

Capítulo 13

ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO: LEGALIDADE, EXCEÇÃO E TÉCNICAS SECURITÁRIAS

Heloisa Fernandes Câmara¹

Gustavo Glodes Blum²

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. TÉCNICAS DE ESTADO E PROTEÇÃO DA SEGURANÇA; 2. MÉTODOS DA TÉCNICA DE ESTADO, 2.1. MAQUIAVEL, 2.2. HOBBS, 2.3. LOCKE; 3. ENTRE RAZÃO DE ESTADO E MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DA CRISE, 3.1. RAZÃO DE ESTADO, 3.2. CONSTITUCIONALISMO E SEUS OUTROS; 4. A CRISE DO ESTADO E A QUESTÃO DA SEGURANÇA NA AMÉRICA LATINA HOJE: O ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A formação, consolidação e história do Estado, e especialmente do Estado de direito, pode ser contada como a história da luta contra seus “outros”, entendidos como arbítrio, uso da força, imprevisibilidade e poder sem controle.

¹ Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito (UFPR). Pesquisadora Centro de Estudo da Constituição (CCONS). Pesquisadora Visitante King’s College London (2015). Tutora PET Direito.

² Estudante de Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Geografia do Instituto de Geociências da Universidade Estadual de Campinas (IG/Unicamp). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Paraná e Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

Ainda que com experiências distintas³, o “Estado de Direito” consolidou-se como “uma das fórmulas mais felizes da filosofia política e da filosofia jurídica ocidentais”⁴. Um dos pontos centrais das diferentes experiências do Estado de Direito é a tentativa de controlar o poder através do direito, em expressão de “otimismo normativo e pessimismo potestativo”, nos dizeres de Danilo Zolo.

Neste sentido o estabelecimento de normas prévias, gerais, abstratas impediria tanto o exercício da força sem controle por parte do Estado, como o arbítrio em seu trato com os cidadãos e de forma geral colocariam limites à tendência ao abuso do poder, uma vez que, segundo a fórmula expressa por James Madison, “[s]e os homens fossem anjos, não seria necessário haver governo. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos do governo”⁵.

O controle do poder através dos arranjos legais e institucionais é uma tentativa de domar a força, tão necessária para a constituição do Estado. Nesse sentido, pode-se perceber que “[a] construção do Estado de direito parece ter amarrado e neutralizado este poder, como tentativa de exorcizar seu próprio pecado original”⁶. Ainda assim, a tentativa de exorcizar o pecado original da força é sempre provisória e contingente. No Estado de Direito, a legalidade e exceção estão permanentemente em co-constituição conflitiva, coexistindo ou mutuamente excluindo-se.

Este trabalho busca analisar as técnicas usadas pelo Estado para controlar a exceção e as técnicas utilizadas no estado securitário atual, com ênfase na América Latina. Seguindo Günter Frankenberg, entendemos por técnicas de estado a “forma como o poder político é exercido. Ele abrange a totalidade dos procedimentos, normas e princípios, formas de conhecimento e competências, estratégias e cálculos operacionalizados por

³ Danilo Zolo aponta quatro experiências históricas relevantes para compreender o fenômeno do Estado de Direito: *Rechtsstaat* alemão, *rule of law* inglês, *rule of law* norte-americano e *État de Droit* francês. Essas quatro experiências por mais que tenham fatores comuns, articulam os elementos de direitos fundamentais, rigidez constitucional, relação entre parlamento e executivo de formas distintas. ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3.

⁵ MADISON, James. 51. Freios e contrapesos. In: WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. São Paulo: Ática, s/p.

⁶ MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1184.

atores e instituições”⁷⁸. Desta forma, tratar de técnicas de estado para autores como Maquiavel, Hobbes e Locke permite-nos analisar a espinha dorsal do Estado que não se deixa dobrar nem mesmo em sua vertente controlada pelo direito. Neste sentido, o estado securitário atual representa a convergência contraditória entre legalidade e exceção, ou como a exceção não se permite ser domada pelo direito.

1 TÉCNICAS DE ESTADO E PROTEÇÃO DA SEGURANÇA

A existência – e possibilidade - de “crises”⁹ é um dos fatores que motivam alterações na organização institucional do poder do Estado territorial moderno. De sua acepção mais ampla, a partir da qual se pode compreender um momento de não-resposta a alguma alteração interna e externa de determinado tipo de sistema, pode-se compreender a sua importância para observar e qualificar alguns processos políticos relevantes. Trata-se de um “momento de ruptura no funcionamento de um sistema”, uma “mudança qualitativa em sentido positivo ou negativo”, “uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame”¹⁰.

⁷ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020.

