica que pudemos dispor –, não se posta a servir a nenhuma ação golpista, negacionista ou fascista, de qualquer gênero.

A elaboração do texto utiliza o método indutivo, pois apresenta-se o objeto por um recorte menor que leva ao contexto maior. Ou seja, o objetivo é apresentar uma nova fase do Estado de Exceção que conversa com a teoria mais generalizada do tema. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, fundada na literatura de Direito do Estado, Sociologia e Ciência Política.

O artigo se divide em três partes, na primeira tratando de algumas referências do Estado de Exceção, na segunda tecendo considerações sobre a normalidade constitucional e na terceira refletindo sobre a Constituição e o Estado de Exceção.

ALGUMAS REFERÊNCIAS

No sentido exposto inicialmente, o conceito abstrato de Agamben (2004)² – como nivelamento de toda forma-Estado de Exceção a um único dispositivo filosófico – perdeu potência diante do realismo político. O exemplo retumbante do *lockdown* de 2020, sob a Pandemia COVID-19, provou isso. Não se tratava de Estado de Exceção convencional, mas sim de Estado de Emergência Sanitária ou “situação de emergência” na saúde pública.

determinam os direitos outorgados aos cidadãos e outras estabelecem previamente as vias e os meios que poderão se empregar com o objetivo de realizar os fins estatais: duas classes de regras que têm por efeito comum limitar o poder do Estado subordinando-o à ordem jurídica que consagram (MALBERG, 2001, p. 449-461).

² No final da ação, após a decretação da intervenção forçosa do poder, dir-se-á que a exceção está fora do alcance do Estado de Direito, uma vez que todo o ordenamento encontrar-se-á suspenso: “O paradoxo da soberania se enuncia: ‘o soberano está ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico’ [...] A especificação ‘ao mesmo tempo’ não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei” (AGAMBEN, 2002, p. 23).

Interessante pensar que, ao largo da emergência na saúde pública, nos últimos anos observamos não só muitas variações de *exceptio*, como golpes institucionais, golpes de Estado, ditaduras e autocracias, como também visualizamos uma forte onda de decréscimo na confiança (“expectativa do direito”) e na vigência institucional do próprio Estado de Direito³. Entende-se, basicamente, que o Estado de Exceção vai se amoldando às circunstâncias do poder e, também por isso, o Fascismo prospera em seus tentáculos como um recurso institucional, uma reserva excepcional na energia que pode liberar, e sempre a serviço do capital. As variações do Fascismo, os Fascismos, mais do que “projeto político”, são, portanto, meios de exceção, excepcionalidades, que confirmam a regra do capital – como se fosse uma Razão de Estado vertida à consolidação do capital, porém, na forma da “última razão dos reis”.

Do outro lado da cena, agora como atualização das Teses sobre a História, de Benjamin (1987), propõe-se um “legítimo Estado de Exceção”, popular, libertário, em desfavor do Estado de Direito Burguês ou do apadrinhado bonapartismo *soft* (LOSURDO, 2004). Ou, ainda, pode-se indagar: estaremos diante da vigência de alguma variante do Cesarismo (GRAMSCI, 2000)? Será um atuante, transformado, Estado de não-Direito (CANOTILHO, 1999) – todavia, voltado contra os perpetradores da negação do Estado de Direito? Não deixa de ser irônico pensarmos que a ação extravagante, extraordinária, do Estado de coisas Inconstitucional volte-se contra o Fascismo de estilo miliciano e bonapartista (MARX, 1978) que aprisionou o Estado para melhor servir ao capitalismo altamente predatório originado entre nós a partir de 2016.

No Brasil, especificamente, vigora uma resposta institucional (essencialmente judicial) aos descabros do Necrofascismo (MARTINEZ, 2020) ou apenas trata-se de outra forma/modalidade do nosso contínuo estágio de “golpes institucionais” (BONAVIDES, 2009)?

³ Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/brasil-ranking-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Não há respostas prontas, tampouco são devaneios ou exercício metafísico do Direito. É simplesmente a história político-jurídica em movimento, por meio de um exemplo concreto do que é a Luta pelo Direito, sob as condições da luta de classes.

Em todo caso, é bom reafirmar: embora o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha atuado, num primeiro momento, em favor dos descalabros da Operação Lava Jato, e sem que se pronunciasse oficialmente contra o Golpe de Estado de 2016, o emprego atual do Estado de coisas Inconstitucional objetiva garantir os marcos mínimos da democracia representativa e o mínimo vislumbre das premissas do Estado de Direito. Neste caso, de modo evidente, objetiva-se agir por meio de uma “anormalidade jurídica” tendo-se em vista a garantia de preservação da Normalidade Constitucional.

NORMALIDADE CONSTITUCIONAL(?)

O que seria a nossa "Normalidade Constitucional"?

Não deveria haver Normalidade Constitucional fora do bojo da Carta Política de 1988 (MARTINEZ, 2021) e muito menos que desconhecesse a Força Normativa da Constituição (HESSE, 1991).

O que se entende, normalmente (sob o guarda-chuva do Estado de Direito e da República), não nos leva a crer que a tradicional independência dos poderes deveria ser guardada?

Normal não é manter o fluxo regular do Estado de Direito, com ritos e institutos formais?

O Estado de Direito não é delimitado pela negação jurídica de atos "extra petita, infra petita e contra petita", ou seja, pelo viés da institucionalidade, não é certo esperar que nenhum ato público deveria ir além da lei, estar contra a lei ou restar inferiorizado em seu alcance legal e legítimo⁴?

⁴ “Por Estado de Direito se deve entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para a garantia do estatuto individual, submete-se ele mesmo a um regime de direito, porquanto encadeia sua ação em respeito a eles, por um conjunto de regras, das quais umas determinam os direitos outorgados aos cidadãos e outras estabelecem

Porém, o Estado de coisas Inconstitucional – o modelo vigente, em que o Judiciário (STF, em espécie) exorbita suas funções para fazer valer a Constituição –, não age de forma "supra petita"?

Ao assim decidir, o STF (Supremo Tribunal Federal na condicionante de guia do Estado de coisas Inconstitucional) não impõe o dever de se arguir "conforme petita" – neste caso, cumprir a Constituição?

Já não se instaura aqui um enorme paradoxo – agir além da Constituição, a fim de que, precisamente, faça-se valer o Objeto Positivo da CF88?

Convenhamos que extrapola a lógica formal agir fora da Constituição para que, exatamente assim, a Constituição seja cumprida.

O estado de coisas inconstitucional foi importado pelo STF da jurisprudência colombiana, a partir de três premissas básicas para que tal situação possa ser reconhecida: (i) primeiro, exige-se a configuração de um descumprimento generalizado de direitos fundamentais afetando um número considerável e indeterminado de pessoas; (ii) segundo, é necessária a constatação de uma inaptidão contínua e reiterada dos agentes públicos na condução de medidas para sanar a situação de violação dos direitos; e (iii) terceiro, a resolução dessas violações aos direitos demanda uma ação positiva – obrigação de fazer – do Poder Público para sanar as inconstitucionalidades sistêmicas.

