

ESTADO DE EXCEÇÃO E CLÁUSULA DE NECESSIDADE: UMA TENTATIVA DE JUSTIFICAR A INSTAURAÇÃO DO ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO

STATE OF EXCEPTION AND NECESSITY CLAUSE: AN ATTEMPT TO JUSTIFY THE INSTALLATION OF THE POST-DEMOCRATIC STATE

Laura Vaz Bitencourt¹

Caroline Muller Bitencourt²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo central apresentar uma tentativa de justificação para a instauração do Estado Pós-Democrático, a partir dos conceitos de Estado de Exceção e a cláusula de necessidade, trabalhando com a possível superação do Estado Democrático de Direito, especialmente no tocante as suas características fundacionais relacionadas à igualdade, liberdade e o princípio da legalidade. Para tanto, far-se-á uma abordagem quanto ao surgimento e conceituação do Estado Democrático de Direito, trazendo um breve referencial quanto a conceituação do Estado Pós-Democrático, para, a partir de então explicar acerca do Estado de Exceção e a cláusula de necessidade como tentativa de justificação para a instauração do Estado Pós-Democrático. O método de abordagem é dedutivo, procedimento analítico, utilizando-se da técnica de documentação direta através de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Estado de Exceção; Cláusula de Necessidade; Estado Democrático de Direito; Estado Pós-Democrático.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com linha de pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Graduada em Direito pela mesma universidade. Integrante do Grupo de Estudos Estado, Administração Pública e Sociedade (UNISC). E-mail: laura.vazbitencourt@hotmail.com

² Professora de Teoria do Direito do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade de Passo Fundo. Professora da graduação e da pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Email: carolinemb@unisc.br

ABSTRACT

The main objective of this study is to present an attempt to justify the establishment of the Post-Democratic State, based on the concepts of State of Exception and the clause of necessity, working with the possible overcoming of the Democratic State of Law, especially with regard to its foundational characteristics related to equality, freedom and the principle of legality. For that, an approach will be made regarding the emergence and conceptualization of the Democratic State of Law, bringing a brief reference on the conceptualization of the Post-Democratic State, to, from then on explain about the State of Exception and the clause of necessity as an attempt to justify the establishment of the Post-Democratic State. The method of approach is deductive, analytical procedure, using the technique of direct documentation through bibliographic research.

Keywords: Exception State; Need Clause; Democratic State; Post-Democratic State.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, surgem também uma gama de direitos e garantias fundamentais que permeiam e dão base para o próprio bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Seguindo os pensamentos afirmados por Kelsen, o nascimento do contrato social se deu justamente a partir da tentativa de se garantir a liberdade do indivíduo. Esta liberdade sofreu efetiva metamorfose e assim que transformada em soberania popular passou a exercer um papel ainda mais importante no desenvolver da humanidade, passando a ser dependente e estando intrinsecamente ligada aos ideais democráticos.

Neste sentido, o conceito de Estado Democrático de Direito permeia o respeito aos direitos e as garantias fundamentais, servindo, inclusive, estes, como limites ao próprio exercício do poder.

Ocorre que, uma série de características devem ser levadas em consideração para que se possa afirmar que vive-se em uma democracia e, ao analisar-se os diversos acontecimentos do atual contexto histórico, juntamente com os diversos autores e pesquisadores que se ocupam desta matéria, percebe-se um verdadeiro distanciamento entre teoria e prática, o que levou ao surgimento do conceito de Estado Pós-Democrático, como uma ideia de superação do conceito de Estado Democrático de Direito.

A partir desta breve introdução, esclarece-se que o objetivo central deste trabalho é tecer uma justificativa para a instauração deste Estado Pós-Democrático, através da análise do Estado de Exceção, bem como a cláusula de necessidade, vertentes trabalhadas por Agamben, que se baseia em Carl Schmitt para realizar os seus estudos.

Para tanto, far-se-á uma breve explanação quanto a própria conceituação do Estado Democrático de Direito, especialmente quanto as idéias que permeiam a igualdade, liberdade e o princípio da legitimidade, para, a partir de então, através do conceitos de Estado de Exceção trabalhado por Agamben, apresentar uma tentativa de justificação para a instauração do Estado Pós-Democrático.

Utilizar-se-á o método de abordagem *hipotético-dedutivo*, tendo em vista que a pesquisa trata de uma realidade aferível e constatável e partindo da confrontação desta realidade com a pesquisa teórica, será possível a dedução da hipótese a fim de corroborá-la ou invalidá-la. No tocante a técnica de pesquisa, será adotada a pesquisa bibliográfica, especialmente livros, dissertações, teses e artigos científicos, além da análise de notícias e decisões judiciais todas publicadas através dos meios de comunicação existentes, especialmente, *sites* oficiais.