⁸ O conceito de técnicas de estado por Frankenberg claramente tem heranças na concepção foucaultiana de governabilidade. Nesse sentido governabilidade “qualidade segundo a qual o Estado foi se tornando governamental”. Por referir-se mais às questões governamentais vinculadas ao surgimento do Estado moderno do que propriamente a algo ou alguém que pode ser governado ou dirigido, ou a algo ou alguém que é dócil e obediente, prefere-se o conceito governamentalidade. Além da razão aduzida, vale ressaltar que, na tradução inglesa do termo, não foi utilizada a palavra já dicionarizada governableness, mas o neologismo governmentality. Finalmente, em virtude de sua minuciosa elaboração e sua significativa contribuição, o conceito governamentalidade não carregaria ainda mais a língua portuguesa, mas contribuiria para seu enriquecimento.”Chamo ‘governamentalidade’ o encontro entre as técnicas de dominação exercidas sobre os outros e as técnicas de si” (Foucault, 1994b, p. 785). Nas técnicas de dominação exercidas sobre os outros, visualizamos a dimensão política do conceito; nas técnicas de si, sua dimensão ética”. CANDIOTTO, César. Governo e direção de consciência em Foucault. *Nat. hum.*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 89-113, dez. 2008

⁹ O uso de crise para expressar momentos de incerteza e/ou ruptura é controverso, uma vez que crise invoca um momento determinado de decisão, de julgamento. Assim, crises permanentes, como as que fundamentam uma série de medidas securitárias atuais, seriam contradições em si.

¹⁰ PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. 13a ed. 4a. reimpr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010, p. 303-304.

Politicamente, as diferentes crises encontradas por agentes estatais ou governamentais podem ter duas dimensões: “por um lado, podem envolver apenas os mecanismos e os dispositivos jurídicos e constitucionais do sistema, ou seja, o regime político”; por outro lado, “[a] outra dimensão de crise do sistema político diz respeito, por sua vez, ao ordenamento sócio-econômico e inclui elementos como as relações sociais de produção, a distribuição da propriedade e a estrutura da família”.¹¹ Seja em sua vertente “apenas” jurídico-política¹², seja na interação com as relações sociais e econômicas, a crise acaba representando geralmente um momento em que estas têm de ser revistas e são, geralmente, recalibradas, buscando atingir um novo momento de equilíbrio para o devido funcionamento do sistema político.

É na avaliação tanto destas alterações quanto das formas como mecanismos estatais são criados e utilizados para evitar a crise, que o conceito de técnica de Estado apresentado por Frankenberg pode auxiliar. Para ele, a técnica de Estado “designa, de modo geral, a forma como o poder político é exercido”, sendo que “abrange a totalidade dos procedimentos, normas e princípios, formas de conhecimento e competências, estratégias, táticas e cálculos operacionalizados por atores e instituições” políticas e sociais.¹³ Diante do movimento de diferentes instituições de forma concomitante, a ideia de técnica de Estado permite realizar os recortes necessários para compreender “por um lado, a estatalidade como campo de ação e intervenção de objetivos e técnicas que se entrecruzam e, por outro, a importância do direito como forma e autoridade do exercício legítimo do poder”.¹⁴

Técnica de Estado, como apresentada acima, não está relacionada apenas a casos de crimes, emergências ou de situações que demandam a repulsão de perigos por parte dos agentes governamentais ou estatais por meio do direito. Porém, para este caso, em que estas alterações ocorrem de maneira difusa e dependem de um alto grau de discricionarie-

¹¹ PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. 13a ed. 4a. reimpr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010, p. 304.

¹² Com o processo global de retrocessos democráticos e no Estado de Direito tem havido importantes debates sobre se a designação de crise seria adequada. Embora não seja nosso objetivo tratar do tema, é importante deixar assentado a diferença em escala entre crise política e crise jurídica, especialmente constitucional. A crise política ocorre quando há dificuldade de tomada de decisão, o que pode ser resolvido com mudança de governo, por exemplo, mas sempre respeitando as normas estabelecidas. A crise constitucional é muito mais intensa, na medida em que as regras constitucionais não dão, ou parecem não dar, respostas aos conflitos. Quando ocorre muitas vezes é seguida de golpes de estado.

¹³ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 15.

¹⁴ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 16.

dade por parte dos agentes envolvidos, ela parece auxiliar na compreensão do movimento maior que altera a própria face constitucional do Estado. Este movimento, mais facilmente de ser captado retrospectivamente que durante a sua ocorrência, se apresenta hoje como uma realidade bem material de diferentes países, fazendo com que alguns analistas já no início do século XXI apresentem esta metamorfose do Estado em razão da “crise multidimensional da segurança”.¹⁵

A difícil balança entre estabilidade e instabilidade (política, econômica, social, ambiental) não é novidade na organização e na institucionalização do Estado moderno territorial. Ao longo dos últimos séculos, o que se pôde observar foi uma crescente responsabilização do Estado com relação a diferentes temas, o que obrigou, necessariamente, à sua adaptação constitucional e reforma institucional de forma a atender às diversas demandas que sucessivas crises e demandas sociais foram apresentando.¹⁶ Ao mesmo tempo, esta adaptabilidade do Estado moderno não pode ser considerada harmônica, uma vez que, mesmo diante de diferentes tipos de demandas sociais ou crises pelas quais os países passaram, as suas escolhas sobre quais temas mereciam alterações estatais e quais não mereciam é um tema de vital importância para compreender os diferentes caminhos traçados.

É neste sentido que a técnica de Estado ajuda a compreender as decisões tomadas pelo poder político sobre a relação entre direito e exceção, ou direito e não-direito como estamos propondo aqui. Seguindo a proposta de Frankenberg, a técnica de Estado permite compreender “o instrumentário e as regras, os métodos e as estratégias de repulsa dos perigos com seus efeitos colaterais”, já que “com suas regras e medidas, formas de conhecimento e práticas, seja em condições normais, seja em circunstâncias de exceção, reage a um amplo espectro de situações de perigo” em diferentes escalas.