previamente as vias e os meios que poderão se empregar com o objetivo de realizar os fins estatais: duas classes de regras que têm por efeito comum limitar o poder do Estado subordinando-o à ordem jurídica que consagram [...] Isto implica duas coisas: por um lado, quando entra em relação com os administrados, a autoridade administrativa não pode ir contra as leis existentes, nem se apartar delas, ela está obrigada a respeitar a lei. Por outro lado, no Estado de Direito em que se tenha alcançado seu completo desenvolvimento, a autoridade administrativa não pode impor nada aos administrados se não for em virtude da lei, e não pode aplicar, com respeito a eles, senão as medidas previstas explicitamente pelas leis ou ao menos implicitamente autorizadas por elas; o administrador que exige de um cidadão um feito ou uma abstenção deve começar por mostrar-lhe o texto da lei de onde toma o poder para dirigir-lhe esse mandamento⁴ [...] **Por conseguinte, em suas relações com os administrados, a autoridade administrativa não deve somente abster-se de atuar contra legem senão que ademais está obrigada a atuar somente secundum legem, ou seja, em virtude das habilitações legais.** Finalmente, o regime do Estado de Direito implica essencialmente que as regras limitantes que o Estado impôs a si mesmo, em interesse de seus súditos, poderão ser alegadas por estes da mesma maneira que se alega o direito, já que somente com esta condição terão de constituir, para o súdito, verdadeiro direito [...] O regime do Estado de Direito significa que não poderão impor-se aos cidadãos outras medidas administrativas, que não sejam aquelas que estejam autorizadas pela ordem jurídica vigente, e, por conseguinte, exige-se a subordinação da administração tanto aos regulamentos administrativos quanto às leis (MALBERG, 2001, p. 449-461 – tradução livre – grifo nosso).

Foi isto que o STF tratou na Medida Cautelar da ADPF 347/DF⁵, cujo extenso julgado aponta a dificuldade na conjugação da opinião pública, da justiça e da função contramajoritária da corte, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, demandando a imposição da adoção de soluções estruturais para sanar o problema.

De forma geral (e legítima, diante da obrigação da Justiça Social), o Estado de coisas Inconstitucional pode ser definido como Estado de Exceção?

Se sim, o que é e até aonde vai (poderia ir) sua excepcionalidade?

Em sentido concomitante, o Estado de coisas Inconstitucional, na pandemia, no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de 2022, é uma modalidade de Exceção?

⁵ Cita-se o trecho do voto do Min. Marco Aurélio: “em síntese, a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna. A opinião pública está no coração da estrutura democrático-parlamentar. Ignorá-la pode significar não só o fracasso das políticas que defendem, mas também das tentativas de reeleição a cargos no Legislativo e no Executivo. Essa preocupação é tanto maior quanto mais envolvida matéria a atrair a atenção especial do público. Questões criminais são capazes de gerar paixões em um patamar que outros temas e áreas do Direito não conseguem. A sociedade não tolera mais a criminalidade e a insegurança pública, e isso implica ser contrária à preocupação com a tutela das condições dignas do encarceramento. Essa rejeição tem como consequência direta bloqueios políticos, que permanecerão se não houver intervenção judicial. Pode-se prever a ausência de probabilidade de os poderes políticos, por si só, tomarem a iniciativa de enfrentar tema de tão pouco prestígio popular. Em casos assim, bloqueios costumam ser insuperáveis. Comparem com a saúde pública: há defeitos estruturais sérios nesse campo, mas se tem vontade política em resolvê-los. Não existe um candidato que não paute a qualidade dos serviços. Deputados lutam pela liberação de recursos financeiros em favor da população das respectivas bases e territórios eleitorais. A saúde pública sofre com déficits de eficiência, impugnados judicialmente por meio de um sem-número de ações individuais, mas não corre o risco de piora significativa em razão da ignorância política ou do desprezo social. O tema possui apelo democrático, ao contrário do sistema prisional. É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais. A história possui vários exemplos de agentes políticos haverem acionado cortes constitucionais, visando encontrar soluções a casos moralmente controversos e impopulares e, assim, evitar choques com a opinião pública. Os poderes majoritários apostam no perfil contramajoritário das cortes constitucionais ou supremas: condenadas judicialmente a atuar, autoridades públicas se escudam no Estado de Direito e no consectário dever de observar ordens judiciais para implementar aquilo que teriam feito voluntariamente se não temessem custos políticos. Não se quer dizer com isso que o Tribunal não deva atenção à opinião pública. Mesmo o Judiciário não pode prescindir da confiança popular acerca da legitimidade das decisões que produz. Juízes e Tribunais não podem permitir que o público perca a fé na instituição “Judiciário” e no sistema de justiça penal. A credibilidade moral da justiça criminal é relevante como fator de respeito difuso às leis e às instituições e de prevenção a iniciativas de “justiça com as próprias mãos” (ADPF 347 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, public 19-02-2016).