1. Caracterizando o Estado Democrático de Direito: igualdade, liberdade e princípio da legalidade

Kelsen (1993, p. 27) de maneira brilhante traduz o conceito de democracia vinculando a mesma com a ideia de liberdade advinda dos remotos tempos do Estado de Natureza do qual o homem, em reação contra a coerção resultante do estado de sociedade a partir da ideia de instauração do contrato social, protesta contra a vontade alheia da qual é preciso inclinar-se, ou seja, a própria natureza, exigindo liberdade, protesta contra o peso da vontade alheia que lhe é imposto pela vida em sociedade.

Neste sentido, da reação contra essa coerção imposta pelo contrato social, o homem passa a questionar-se sobre essa submissão devida ao que lhe comanda, exatamente por refletir sobre a ideia de que se “Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim?”, surgindo então a ideia de que somos – idealmente – iguais, e justamente por este motivo pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. (Kelsen, 1993, p. 27)

No entanto, para Kelsen (1993, p. 27), a experiência demonstra que, se “quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar”, exatamente porque permitindo este comando, estar-se-á garantindo a liberdade e igualdade do indivíduo. “Por isso a ideologia

política não renuncia a unir liberdade com igualdade”, culminando, desta forma, na ideia de que “a síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia”.

Antes mesmo de Kelsen fazer referência à liberdade, Rousseau já a tratava como o supremo bem na sua obra “Contrato Social” e ao formular a sua teoria do “estado de natureza como condição da liberdade e da igualdade e com a afirmação da pessoa humana como sujeito de todo direito e, portanto, fonte e norma de toda lei” (ROUSSEAU, 2006, p. 11), Rousseau trata, ao contrário de Locke que acredita na perda da liberdade quando do surgimento do pacto social, que o princípio da liberdade é a força renovadora da vida social e assim, ao demonstrar o surgimento do pacto social, ressalta a importância da liberdade:

“Contemplo os homens chegados ao ponto em que os obstáculos danificadores de sua conservação no estado natural superam, resistindo, as forças que o indivíduo pode empregar, para nele se manter; (...) Como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. (...) Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes”. (ROUSSEAU, 2006, p. 31)

Neste sentido, retornando aos conceitos de Kelsen quanto à democracia, ressaltada a relevância dada à liberdade mesmo quando se propôs a submissão na criação do contrato social, refere-se que passou a ocorrer a partir de então a transformação do conceito de liberdade, onde se passou a compreender que a liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado, passa então a ser a participação do indivíduo no poder do Estado e é justamente esta metamorfose da ideia de liberdade do indivíduo que se dá ideia à realização da democracia. (KELSEN, 1993, p. 34/35)

Assim, de maneira simplista, pode-se dizer que a liberdade de suma importância no estado de natureza, passa a fazer as suas vezes a partir da ideia de soberania popular quando do surgimento do Estado através do contrato social.

A democracia, pelo até aqui exposto, cristaliza-se através da ideia de uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral é realizada por quem está submetido a esta ordem, isto é, pelo povo. (KELSEN, 1993, p. 35)

Kelsen (1993, p. 140) também refere que o significado original do termo “democracia”, cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de “governo do povo” e ressalta que a essência do fenômeno político designado pelo termo era efetivamente a participação dos governados no governo, ou seja, o princípio de liberdade no sentido de

autodeterminação política, tendo sido esse significado que o termo fora adotado pela teoria política da civilização ocidental.

O autor (KELSEN, 1993, p. 140) ainda ressalta que, obviamente, tanto na Antiguidade quanto na época em que escreveu a sua obra, “um governo do povo é desejado pelo fato de tal governo ser, supostamente, para o povo”, onde um governo que seja para o povo signifique um governo que atua no interesse do povo.

Bobbio (1997, p. 100/101), em sua análise acerca da teoria das formas de governo ainda ressalta a diferença vislumbrada entre Rousseau e Bodin quanto à soberania que dá sentido a democracia: “para Rousseau, a soberania reside unicamente no povo, no corpo coletivo que exprime a vontade geral; portanto, para ele há só uma forma de Estado: a que se fundamenta na soberania popular, e que se chama república”, enquanto Bodin pensa que a soberania pode residir tanto no príncipe ou na classe aristocrática, quanto no povo, sendo que este último elege a monarquia como sua preferência pessoal de governo.