Neste sentido, as técnicas de Estado iluminam a forma como são feitas as opções políticas dentro do ordenamento jurídico sobre direito e não-direito: diante da institucionalidade jurídica dos Estados, de que forma são construídos os argumentos que justificam a alocação de ações estatais ou governamentais fora dos controles jurisdicionais a si relativos, ou como inserem, no âmbito do direito, a possibilidade de agir fora dele. Assim:

É de regimes de Estado de direito ou de exceção que a racionalidade da técnica de Estado recebe seu significado específico e sua direção ofensiva nos campos de

¹⁵ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: En busca de la seguridad perdida*. Barcelona, ESP: Ediciones Paidós Ibérica, 2008; HOBBSAWM, Eric J. *Globalização, democracia e terrorismo*. 1. ed. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

¹⁶ Cf. CASTRO, Iná E. DE. *Geografia e Política: Território, escalas de ação e instituições*. 7ª ed. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

conflito da prevenção jurídica de abusos (contra a arbitrariedade do poder soberano) ou da prevenção de perigos no âmbito de um estado de exceção (contra motins, guerras civis e catástrofes). Em um contraste ideal típico, direito normal e direito de exceção demarcam e estruturam as zonas em que são atribuídas à técnica de Estado, enquanto técnica securitária, tarefas diferentes - conforme lhe tenha sido dado regular, dirigir, controlar, informar ou disciplinar, no âmbito do direito normal, ou vigiar, submeter, reprimir ou pacificar, no âmbito do direito de exceção.¹⁷

É como instrumento para compreender “com maior precisão fenômenos vagos e sintomáticos de uma determinada época” através da técnica de Estado, que pretendemos recuperar neste trabalho. Afinal de contas, inserir elementos como o Direito Penal do Inimigo, a instrumentalização política da justiça, entre outros fenômenos que podemos observar hoje, demandam não apenas a agência dos agentes estatais e governamentais envolvidos, mas a própria alteração no balanceamento da relação entre as instituições do Estado, e entre este e a sociedade civil. Entre a existência de novas ameaças e riscos à estabilidade política e a atuação direta do Estado ao abrir cada vez mais excepcionalidades na sua atuação legal, cabe refletir sobre uma série de situações que podem ser iluminadas pela ideia de técnica de Estado, “como o Estado de prevenção e o Estado de vigilância, o combate ao terrorismo, o sacrifício dos cidadãos e o estado de necessidade do Estado”, auxiliando a “reconstruir as metamorfoses da técnica de Estado geradas por estes fenômenos”.

Esta metamorfose, especialmente quando se dá diante a diferentes crises que podem ameaçar a estabilidade do sistema jurídico-político, ocorre em razão da natureza vinculativa das decisões tomadas a partir das diferentes técnicas de Estado. Estas decisões “visam à coordenação, se necessário coercitiva, de condutas e consequências de condutas” tanto por agentes estatais e governamentais quanto pela própria sociedade sobre a qual estabelecem sua jurisdição.

Isso decorre do fato de estas decisões terem, em seu cerne, uma discussão a respeito dos diferentes tipos de exercício de soberania que se exercem, estabelecendo novos ordenamentos político-jurídicos sobre o território ou sobre a população regulada pelas entidades estatais, uma vez que “dizem respeito à interação entre instâncias e atores que assume competências soberanas e que, na qualidade de atores sociais, delas participam ou por ela são afetados”.¹⁸ Neste sentido, a forma de compreensão do Estado é justamente

¹⁷ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 18-19.

¹⁸ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 22.

marcada pelo seu caráter vinculativo, pelas relações que se estabelecem entre as diferentes instituições que o compõem, e a produção de decisões que estabelecem o que se encontra incluído na esfera do direito e o que se remete ao não-direito, e o que está no limbo do reino do estado de exceção. Assim, “[t]rata-se mais de acentuar e relacionar fenômenos isolados difusos e discretos com finalidades heurísticas, para evidenciar a racionalidade específica e ideal-típica dos métodos das técnicas de Estado e as relações entre titulares e aplicadores do poder estatal e seus destinatários”.¹⁹

De forma a compreender a evolução das manifestações das técnicas de Estado, e o jogo político que se estabelece entre direito e não-direito, passamos agora a apresentar os diferentes métodos analisados por Frankenberg. Espera-se, assim, compreender os modos de aplicação das opções políticas baseadas em diferentes tipos de técnicas de estado, para posteriormente poder avaliar a sua manifestação atual na América Latina.

2 MÉTODOS DA TÉCNICA DE ESTADO

Os métodos de técnica de estado referem-se à forma de compreender e estruturar o Estado com ênfase específica na segurança no sentido de formas de lidar com as ameaças ao Estado. Os autores aqui apresentados nos permitem visualizar o percurso de mudança da estrutura do Estado, embora deva-se registrar que não há uma evolução no sentido de substituição completa de um método por outro, como exemplo a permanência no debate público da técnica da razão de estado.