Podemos pensar num Estado de Exceção benigno ao povo, como encarnação pós-moderna do *potestas in populo*, em regime de urgência a fim de se regular, conter ou inibir o poder *ex parte principis*?

A própria catástrofe ambiental, anunciada há tempos, não nos permite pensar numa forma de exceção contra os abusos do capital (depredador da natureza e da dignidade humana)? Um Estado de Emergência Ambiental – a partir da ONU e dos marcos regulatórios internacionais – seria sempre um atentando ou desvio não-condizente, precisamente, aos desvios “liberais” que, hoje, impõe-nos o dever de impor limites mais agudos aos direitos individuais?

Porém, como as excepcionalidades no Interior do Estado Democrático de Direito podem/devem ser consideradas, diante desse amplo conjunto?

O Estado de coisas Inconstitucional seria um movimento acima (institucionalmente), um patamar distinto (juridicamente), como legítimo aprofundamento do *sistema de discrimen* – uma discriminação positiva, contendo-se ou revertendo-se as negativas ou a inação do Poder Político (leia-se Executivo) que, sobretudo, afligem a sociedade e os mais pobres diretamente?

Não é, em si, uma excepcionalidade discriminar (positivamente) indivíduos ou grupos em face de histórica de inegável discriminação individual ou populacional? Nos serviriam de exemplo, além de catalogar a dialética no andamento da História do Direito, os assim chamados Direitos Individuais Homogêneos?

Se a resposta for positiva para os itens acima, podemos pensar que o Estado de coisas Inconstitucional veio para ficar?

Nesse caso, não haveria desdobramentos de um paradoxo inicial?

1. Ações "supra petita" (Judiciário) a fim de se inibir a desídia "infra petita" (Executivo), podem resultar em uma necessária Mutação Constitucional?
- 1.1 Porém, não seria um risco enorme promover-se um "mini processo constituinte", no contexto de um Congresso Nacional ainda mais conservador (em 2023), do que o atual?

1.1.1 A Exceção invocada (pelo Judiciário) contra a própria execução da Exceção (inércia do Executivo), seria um degrau do sistema de freios e contrapesos? Todavia, de volta aos limites da legalidade/legitimidade, tal solução caminhará para além do Estado Democrático de Direito?

Se sim, quais os riscos fáticos embutidos nesse tipo de “normalização da exceção”? Além da nefasta “normalização da exceção” que conclama toda sorte de crimes contra a Democracia e de violações à Constituição, o que o futuro nos reserva – iremos normatizar de alguma forma condigna ao Estado de Direito, esse atual Estado de coisas Inconstitucional? Se sim, isso não corresponde a “normalizarmos a exceção”?

Normatizado (normalizado), quais seriam os limites do Estado de coisas Inconstitucional, visando-se a salvaguarda do Princípio do não-Retrocesso Social – leia-se, em hermenêutica extensiva, não se permitindo também retrocesso moral, político e jurídico –, para que, efetivamente, não pudesse ser invocado por forças antidemocráticas, autocráticas, reacionárias, divergentes aos interesses do povo?

Seria, este, um novo tipo de constitucionalismo agudo?

No entanto, e de fato, quais são efetivamente as garantias de que essa excepcionalidade não será invocada (distorcendo-se suas premissas teleológicas e raízes históricas) em desserviço à Justiça Social – Interação Jurídica que, notadamente, o invocou?

ÚLTIMAS, DAS PRIMEIRAS REFLEXÕES

Historicamente (ontologicamente), excepcional é a fruição da Justiça Social, em face aos arbítrios reacionários, tanto quanto (teleologicamente) o Estado de coisas Inconstitucional, por mais que esteja fora da Constituição, é o modelo político-jurídico mais próximo do Espírito da Constituição.