De qualquer sorte, trazendo uma perspectiva mais contemporânea, Reale (1999, p. 4) ao fazer uma breve conceituação do Estado Democrático de Direito ressalta a relevância de “advertir que todas essas diretrizes somente se legitimam em razão do parágrafo único, sempre do Art. 1º, segundo o qual *todo o poder emana do povo*, que o exerce diretamente, ou por meio de representantes por ele eleitos”.

Assim, resumidamente, numa tentativa de buscar aquilo que originou o Estado Democrático de Direito, pode-se dizer que na verdade a ideia principal advinda do contrato social era efetivamente garantir a liberdade e igualdade entre todos que viviam em um estado de natureza e que esta liberdade passou por uma metamorfose significando hoje a ideia de participação do indivíduo para com o Estado.

Relatou-se tudo isso para se chegar, pois, ao cerne da questão no tocante a conceituação do Estado Democrático de Direito, que, em síntese, segundo Casara (2017, p. 20):

“o tipo ideal de Estado Democrático de Direito resgata a tradição ilustrada e liberal que sustenta, diante da grande antítese entre liberdade e poder, presente em toda a história humana (e que se traduz na ideia de que “quanto maior a liberdade, menor o poder e vice-versa”), a ampliação da esfera de liberdade e a restrição dos espaços que permitem o exercício arbitrário de poder. A opção política que levou ao Estado Democrático de Direito, construída após a Segunda Guerra Mundial, é a de que o poder deve ser limitado a fim de evitar novos holocaustos e permitir o exercício máximo da liberdade (vida plena), compatível com igual liberdade dos demais (vida plena dos outros). Não por acaso, os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República tornaram-se os principais limites ao exercício do poder”.

Ao buscar uma definição mínima para o conceito de democracia, Bobbio (2000, p. 30), afirma que ao contrário de todas as formas de governo autocrático, quando se fala em democracia, considera-se a caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou secundárias) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e através de quais procedimentos poderá tomar referidas decisões, ou seja, todo o grupo social está obrigado a tomar decisões que vinculem todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, mas, até mesmo as decisões de grupo são tomadas por um indivíduo e para que a decisão tomada por um único indivíduo seja aceita como uma decisão coletiva, é preciso que seja tomada com base em regras que estabeleçam quais os indivíduos estão autorizados a tomar estas decisões vinculatórias e à base de quais procedimentos.

Neste sentido, Bobbio (2000, p. 31) também esclarece que a regra fundamental da democracia é a regra da maioria e que é preciso garantir que aqueles que serão chamados a decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condições de poder escolher, sendo, ainda, necessário que, aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de associação, ou seja, lhe sejam garantidos os direitos à base dos quais nasceu o Estado liberal e foi construída a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, Estado que não apenas exerce o poder de decisão, mas que o exerce dentro dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo.

Bobbio (2000, p. 32) ainda conclui que as normas constitucionais são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo e não são exatamente as regras do jogo propriamente ditas e nesse sentido afirma que o Estado liberal é pressuposto não só histórico mas jurídico do Estado democrático, eis que Estado liberal e Estado democrático são interdependentes e se inter-relacionam em dois modos: “na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais”.

Antes de esclarecer a importância deste conceito de democracia trazido por Bobbio e que faz referência tanto a questão da liberdade quanto a igualdade e o desenrolar deste conceito que desembocará naquilo que deu guizo ao presente estudo, importante ressaltar que Reale (1999, p. 3) também traz outros elementos diferenciadores do Estado Democrático de Direito, além da soberania já referida, todos retirados do artigo 1º da nossa Carta Magna

(BRASIL, 1988), quais sejam, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho – onde fica vedada toda e qualquer opção ideológica que redunde na estatização da economia e que vise dar a nossa sociedade civil configuração outra que não a resultante dos valores sociais do trabalho – e, por fim e não menos importante, pluralismo político – o que, evidentemente, exclui qualquer forma de totalitarismo político.

Nota-se que o Bobbio também faz referência à liberdade do indivíduo como elemento caracterizador da democracia e a refere como dependente da democracia para que haja garantia de sua persistência. A questão relacionada pelo Autor entre liberdade e poder é o que dá base e legitima o Estado Democrático de Direito através do princípio da legalidade.

Reale (1999, p. 9) considera que o princípio da legalidade deve estar inerente a qualquer ideologia e afirma que no sistema democrático poderá haver “a mais ampla opção ideológica, desde a extrema direita até a extrema esquerda, do mais estrito neo-liberalismo ao mais ambicioso social-progressismo, desde que, porém, seja obedecido por todos o princípio da legalidade, o qual, em última análise, consiste em não pretender que a vontade individual ou coletiva seja superior à vontade objetivamente consubstanciada nos mandamentos da Constituição e das Leis”.