De início, centrado na proteção do Estado a qualquer custo e em qualquer forma, a técnica de estado foi aos poucos sendo modificados pelo constitucionalismo no sentido de tentar controlar o que se pretende incontrolável, entretanto tal como o pecado original acima referido, as formas de controle de exceção muitas vezes esbarram na incorporação da própria exceção na lógica securitária estatal. Ao fim da exposição perceberemos que tal como na figura da fita de Moebius²⁰, a exceção e a normalidade estão frequentemente em indistinção topológica.

¹⁹ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 24.

²⁰ O italiano Giorgio Agamben utiliza-se de maneira ampla de imagens que trazem a ideia de indistinção. A fita de Moebius é uma fita na qual através de uma pequena torção o dentro e o fora se indeterminam, assim como o começo e o fim. Ou seja, ao se olhar a fita não se sabe qual é a parte interior ou a exterior da mesma. Esta figura desconcertante foi retratada pelo pintor Maurits Cornelis Escher, pintor que tinha grande interesse em figuras que desafiassem os padrões comuns, pois suas pinturas produziam ilusão de ótica de maneira a causar constante surpresa e deslocamento.

2.1 Método Maquiavel

Maquiavel tornou-se conhecido como o pai da Ciência Política. Sua perspectiva de análise política centra-se no reconhecimento de que a política é um campo específico e deve ser avaliada em termos de sucesso ou insucesso e não pelos critérios de moralidade. Talvez o único dos clássicos que se tornou adjetivo, nada elogioso, sua técnica de Estado, ou seu método, consiste em defesa da soberania do Estado – ainda que, naquele momento não houvesse o que se convencionou chamar de Estado territorial moderno.

Maquiavel escreve em um momento anterior ao Estado, e obviamente à sua forma “de Direito”, de modo que não há uma verdadeira oposição entre o normal e o excepcional em sua estrutura política. Aliado a isso está a sua concepção sobre a função maior do Príncipe: a manutenção do Estado. O Príncipe virtuoso é aquele que mantém o Estado, daí sua célebre afirmação de que há vícios (morais) que são virtudes (políticas), uma vez que agir moralmente e levar à ruína política é o inverso de sua obrigação.

É nesse contexto que o príncipe deve fazer o necessário, conforme exigido pela situação. Daí a afirmação de Frankenberg de que o método de Maquiavel é caracterizado por “sua estrita centralização no soberano, seu amorfismo e sua abstinência normativa (...)”.²¹

Em resumo, o soberano no Estado de Maquiavel deve fazer o que for necessário à manutenção do Estado. O limite é a capacidade de atingir o seu fim, ainda que se saiba de início que a fortuna, enquanto acaso, tem grande importância, espera-se do Príncipe a *virtù*, entendida como a técnica de manter o poder. Neste sentido, a razão de Estado que se coloca põe o Estado como objetivo estratégico, podendo-se traduzir a sua inspiração pela máxima “governar racionalmente porque há um Estado e para que haja um Estado”.²²

O soberano é, em Maquiavel, *solutus legibus*, livre de leis, e, especialmente no momento de instauração do Principado, quando não há regras instituídas, o político se deixa ver enquanto mescla de razão e violência e o recurso à necessidade torna-se mais cristalino. Entretanto se o recurso à necessidade no momento de instauração da ordem é um ponto existente em diversas tradições políticas, em Maquiavel vai-se além: é papel do Príncipe decidir em todos os momentos em que o Principado estiver em risco, de maneira a salvá-lo.

Nos seus *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Maquiavel trata da ditadura romana, defendendo sua necessidade para manter o estado:

²¹ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 26.

²² FOUCAULT, Michel. *Segurança, território e população: Curso no Collège de France (1977-1978)*, São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 386.

Numa república onde não há tal sistema [ditadura], e onde todas as formalidades legais são respeitadas, a queda do Estado é certa, a não ser que se busque a salvação no desrespeito àquelas formalidades. Seria desejável que nunca ocorressem circunstâncias que exigissem remédios extraordinários, pois não há dúvida de que, embora as vias extralegais sejam úteis, o seu exemplo é sempre perigoso. Começa-se por atingir as instituições existentes com o propósito de servir ao Estado e logo se usa esse pretexto para perdê-lo. Assim, uma república não será perfeita se a sua legislação não tiver previsto todos os acidentes que podem ocorrer, com os respectivos remédios. Concluo, portanto, com a observação de que as repúblicas que nos casos de perigo não podem recorrer a um ditador, ou a instituição análoga, não têm condições de evitar sua perdição²³.

Para Maquiavel, embora o melhor seria não enfrentar situações extraordinárias, elas ocorrem, de forma que a inexistência de remédios igualmente extraordinários leva à ruína da república. De certa forma o dilema apresentado por Maquiavel permanece, inclusive no Estado de Direito.

Seguindo Maquiavel é possível identificar dois argumentos para defesa de constituições de emergência atualmente: a necessidade de decisões rápidas em situações emergenciais. e a incapacidade de a lei normal prever todas as emergências futuras. Quanto ao primeiro ponto, o argumento pode ser desdobrado em dois: corpos coletivos levam mais tempo para decidir, e, separação de poderes também atrasam a decisão, desta forma seja a defesa da ditadura romana, ou atualmente da constituição de emergência superaria ambos²⁴.