Se não fosse pelo fato notório de que a CF88 abriga e obriga à consecução da Justiça Social, o Estado de coisas Inconstitucional seria celebrado por revolucionários do Direito e das Teorias do Estado.

Outra questão que se abre incide na reflexão sobre o Estado de coisas Inconstitucional ser, obviamente, uma excepcionalidade, porém não propriamente um protótipo de Estado de Exceção. Pode até ser visto “para além do Estado de Exceção” – por não ter abrigo constitucional e no ordenamento jurídico (figurando como ativismo judicial) –, com apoio na principiologia – ao mesmo tempo em que não tem amparo constituinte para assim agir (não há inclusão de norma de exceção), assim o faz, indicando que o próprio Estado de Exceção “desenvolveu” um tipo de excepcionalidade para além dos protótipos e do conceito original. Na prática, o Estado de coisas Inconstitucional tem figurado na forma de um “Estado de Exceção do bem”; se não alcança a proposição de Benjamin, já sinaliza para sua percepção, motivação:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Neste momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica (BENJAMIN, 1987, p. 225).

Assim, pode-se entender que objetiva o ideal cumprimento da Constituição, notadamente as institucionalidades da Justiça Social e afere uma “obrigação pública de fazer”, no tocante aos preceitos fundamentais. Com esse ideário, que deveria ser a regra espetacular do Estado Democrático de Direito, o Estado de coisas Inconstitucional deve se comunicar com a justiça, mas ao custo do Estado de Direito. O que também é uma forma de se ver a interposição de excepcionalidades de poder constituído, sem que se configure como Estado de Exceção.

Não há dúvidas de que se constituiu como poder de exceção (Judiciário), não obstante tenha o preceito fundamental como objetivo, e assim pode ser compreendido como uma *exceptio* agindo contra outro estado (estágio) da exceção: a inoperância do Executivo em cumprir os preceitos constitucionais.

Sem que se configure como Estado de Exceção, o Estado de coisas Inconstitucional é um recurso excepcional atuante contra uma das piores excepcionalidades presentes nas Teorias do Estado: o Estado de não-Direito (CANOTILHO, 1999) ou simplesmente o não-Estado. Não haveria exagero em se dizer que, enfaticamente, o STF estaria atuando sob a reserva constitucional de ser o Guardião da Constituição. A série interminável de admoestações do Executivo brasileiro contra a Constituição, as instituições, os direitos fundamentais, a democracia, ilustra como se organizou contra o próprio Estado – na forma de um anti-Estado – e, por consequência, gerou vazios de poder organizado, porém, a serem preenchidos por forças irregulares e contrárias às institucionalidades democráticas. Em um paralelo, é o não-Estado brasileiro que subordina o Estado de Direito a forças, grupos, interesses antirrepublicanos:

Para o nosso objetivo, é interessante notar que numa doutrina do primado do *não-Estado*, o Estado se resolve na detenção e no exercício legítimo do poder coativo, de um poder meramente instrumental na medida em que presta serviços (indispensáveis, mas, pela sua própria natureza, de grau inferior) a uma potência supraordenada. Esta observação é interessante porque a própria representação instrumental do Estado ocorre quando o *não-Estado* que avança as próprias pretensões de superioridade contra o Estado é a sociedade civil-burguesa (BOBBIO, 1986, p. 123).

Ainda que de forma mais contundente, em contrário às premissas do assim chamado Estado Burguês – Capital/Estado/Direito – o simples arrepio das institucionalidades jurídicas e administrativas, sem que haja outro lastro organizacional do poder instituído, o resultado é a imposição de formas antiestatais, ainda mais disruptivas. Se nos compete a crítica ao Bonapartismo

soft (LOSURDO, 2004), por outro lado, nos cabe refletir que a crítica da crítica – o anti-Estado gerador do não-Estado não é necessariamente o Estado Burguês, pode ser o seu avesso – deveria nos remeter ao Processo Civilizatório. E aqui, novamente, o Estado de coisas Inconstitucional responde com a preservação do Princípio do não-Retrocesso Social (moral, ético, cultural, político, ambiental: societal).