É o princípio da legalidade que traduz o próprio conceito da definição de democracia trazida por Bobbio (2000, p. 32) ao referir que àqueles que sejam chamados a decidir sejam garantidos os direitos de liberdade, mas que estes o exerçam dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo.

Assim, a proteção da liberdade, bem como de outros direitos, sempre teve uma relação incômoda com o poder, mesmo nas democracias mais liberais, pois são justamente essas liberdades que limitam o uso do poder pelos órgãos máximos do Estado, tendo Martins (2012, p. 49) afirmado que “liberdade sempre foi, em primeira linha, liberdade *de* ou *contra* certas coerções”.

Casara (2017, p. 21) neste sentido reflete que em todos os tipos de Estado, mesmo no Estado Democrático de Direito, existem manifestações de poder que escapam da legalidade e que apesar deste fato não ser surpreendente, ao longo da história percebe-se que a legalidade esteve quase sempre a serviço do poder, ou seja, mesmo que o Estado aposte na lei e no direito para evitar abusos, convive sempre com uma margem de ilegalidade produzidas por particulares e pelo próprio Estado, porque, é o próprio poder político que estabelece e condiciona o direito, podendo, nesse movimento de expansão do poder, existir crises do

Estado Democrático de Direito, justamente porque o direito tende a ser afastado sempre que necessário à realização do poder, de qualquer poder.

E neste sentido, numa tentativa de conceituação do Estado Democrático de Direito, com ênfase no princípio da legalidade, passa-se a compreendê-lo como sendo um modelo de Estado em que existe o completo respeito aos direitos humanos e as garantias fundamentais. Ou melhor, um modelo em que os direitos e as garantias fundamentais são utilizados como instrumentos para controle dos limites legais ao exercício do poder (CASARA, 2017, p. 19).

Casara (2017, p. 19) afirma que Estado Democrático de Direito seria um

“Estado que tem o compromisso de realizar os direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício do poder. O Estado Democrático de Direito é, portanto, sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à lei”.

A despeito de todo processo de conceituação do Estado Democrático de Direito que se preocupam alguns doutrinadores, bem como a conceituação do próprio conceito de democracia, república, enfim, conceitos basilares de todo e qualquer estudo no ramo do direito, percebe-se que ao confrontar-los – estes conceitos - com a realidade posta na atual quadra histórica, vemos um completo disparato entre expectativa *versus* realidade.

2. Há como justificar o Estado Pós-Democrático?

Há diversos nuances capazes de demonstrar a efetiva concretização do Estado Pós-Democrático. Antes disso, importante esclarecer que o conceito de Pós-Democracia foi inserido no âmbito brasileiro através do autor Rubens Casara, em sua obra “Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos Indesejáveis” (2017) e que, além deste, outros autores se ocupam em aprofundar seus estudos na análise de acontecimentos que concretizam um novo olhar sobre o Brasil.

No presente ensaio, apodera-se da ideia de Casara, partindo-se de uma efetiva superação do Estado Democrático de Direito, especialmente quando as suas características fundacionais de igualdade, liberdade e legalidade entram em confronto com a realidade fática vislumbrada. Assim, o objetivo central deste estudo não se permeia na caracterização do Estado Pós-Democrático, mas na tentativa de justificar a sua instauração através da análise da teoria do Estado de Exceção e a própria cláusula de necessidade.

Casara (2017) afirma que o Estado Democrático de Direito foi superado e que hoje vivemos em um Estado Pós-Democrático, pontuando, ainda, que grande parcela da população

não percebeu a mudança paradigmática, onde os direitos e garantias fundamentais aparecem como o principal conteúdo rejeitado pelos órgãos estatais de nossa época, por mais que o discurso oficial insista na existência de um Estado Democrático de Direito.

Por “Pós-Democrático”, na ausência de um termo melhor, entende-se um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor. No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo e apaziguador. O ganho democrático que se deu com o Estado Moderno, nascido da separação entre o poder político e o poder econômico, desaparece na pós-democracia e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna, que se caracteriza pela vigência de um absolutismo de mercado”.