Herdeiro da tradição política centrada na soberania, Hobbes inova em termos de legitimidade do Estado, mas mantém o imperativo de segurança.

2.2 Método Hobbes

Produzindo suas reflexões num período em que o Estado centralizado necessitava constituir-se como fonte única e legítima da normatização do funcionamento da sociedade, Maquiavel visava compreender os mecanismos pelos meios dos quais os líderes de governos, que no período do absolutismo reuniam em si diferentes funções jurisdicionais, poderiam garantir a continuidade da existência das entidades políticas em geral. Até por

²³ MACHIAVELLI, Niccolò. *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Lívio*. Trad. Sérgio Bath, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1994, p. 114.

²⁴ VOIGT, Stefan. *Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory*. *Res Publica*, 2021, p. 10.

esta situação, suas reflexões retomam as práticas tomadas por Roma, entidade universal e absoluta que não encontrava, no seu mundo conhecido, potência rival que poderia ser-lhe uma ameaça externa.

Um contexto muito diferentes encontra o inglês Thomas Hobbes. Nascido em pleno embate entre a Espanha dos Habsburgos, império euro-americano com extensões na África e na Ásia, e a Inglaterra que pretendia utilizar-se dos mares para aumentar sua capacidade de comércio, Hobbes foi muito influenciado pelo contexto geopolítico e pelas discussões científicas de sua época.

As guerras de religião que grassavam na Europa entre os séculos XV e XVII marcavam, também, este contexto em que diferentes demandas a respeito do direito dos indivíduos, das coletividades e das entidades políticas eram fonte de intenso debate. Tanto Reinhardt Koselleck como Norbert Elias apontam para o papel tanto externo como interno dos processos de solidificação da soberania por parte dos Estados monárquicos absolutistas, envolvidos em disputas a respeito da sua soberania no cenário internacional que então se constituía, assim como desafios internos às suas alterações nos direitos individuais e coletivos que viriam a conformar a unidade administrativa destas novas entidades.²⁵

A existência de dois tipos de ameaça aponta a diferença dos focos de preocupação entre o método Maquiavel da técnica de estado e aquele método proposto por Thomas Hobbes. A ideia de crise, para Maquiavel, envolve a possibilidade de perda do poder instituído por parte do Príncipe, ao qual se dá o direito de tudo fazer para permanecer no poder. Já para Thomas Hobbes, ainda que o Príncipe, o soberano, permaneça em situação de exterioridade com relação à sociedade, ele está constituído com uma função, uma condicionante imperativa: impedir a situação de guerra que devaste a sociedade, seja ela contra inimigos externos, seja contra facções políticas internas que podem contestar o poder do rei.

É nesta parte da teoria hobbesiana sobre o poder do soberano que aparecem as influências mais relevantes de seu contexto histórico. Diante de um cenário turbulento dentro e fora da Inglaterra na qual cresceu e morreu, Hobbes indica a impossibilidade de conhecer-se, de fato, a realidade, para o quê se baseia na teoria da ótica então em vigor: “do mesmo modo que pressionar, esfregar ou bater nos olhos faz-nos imaginar uma luz, e, ao pressionar o ouvido, produz-se um som, também os corpos que vemos ou ouvimos”, devido ao magnetismo que então era descoberto cientificamente, “produzem o mesmo

²⁵ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: Formação do Estado e Civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. v. 2; KOSELLECK, Reinhardt. *Crítica e crise: Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

efeito por sua ação forte, embora não observada”.²⁶ Assim, qualquer coisa que se deve compreender não pode ser entendida por si própria, mas sim pela interpretação que permite a quem observa, por analogia, ser *impressionado* pelo fenômeno: “a coisa compreendida emana de si uma *species inteligível*, isto é, um *ser inteligível* visto; o qual, entrando no entendimento, permite-nos entender”.²⁷

A colocação de Hobbes impõe, portanto, um tipo de compreensão do Estado que o desloca da subjetividade humana e o coloca enquanto uma máquina, um construto social que tem uma dinâmica própria e funciona com um objetivo mais amplo do que as partes específicas que o compõem. Para o autor inglês, portanto, o Estado só poderia ser compreendido pelo que ele é, pela sua dinâmica, colocando no cerne da preocupação “conhecer a ‘física’ do poder”, ou seja, os mecanismos pelos quais o Estado, enquanto um sistema construído socialmente, produz o resultado esperado de si.

É este objetivo geral do Estado enquanto máquina que preocupa Hobbes, um autor que, ao colocar a dinâmica no centro da sua discussão, busca compreender o fenômeno para então atribuir-lhe sua funcionalidade. É desta lógica explicativa que, para Frankenberg, surge o objetivo político central da técnica de Estado hobbesiana: a proteção da vida para a garantia da coexistência pacífica.