Em paralelo a isto ainda podemos incidir um pensamento sobre os limites (ou objetivos reais) da dominação racional-legal praticada no bojo do Estado Democrático de Direito. Será que, efetivamente, chegamos ao limiar de negação dessa forma de organização do poder – dominação racional-legal – no Brasil? O não-Estado, o indutor anti-Estado, terão alcançado seu apogeu nas condições e estruturas nacionais de desprezo constitucionais, civilizatórios, da própria Política? Weber (1979) não será reconhecido como legítimo, diante desse paralelismo da iniquidade, da corrupção institucional, da negação de qualquer epistemologia civilizatória?

Ou, em outra linha – ou em paralelo a esta –, podemos pensar que a dominação racional-legal tem em seu estojo de institucionalidades, exatamente, o objetivo de se consolidar, estruturar, o Estado de Exceção⁶? Há muitas excepcionalidades jurídicas, especialmente no sentido de que afastam a relação imediata entre Direito e coerção – legítima defesa, *discrímen*, direito premial –, e há outras que se justificam como “leis de proteção do Estado” (o que restou, entre

⁶ Este foi o objetivo específico da tese de doutorado: “o objetivo específico da tese é explicitar, explicar o Estado de Exceção como um tipo ideal que vem se apoderando das democracias constitucionais; não como modelo a ser seguido feito remédio jurídico ou teleológico, não como ideal a ser perseguido; ao contrário, como recurso metodológico que facilite na compreensão da tipologia estatal. Também procuramos examinar alguns recortes acerca do(s) modo(s), como a Razão de Estado forneceu os indicativos de que o sistema iria, rapidamente, modificar e instrumentalizar o poder a serviço da *excepcio*. Portanto, o objeto da tese é indicar como, na atualidade da Modernidade Tardia esta força modificativa do poder tanto se vê na transformação da Razão de Estado em Estado de Exceção Permanente, quanto na conversão da necessidade em Estado de Necessidade. Neste sentido, a Razão de Estado teria sido a primeira manifestação clara de que a política se converteria em razão instrumental, a serviço do Estado e dos grupos de poder hegemônicos. Weber foi, talvez, o autor que não só percebeu esse movimento, como perscrutou por seus caminhos mais inconfessáveis. A ética desse sistema, portanto, era (e é) a ética do poder instituído - mas instituído como poder ou soma de poderes em que se plasmava toda a sociedade. Em análise conjunta ou em paralelo ao desencantamento do mundo, (re)vigora os riscos e os perigos da vida moderna (MARTINEZ, 2010)”.

nós, da conhecida Lei de Segurança do Estado) e ainda há previsões constitucionais acerca do Estado de Exceção (Estado de Sítio).

É importante destacar que a previsão constitucional do Estado de Sítio não coincide com a imposição de algum tipo absoluto de Estado de Emergência (art. 139 da CF88), em que viesse a vigorar a Lei Marcial, sob o regime do direito militar e suas consequências, como julgamento e execução ordinária – ressalvada a possibilidade da pena de morte prevista no art. 5º, XLVII – “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”⁷. Não há dissolução do Legislativo; pelo contrário, será parte ativa (como freio e contrapeso) em todo o processo: autorizando, fiscalizando e julgando ao final (art. 140 da CF88).

O Poder Constituinte delineou limites mais próximos aos moldes dos *editos de Júlio César* (controle de espacialidade, temporalidade, profundidade e alcance)⁸, no entanto, a figura reticente de tentativas de golpe, autogolpe,

⁷ Inciso XIX: “declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

⁸ Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

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

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

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

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

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

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

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

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

I - obrigação de permanência em localidade determinada;

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

contragolpe, em todas as suas variáveis – notadamente as que buscam legitimação, como em 2016 – nos indicam este complemento: o desdobramento da dominação racional-legal em Estado de Exceção Permanente, quer seja por ação discricionária do mandatário, quer seja por decomposição e transmutação regressiva da Hermenêutica Constitucional.