Santos (2017, p. 16) em sua obra “A democracia impedida: o Brasil no Século XXI”, reforçando a ideia de Casara, ao esclarecer os aspectos que defende em seu posicionamento no tocante aos golpes parlamentares em democracias representativas, pousa seu argumento exatamente em uma das características fundacionais do Estado Democrático de Direito, qual seja, a legalidade, ao referir, no tocante aos golpes supramencionados, que os mesmos “dispensam a liderança e a violência institucional escandalosa, armada ou jurídica”, muito pelo contrário, a cautela que aparenta virtude da administração das instituições empresta “verniz de legitimidade à ocupação fraudulenta do poder”.

Neste mesmo sentido, Bobbio em sua obra “O futuro da democracia” (2000, p. 19) prefere “falar em transformação, e não de crise, porque “crise” nos faz pensar num colapso iminente”. No entanto, o autor (Bobbio, 2000, p. 19) não deixa de esclarecer que efetivamente, a democracia “não goza no mundo de ótima saúde”, esclarecendo, também, que para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural.

Boaventura (2006, p. 333) também traz uma reflexão interessante quanto a crise do contrato social concluindo de maneira certa ao afirmar que “vivemos, pois, uma situação complexa, que comporta muitos riscos. A questão é de saber se contém algumas oportunidades para a substituição virtuosa do velho contrato social da modernidade ocidental por um outro, menos vulnerável à proliferação da lógica de exclusão”.

Apenas para finalizar as reflexões acerta deste cenário de “crise” do Estado Democrático de Direito e reforçar o pensamento quanto a efetiva instauração do Estado Pós-Democrático, Casara (2017, p. 9), questiona em sua obra: vivemos um momento de crise do Estado Democrático de Direito? Para o autor na verdade se faz referência a crise como uma manobra política, pois utiliza-se do termo para justificar atos injustificáveis e assim, se manter

no poder. Finaliza a introdução de sua obra afirmando que “não é crise. O que chamam de “crise” é, na verdade, um modo de governar as pessoas” (Casara, 2017, p. 16).

“Hoje, poder-se-ia falar em um Estado Pós-Democrático, um Estado que, do ponto de vista econômico, retoma com força as propostas do neoliberalismo, ao passo que, do ponto de vista político, se apresenta como um mero instrumento de manutenção da ordem, controle das populações indesejadas e ampliação das condições de acumulação do capital e geração de lucros”. (Casara, 2017, p. 17)

Seguindo o objetivo do presente trabalho, adentrar-se-á ao tema proposto, através das ideias de Agamben (2017, p. 53), segundo o qual, a tentativa mais rigorosa de se construir uma teoria do estado de exceção é a obra de Carl Schmitt, esclarecendo-se, neste contexto que a própria obra de Agamben é basicamente uma análise daquilo que Carl Schmitt lecionou já nos anos de 1920 e 1921 nas duas obras principais que tratam da matéria em questão, quais sejam, “*Die diktatur*” e “*Politische Theologie*”.

De qualquer sorte, é na obra “*Politische Theologie*” que Carl Schmitt trabalha com a teoria do estado de exceção apresentada como uma doutrina da soberania. E neste sentido pode-se de imediato fazer a primeira relação do estado de exceção com o Estado Pós-Democrático, eis que, no contexto de Carl Schmitt, “o soberano, que pode decidir sobre o estado de exceção, garante a sua ancoragem na ordem jurídica”, ou seja, tal como no Estado Pós-Democrático, onde fala-se em um simulacro da democracia, eis que utiliza-se argumentos para justificar alguns retrocessos evidenciados na própria democracia, ou ainda, onde um juiz viola uma garantia constitucional baseando-se no próprio ordenamento jurídico vigente.

Assim, a obra de Schmitt é “a tentativa de ancorar sem restrições o estado de Exceção na ordem jurídica” (Agamben, 2017, p. 57), eis que traz a figura do soberano e trabalhando com a ideia do mesmo “estar fora e, ao mesmo tempo, pertencer” ao sistema como sendo a estrutura topológica do estado de exceção, tendo em vista que “o soberano está fora da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in toto* da constituição” (2017, p. 57).

De todo modo, necessário se apresentar um conceito básico de Estado de Exceção para a partir de então desenrolar-se as questões propostas no presente trabalho, especialmente no que diz respeito a relação deste com o Estado Pós-Democrático e sua tentativa de justificação através do estado de necessidade.

Agamben inicia sua reflexão propondo uma definição do conceito do Estado de Exceção a partir de um diálogo com outros autores que relacionam a existência de um Estado

de Exceção utilizando-se, no entanto, de outras nomenclaturas, tais como, “decretos de urgência e de estado de sítio” na doutrina italiana e francesa, por exemplo.