Diante de uma sociedade extremamente plural em identidades regionais, lealdades religiosas e políticas de variados matizes e diante de um cenário em que o maior rival estratégico da Inglaterra, a Espanha, buscava interferir em seus assuntos internos instrumentalizando sua relação com o Papado em plena Reforma Protestante, Hobbes coloca o bom funcionamento da sociedade como objetivo central. Assim, como aponta Frankenberg, a proteção comum da vida de forma a garantir a coexistência pacífica tanto permitiria a existência de um sistema pluriestatal no âmbito externo, quanto a manutenção da monarquia centralizada no âmbito interno.²⁸

A produção da ausência de conflitos, porém, não poderia, para Hobbes, ser alcançada se fosse baseada apenas em acordos voluntários por parte de diferentes grupos de uma sociedade que se tornava, com o avanço do capitalismo mercantil, cada vez mais complexa e com mais grupos sociais disputando a possibilidade de determinar as regras do jogo político. É por isso que, para Hobbes, o impedimento da existência de conflitos ar-

²⁶ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, palavra e poder de uma República eclesiástica e civil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 20.

²⁷ HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, palavra e poder de uma República eclesiástica e civil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 21.

²⁸ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020.

dados permite a construção teórica no entorno do monarca soberano, um terceiro retirado da rede de compromissos estabelecidos entre os diferentes membros da sociedade e que, por sua posição, não se encontra em relação de interesse com nenhum deles.

É como fruto desta situação que a proteção da vida para garantia da coexistência pacífica deve ser o resultado de um cálculo securitário relacionado com a fundamentação do poder absoluto. O bom governo, assim, seria aquele que permite à sociedade funcionar sem choques violentos entre os grupos sociais que a compõem, colocando-se, portanto, acima de todos eles - surge, aí, o maior ser de todos, aquele do qual ninguém e nenhum grupo pode fugir em sua atuação, uma vez que tem a sua vida atrelada à sua existência, o Leviatã secular, o Estado moderno.

Neste sentido, a relação entre súditos e soberano que se estabelece para Hobbes é aquela em que contratos de favorecimento recíproco se constituem enquanto uma relação geral de poder, sendo o mínimo a garantia da vida biológica e social por meio do Estado para os seus súditos, e a cessão de direitos e liberdades destes para que o Estado possa cumprir seu objetivo político central. E, como esta é a relação básica que se estabelece, “[a] sombra do poder soberano sobre a vida e a morte, resta” aos súditos “a liberdade de fazer aquilo que o soberano não regulou e, se preciso, de negar a obediência” nestes espaços jurídicos ainda sem regulação normativa.²⁹ Esta estrutura, de forma a permitir a autopreservação dos indivíduos e dos grupos sociais, assim como promover o bem-estar comum traduzido no aumento dos fluxos de comércio e na riqueza que circula pelo território nacional.

A crise, para Hobbes, se localizaria sempre que estes dois elementos estejam a ponto de se realizar, o que constitui, para ele, a necessidade de que não haja uma separação entre os poderes: trata-se de uma técnica de Estado que, em razão destes dois imperativos, deve ser executiva, tratar cada situação de forma específica e não prender a possibilidade de, logo ali na frente, o Estado poder atuar usando a violência ou a exceção para evitar algum tipo de interrupção no funcionamento mecânico da sociedade. A garantia da paz interna e da possibilidade de livre atuação no cenário externo é o que fundamenta as possibilidades de ações excepcionais, para Hobbes. A suspensão dos direitos, ou o recurso à violência, estariam justificados sempre que o bom funcionamento (mecânico) das atividades sociais encontrasse algum desajuste, elemento que só poderia ser percebido por um grande arquiteto arcano, separado da realidade social para que não fosse por ela influenciado.

²⁹ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 29.

Este Leviatã secular, o Estado, estaria representado, portanto, em um soberano sempre desconfiado, cujo foco seria prevenir as insurreições contra seu poder central, “pacificando” por meio da força e da exceção as vozes contrárias às suas normativas. É por isso que técnica de Estado hobbessiana, que será posteriormente desafiada na própria Inglaterra pelos partidário do método parlamentar de técnica de estado personificado em John Locke e que debateremos a seguir, busca apresentar, ao soberano, meios pelos quais “o poder político pode ser protegido dos elementos perigosos e das iniciativas exacerbadas e desenfreadas dos cidadãos”, que perderiam, então, seus direitos caso não funcionassem de uma determinada maneira no escopo social total e desafiassem a ordem instituída.³⁰ É por este motivo que, para Hobbes:

Afora a situação excepcional da condição natural, falta, na teoria da soberania e na teoria do conflito de Hobbes, marcadas pelo medo, o espaço teórico para esboçar um estado de exceção secular e para configurá-lo como alternativa à normalidade. Ainda assim, a finalidade máxima da segurança leva-o, em sua concepção de técnica de Estado, a estabelecer uma diferença entre “o maior prejuízo de uma comunidade”, causado pela guerra e pela guerra civil, ou seja, o sempre iminente retorno à condição natural, como caso crítico ou excepcional, e os conflitos cotidianos desencadeados pelo “direito de autoajuda” (...).³¹

Esta situação ambivalente, porém, que busca justificar por um contínuo entre a instabilidade externa e a instabilidade interna as ações de exceção do Estado se tornarão, ao final do mesmo século que viu emergir a teoria hobbessiana, um problema para a atuação da burguesia, classe social em ascensão. A tensão deste momento de transição pode ser percebida no pensamento de John Locke, ao qual nos dedicaremos a seguir.