O Estado de Exceção é uma negação em relação a Max Weber ou, ao contrário, o Estado de Exceção será a comprovação, o estiramento, o estertor da dominação racional-legal? De qualquer modo que advenham nossas respostas, o Estado de coisas Inconstitucional estará no miolo dessa questão, como atuante excepcionalidade, e com claro sinal propositivo de que assim será posto, a fim de se inibirem as piores idiossincrasias do Estado de Exceção: autocracia, cleptocracia, plutocracia, oclocracia, ou simplesmente negação da inclusão constitucional democrática.

CONCLUSÃO

O Estado de Exceção é consequência antinomia política e jurídica, que cada vez mais busca se colocar dentro da normalidade, chegando ao ponto de ser possível considerar a normalização da exceção e a exceção normatizada, como é exemplo do art. 142 da CF88. Inobstante, a imposição da *exceptio* como algo que vai se adaptando ao cotidiano sem que seja uma ameaça ao Estado de Direito é

III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;

IV - suspensão da liberdade de reunião;

V - busca e apreensão em domicílio;

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

VII - requisição de bens.

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

Art. 140. A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio.

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

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

uma recorrência do abuso de poder que é praticado pelas autoridades públicas, vindo a corroborar na afirmação de Benjamin de que a tradição mostra o Estado de Exceção como uma regra geral.

Não há uma neutralidade do Direito e tal afirmação pode ser inferida tanto do ponto de vista das lutas sociais que se colocam como base da construção do ordenamento constitucional – a partir da CF88 –, como também não se pode olvidar que há um aspecto protetivo das elites, pelos arranjos estruturais de poder que se aproveitam da democracia para se perpetuar.

O Estado de Exceção se promove mediante golpes pelo abuso do poder político, que diversas vezes ocorre com ressalvas do jurídico. Mas longe de ser um antídoto pleno à exceção, o Poder Judiciário ao se impor com força desestruturante, pode vir a resgatar a normalidade de forma anormal. Conquanto tenha uma conotação paradoxal, esse a extrapolação dos limites seria somente para o resgate efetivo do espírito da constituição e para a defesa dos direitos fundamentais, ou seja, para a restauração da ordem normativa e substancial do Estado Democrático de Direito.

Ainda continua aberta a questão, pois não se pode concordar com a atuação extravagante das cortes, sob pena de se desdobrar em novas nuances do Estado de Exceção, que se aproveita da cegueira moral para validar práticas autoritárias. Enquanto há um compromisso com a Constituição não existe um problema profundo, mas se a atuação se desvia para uma hermenêutica degenerativa, novamente a normalidade cede lugar à exceção.

Por fim, a normalidade é uma condição frágil da sociedade contemporânea, que a todo momento é influenciada por exercícios arbitrários de poder.

REFERÊNCIAS

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

BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas** – Magia e Técnica, Arte e Política. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.



BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Edição Gradiva, 1999.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. (Org. Carlos Nelson Coutinho). v. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado**. 2ª reimpressão. México : Facultad de Derecho/UNAM : Fondo de Cultura Económica, 2001.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Estado de Exceção e Modernidade Tardia: da dominação racional à legitimidade (anti) democrática**. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. UNESP/Marília, SP: [s.n.], 2010, 410 páginas.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Fascismo Nacional – Necrofascismo**. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. **O Conceito de Carta Política na CF/88: freios político-jurídicos ao Estado de não-Direito**. Londrina: Thoth, 2021.

MARX, Karl. **O 18 Brumário e cartas a Kugelmann**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

WEBER, MAX. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SOBRE OS AUTORES

Vinício Carrilho Martinez

Pós-Doutor em Direito e em Ciência Política. Professor Associado da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar/CECH.

Vinícius Alves Scherch

Doutorando em Ciência, Tecnologia e Sociedade - PPGCTS/UFSCar. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.