De qualquer sorte, Agamben retrata que a incerteza do próprio conceito corresponde exatamente a incerteza terminológica e que a escolha da expressão “estado de exceção” implica uma tomada de posição quanto a natureza do fenômeno e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão.

Isso porque, diferente do que classicamente se entende por Estado de Exceção, como aquela ideia de suspensão de toda a ordem jurídica, quando ocorrem circunstâncias anormais, graves e imprevisíveis que ameaçam a estrutura do próprio Estado de Direito e, por isso, determinam a concentração de poderes, normalmente junto ao Executivo, para a normalização da situação, Agamben vai trabalhar com a ideia de Estado de Exceção paralelo a uma ordem democrática constitucional vigente, conforme se vislumbra, por exemplo, com a confusão dos atos do poder executivo e atos do poder legislativo como sendo a característica essencial do Estado de Exceção (2017, p. 60) eis que, “o aporte específico do estado de exceção não é tanto a confusão entre os poderes, (...), quanto o isolamento da força de lei em relação à lei” (Agamben, 2017, p. 61), isso porque ele define um estado de exceção em que, de um lado, a norma permanece em vigor, mas não se aplica, ou seja, não tem força de lei e em que, de outro lado, atos que não têm valor adquirem força de lei.

No primeiro texto de Schmitt, o Estado de Exceção é apresentado como expressão da ditadura (comissária), e enquanto tal, condição de suspensão do direito. Já no segundo texto, o autor alemão estabelece relação direta entre o tema do Estado de Exceção e a soberania, sendo que o Soberano de fato é definido como aquele que decide sobre o Estado de Exceção. Por outro lado, em ambos os livros Schmitt inscreve o Estado de Exceção em âmbito jurídico, procurando superar o impasse teórico decorrente do fato de que, enquanto suspensão do ordenamento jurídico como um todo, este Estado parece escapar da forma jurídica, pertencendo a uma dimensão extrajurídica. Em outras palavras, procura o autor desesperadamente fundamentos jurídicos para justificar e distinguir o Estado de Exceção da anarquia. Por isto este Estado para Schmitt é sempre jurídico-normativo, apresentando-se como categoria positiva em si mesma, opondo-se ao caos e à anarquia (percebido como o pior dos males possíveis à Sociedade organizada). (Leal, p. 5)

Pode-se definir assim, o estado de exceção através da doutrina schmittiana, como o lugar onde a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade, criando um campo de tensões jurídicas em que exatamente em virtude dessa zona extrema, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão. (Agamben, 2017, p. 58)

O estado de exceção caracteriza-se, neste sentido, pela abertura de um espaço onde a norma e a sua própria aplicação mostram a sua separação e onde a união impossível entre a

norma e a realidade é operada sob a forma de exceção, onde para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzindo uma exceção. (Agamben, 2017, 63)

Valim (2017, p. 25/26), citando Carl Schmitt refere que “diferentemente da situação normal, quando o momento autônomo da decisão recua a um mínimo, a norma é destruída na exceção”, significando, neste condão, dizer que a exceção abala um dos pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a soberania popular, e assim, consequentemente, a exceção, ao negar a lei, que é, indiscutivelmente, um produto da soberania popular, nega a própria democracia (Valim, 2017, p. 27).

Ao considerar o povo, neste contexto, destronado em favor do soberano, Valim (2017, p. 29) vai além ao se questionar perante estas reflexões: “quem é o soberano titular na atualidade?”, referindo que a “subalternidade da política à economia ajuda a explicar a atual crise de legitimidade dos órgão eletivos”, poderes estes que competem entre si e editam legislações que buscam beneficiar apenas e tão somente um único interesse: o mercado.

Neste sentido, é aí que se instala o chamado mal-estar da democracia eis que “uma democracia sem povo, a serviço do mercado, e que, ao menor sinal de insurgência contra a sua atual conformação, é tomada por medidas autoritárias” (Valim, 2017, p. 30) e exatamente neste quadro que se insere a chamada razão neoliberal, já referida no subcapítulo anterior ao referir-se ao Estado Pós-Democrático.

A esta altura já é possível entrever quem é o verdadeiro soberano. Quem decide sobre a exceção atualmente é o chamado “mercado”, em nome de uma elite invisível e ilocalizável; é dizer, o soberano na contemporaneidade é o mercado” (Valim, 2017, p. 33)

Por fim, Valim (2017, p. 34) refere que o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal e cita o papel desempenhado pelas grandes corporações de mídia nesta instauração.

A partir deste breve emaranhado de informações, buscou-se contextualizar o estado de exceção para a partir de então relacioná-lo com o estado de necessidade numa tentativa de justificar a instauração do Estado Pós-Democrático.