2.3 Método Locke

Locke trata da limitação do poder do Estado o qual apesar de seu papel fundamental na defesa da segurança, o faz respeitando os direitos naturais - vida, propriedade e liberdade. Segundo o método de Estado liberal, o Estado deve respeitar os direitos naturais em sua atuação, de forma que a previsão através de leis gerais é um dos elementos a conferir segurança e previsibilidade, criando uma situação de normalidade normativa. Neste sentido Locke

³⁰ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 30.

³¹ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 29-30.

substitui a soberania absolutista pela soberania parlamentar, a qual por mais importante que seja deve respeitar os direitos naturais dos indivíduos. A afronta a tais direitos causa um rompimento no pacto, de forma que surge o direito de resistência contra o estado.

O método legislativo de técnica de Estado assume a função de realizar a transição do exercício pessoal do poder, para o exercício impessoal, ou seja, mediado pela lei³². Mas apesar da aposta na impessoalidade e no controle da arbitrariedade, Locke não abandona a prerrogativa monárquica e, segundo Frankenberg, os mecanismos de “lei marcial” e “poderes executivos” de poderes excepcionais, os quais aparecem como desvio em relação à normalidade³³.

Apesar da importância e necessidade da lei para limitar os poderes estatais, há situações em que não consegue dar respostas adequadas³⁴:

Como os legisladores são incapazes de prever e prover leis para tudo o que pode ser útil à comunidade, o executor das leis, possuindo o poder em suas mãos, tem pela lei comum da natureza o direito de utilizá-lo para o bem da sociedade em casos em que a lei civil nada prescreve, até que o legislativo possa convenientemente se reunir para preencher esta lacuna. Há muitas coisas em que a lei não tem meios de desempenhar um papel útil; é preciso então necessariamente deixá-las a cargo do bom-senso daquele que detêm nas mãos o poder executivo, para que ele as regule segundo o exigirem o bem público e suas vantagens.

É diante das situações de imprevisibilidade ou de incapacidade de a lei responder adequadamente à situação que surge a discricionariedade, cujo exercício pelo Executivo para alcançar o bem público é prerrogativa reconhecida.

§ 160 Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa. (...) o poder executivo guarda por isso uma certa liberdade para realizar muitos atos discricionários que não estão previstos na lei³⁵.

³² FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 33.

³³ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 33.

³⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 181.

³⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 182

Como conciliar a defesa do *rule of law* com a discricionariedade executiva é um dos tópicos centrais para pensar a exceção em sentido moderno.

3 ENTRE RAZÃO DE ESTADO E MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DA CRISE

Se a questão sobre como resolver as ameaças ao Estado sempre estiveram no centro das preocupações políticas, as técnicas legadas partem de premissas distintas e em alguns casos contrárias.

Enquanto a razão de estado parte de uma atuação sem limites como pressuposto de resolução da emergência, o constitucionalismo tenta amarrar e controlar a excepcionalidade, com resultados duvidosos, como veremos.

3.1 Razão de Estado

O conceito de razão de estado teve ponto de partida na Idade Média, mas só adquiriu características próximas às contemporâneas a partir de Maquiavel, por mais que não tenha sido expressamente citada em sua obra. O autor florentino e o inglês Hobbes são considerados nomes importantes para o desenvolvimento desta técnica. A “paternidade” de Maquiavel do conceito de razão de estado é defendido, dentre outros, pelo historiador alemão Friedrich Meinecke³⁶ com a justificativa de que o autor ocasionou uma “ruptura fundamental na política, cindindo os assuntos a esta relacionados daqueles respeitantes à moral e à religião (sobretudo cristã)”³⁷ Para Meinecke “a *raison d'état* é o princípio fundamental da conduta nacional, a primeira Lei do Movimento do Estado”³⁸.

A tradição da razão de Estado acompanha a formação do Estado moderno. Nesta tradição afirma-se que a “segurança do Estado é uma exigência de tal importância que os

³⁶ Meinecke viveu entre 1862 a 1954, período em que acompanhou mudanças políticas extremamente importantes. Passou de uma Alemanha não unificada, passou pela glória sob Bismarck, passou pelo Kaiser, revolução, guerra, república de Weimar, queda de Weimar sob o despotismo, mais uma guerra. Para além das implicações políticas indiscutíveis, esse período trouxe a necessidade de estruturar e legitimar o Estado.

³⁷ TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. *O “cair da máscara” diante das “razões de segurança”*: um percurso genealógico pelas razões do Estado. São Leopoldo; Trois-Rivières, 2019, p. 126.