Recorrentemente se coloca como fundamento do estado de exceção o conceito de necessidade, tendo em vista que segundo o adágio latino – *necessitas legem non habet* – sugere que a necessidade não tem lei, ou seja, “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e “a necessidade cria sua própria lei”, resolvendo estas duas preposições o próprio estado de exceção integralmente através do *status necessitatis*. (Agamben, 2017, p. 40)

Assim, Agamben (2017, p. 40) analisa que o princípio *necessitas legem non habet* justifica diversas facetas do estado de exceção, pois “por necessidade ou por qualquer outro motivo, muitas coisas são realizadas contra a regra”, atribuindo à necessidade o poder de tornar lícito o ilícito, e mais do que isso, a necessidade também age como “justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”.

Ou seja, a necessidade acaba sendo uma teoria da exceção propriamente dita eis que ela não age como fonte de lei e tampouco suspende a existência de uma lei, mas “se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma” (Agamben, 2017, p. 41), dito de outra forma, “aquele que, em caso de necessidade, age além do texto da lei, não julga a lei, mas o caso particular em que vê que a letra da lei não deve ser observada” (Agamben, 2017, p. 41), assim, diz-se que “o estado de exceção moderno é uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção” (Agamben, 2017, p. 42), visto que a necessidade dá legitimidade a própria exceção, constituindo, a necessidade, “o fundamento último e a própria fonte da lei” (Agamben, 2017, p. 43).

Agamben aprofunda a questão da necessidade como uma verdadeira fonte do direito trazendo as idéias de Santi Romano, um jurista europeu que “concebia a necessidade não só como não estranha ao ordenamento jurídico, mas também como fonte primária e originária da lei” (Agamben, 2017, p. 43) referindo que tanto a posição dos que vêem na necessidade um fato jurídico, quanto aqueles que pensam que a necessidade é um mero fato, não possuindo assim nenhum fundamento no sistema legislativo, “cometem um equívoco ao desconhecerem a existência de uma verdadeira fonte de direito além da legislação” (Agamben, 2017, p. 43), crendo, Romano, neste sentido, que se não há lei, a necessidade faz a lei, constituindo assim uma verdadeira fonte do direito.

Nesta esteira de raciocínio, transferindo a aplicação desta teoria da necessidade para o Estado Pós-Democrático, é evidente que ela seria útil para justificação de infundáveis atos e ações que configurariam a superação do Estado Democrático de Direito, no entanto, denota-se a utilização deste *status necessitas* de forma equivocada, e exatamente neste ponto que há uma fusão perfeita entre o estado de exceção e o Estado Pós-Democrático, tendo em vista que ao caracterizarmos o estado de exceção como uma tentativa de incluir no ordenamento jurídico a própria exceção, estar-se-á, diversas vezes, utilizando-se da teoria da necessidade para dar “legitimidade” a esta inclusão da exceção no ordenamento jurídico, culminando numa corriqueira prática de tornar a exceção à própria regra, confundindo a utilização dos próprios institutos jurídicos.

O *status necessitas* apresenta-se, assim, tanto sob forma do estado de exceção quanto sob a forma da revolução, como uma zona ambígua e incerta onde procedimento de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato; um limiar portanto onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis. Se é exato, como se disse, que, no estado de exceção, o fato se transforma em direito, o contrário é igualmente verdadeiro, ou seja, produz-se nele um movimento inverso, pelo qual o direito é suspenso e eliminado de fato. (Agamben, 2017, p. 45/46)

Neste sentido, “a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais” (Agamben, 2017, p. 46), neste sentido, pode-se dizer que o conceito de necessidade é absolutamente subjetivo e relaciona-se sempre com o objeto que se quer atingir.

Assim, a teoria da necessidade justificaria a instauração do Estado Pós-Democrático, assim como embasa o próprio estado de exceção, em virtude de a mesma se reduzir, “em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo indecível de fato e de direito” (Agamben, 2017, p. 47), coadunando com as idéias de Santi Romano, referidas por Schmitt que “conhecia sua tentativa de fundar o estado de exceção na necessidade como fonte originária do direito” (Agamben, 2017, p. 47).

Por fim e não menos importante, Agamben refere que no estado de exceção não se fala em lacuna em sentido próprio, mas sim o próprio estado de exceção se apresenta como “a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal” (Agamben, 2017, p. 48), ou seja, “a lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade” (Agamben, 2017, p. 48).

Para finalizar, importante mencionar o entendimento de Leal (p. 6) justamente no tocante a esta relação entre a realidade e o próprio estado de exceção, porquanto

o problema é que tem se fragilizado os argumentos de justificação e fundamentação das condições e possibilidades do Estado de Exceção, na medida em que se reconhece instancias soberanas excepcionais sem a devida legitimidade democrática substancial e procedimental adequadas para tanto, trivializando-se a violência extraordinária do decisionismo despótico sob a assertiva da necessidade e urgência de medidas de emergência. (Leal, p. 6)

E é justamente nesta trivialização da excepcionalidade em que se usa a necessidade para justificar as ações e as medidas de urgência que se consubstancia a concretização do Estado Pós-Democrático.

CONCLUSÃO

A colocação mais perfeita para traduzir o significado do que realmente seja o Estado Pós-Democrático, parece ser a afirmação trazida por Casara de que o mesmo se apresenta como um “simulacro de democracia”. Isso porque, no Estado Pós-Democrático, a democracia teoricamente ainda existe, ela inclusive serve de justificativa para diversos atos praticados nos diversos âmbitos de atuação do Estado. Ou seja, através de uma aparente democracia, se legitima atos dotados de inconstitucionalidades. Tudo isso, evidentemente, para satisfazer os desejos daqueles detentores do poder, embutidos de uma razão neoliberal alarmante.

De qualquer sorte, tentou-se através deste trabalho demonstrar que os ideais que permeiam o Estado Democrático de Direito estão em perfeita oposição aos retrocessos evidenciados na atual quadra histórica e que culminam em uma superação deste modelo em detrimento de outro, qual seja, o Estado Pós-Democrático.

Assim, conclui-se que o Estado Pós-Democrático de Casara se assemelha em muito com o Estado de Exceção de Agamben, eis que este último trabalha com a ideia de Estado de Exceção não como suspensão da ordem jurídica completa, mas em paralelo a uma ordem constitucional vigente, sendo que ambos se beneficiam da cláusula de necessidade, que na verdade acaba sendo uma justificativa subjetivamente utilizável para a tomada de decisões inconstitucionais.

Nesta esteira de raciocínio, ao se transferir os argumentos que embasam a teoria da necessidade para o Estado Pós-Democrático, é evidente que ela seria útil para a justificação de infindáveis atos e ações que configurariam a superação do Estado Democrático de Direito, até mesmo em função da utilização deste *status necessitas* de forma equivocada, e exatamente neste ponto que há uma fusão perfeita entre o estado de exceção e o Estado Pós-Democrático, tendo em vista que ao caracterizarmos o estado de exceção como uma tentativa de incluir no ordenamento jurídico a própria exceção, estar-se-á, diversas vezes, utilizando-se da teoria da necessidade para dar “legitimidade” a esta inclusão da exceção no ordenamento jurídico, culminando numa corriqueira prática de tornar a exceção à própria regra, confundindo a utilização dos próprios institutos jurídicos.

Ou seja, para concluir a conclusão, no intuito de obedecer ao objetivo proposto ao presente estudo, percebe-se que o Estado de Exceção e a cláusula da necessidade não justificam a instauração do Estado Pós-Democrático, mas na verdade a teoria da necessidade serve para embasar ações e atos do Estado que exatamente por este motivo caracterizam a sua concretização. Dito de outra forma, a utilização da teoria da necessidade pelo Estado pode servir para atingir os objetivos que bem se entender e, exatamente por isto, “legitimar” atuações absolutamente inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção** / Giorgio Agamben ; tradução de Iraci D. Poleti. – 2. ed. – São Paulo : Boitempo, 2004 (Estado de sítio).
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CASARA, Rubens R R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos Indesejáveis**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- KELSEN, Hans. **A democracia** / Hans Kelsen. – São Paulo : Martins Fontes, 1993.
- LEAL, Rogério Gesta. **Sociedade de riscos e estado de exceção: encruzilhadas em labirintos**. (Artigo trabalhado na matéria ministrada pelo próprio autor no Mestrado em Direito/UNISC, Turma 2018, 2º semestre)
- MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. São Paulo : Atlas, 2012.
- REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias** / Miguel Reale. – 2. ed. rev. – São Paulo : Saraiva, 1999.
- ROUSSEAU, Jean – Jacques. **Do contrato Social** / Jean – Jacques Rousseau. – São Paulo : Editora Martin Claret Ltda, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2006
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos, 1935 – **A democracia impedida: o Brasil do século XXI** / Wanderley Guilherme dos Santos. – Rio de Janeiro : FGV Editora, 2017.
- VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

Submetido 30.04.2019

Aceito 18.03.2020