³⁸ MEINECKE, Frederick. *Machiavellism: The Doctrine of Raison d'état and Its Place in Modern History*. Trans. Douglas Scott. New York, 1962.

governantes, para a garantir, são obrigados a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas, quando essa necessidade não corre perigo”. Por outras palavras, a Razão de Estado é a exigência de segurança do Estado, que impõe aos governantes determinados modos de atuar”.³⁹

Na experiência alemã de Estado de Direito (*Rechtsstaat*) o ponto central não era a limitação do poder ou proteção de direitos fundamentais, mas como a política secularizada poderia ser controlada, como pessoas com distintas concepções religiosas poderiam conviver e como o poder político soberano poderia ser consolidado. Daí a experiência do *Rechtsstaat* ser mais autoritária, neste sentido a fórmula da razão de Estado delimita atividade estatal e legitima paternalismo estatal.⁴⁰

Liga-se à exceção, ao mesmo tempo em que se afasta dela. Isto porque se por um lado traz considerações sobre excepcionalidade de determinadas situações e a imperatividade do governante agir em desacordo com normas jurídicas, por outro lado, a criação de mecanismos legais (constitucionais e extra constitucionais) busca justamente enfrentar e superar graves perigos de maneira legal. Mesmo com a criação destes mecanismos, e conseqüente limitação da razão de Estado, não houve sua eliminação completa, pois: “Mesmo nos Estados democráticos mais sólidos, em situações reais de emergência, que, por sua natureza, não podem ser juridicamente reguladas de forma completa (em última análise, *necessitas non habet legem*), existem situações e casos de recorrência à Razão de Estado, exatamente provocados pela necessidade de salvar o Estado”.⁴¹

Daí que o constitucionalismo pisa nesse espaço incerto entre o controle e o descontrole das normas.

3.2 Constitucionalismo e seus outros

A exceção no direito é uma figura paradoxal, pois ao mesmo tempo em que suspende parte da ordem jurídica constituída – na medida em que algumas normas constitucionais e infraconstitucionais deixam de ser aplicadas - o faz em prol da defesa desta mesma ordem. É como se fosse um contrafogo, em que se queima uma área para melhor

³⁹ PISTONE, Sergio. Razão de Estado. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1066.

⁴⁰ FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020, p. 87-88.

⁴¹ PISTONE, Sergio. Razão de Estado. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

dominar os efeitos do fogo, que de outra maneira traria o risco concreto de se tornar incontrollável. Apesar dos termos conflitantes trazidos em seu bojo, a exceção não pode ser vista apenas como um ato de força em direção a uma ditadura, isto porque a suspensão parcial da ordem jurídica deve ter por finalidade sua própria garantia. Ademais, a exceção só pode existir no Estado de Direito, pois só tem sentido falar em reforço dos poderes quando estes são limitados. Carlo Baldi trata da questão da ligação entre momento excepcional e Estado de Direito de forma similar: “A aplicação integral dos princípios do ‘Estado de direito’ ao Estado de Sítio só será possível se a estrutura do Estado for sólida”.⁴²

Neste sentido – de desvinculação do período excepcional – Clinton Rossiter vai além ao nomear a situação como “ditadura constitucional”, embora alerte que o termo ditadura não deveria assustar o cidadão, pois é até mesmo redundante com constitucionalismo, na medida em que o reforço de poder só tem sentido em uma república constitucional.⁴³ O grande desafio é como em um Estado de Direito podem ser usadas medidas excepcionais⁴⁴, sem abrir mão das características daquele. Isto, pois, tais mecanismos ou medidas excepcionais podem ser considerados como ditatoriais, pois promovem, ainda que por tempo certo, restrição de direitos, concentração de poder e restrição na divulgação de algumas informações.

A ligação das medidas excepcionais com o Estado de Direito é de estranhamento, mas também de pertença. Isto porque a exceção mostra a insuficiência da lei – a qual não consegue prever todos os casos – e, ainda que por certo período, suspende aspectos que foram conquistas das revoluções liberais: a separação de poderes, os direitos e garantias individuais, a previsibilidade conferida pela lei. De outro lado, a exceção está incluída na

⁴² BALDI, Carlo. Estado de Sítio. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1995, p. 414.

⁴³ ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: crisis government in the modern democracies*. New York, Burlingame: Harbinger Book, 1963, p. 4.

⁴⁴ Se de um lado há uma rebelião que ameaça o prosseguimento do estado constitucional, de outro, pode ser visualizada uma revolução que pretende acabar com um determinado estado de coisas, considerado opressivo. Isto fica claro na Declaração de Independência norte americana (1776) em que são estabelecidos direitos inalienáveis e o direito de abolir o governo e estabelecer outro se aquele prejudica a população (agindo contrariamente à função própria do governo). Também no período neo-colonial a questão mostrou-se de forma cristalina, pois de um lado havia uma colônia que pretendia subverter uma ordem jurídico-social que lhe oprimia, e de outro o colonizador que se considerava no direito de manter a ordem, e com isso considerar as tentativas de supressão do sistema como exceções. O que quero marcar com isso, é que nem sempre a tentativa de supressão da ordem, por mais que possa ser considerada excepcional, têm as mesmas características. Especialmente porque em determinadas situações subverter a ordem pode significar a liberdade de um povo.

lógica da legalidade, pois é prevista pelo ordenamento constitucional com a missão de salvá-lo.

A despeito das divergências sobre a exceção no direito, um dos pontos em que parece haver concordância é sobre ser um conceito-limite, haja vista expressar o modelo em que parte da ordem jurídica não mais se aplica por seguir as próprias normas presentes no direito a permitir a sua suspensão parcial.

A necessidade de suspender, ainda que a título temporário, parte do direito já podia ser vista no direito Romano, como vimos já analisada por Maquiavel. Passando pelas tradições do estado de sítio francês e pela lei marcial no modelo anglo-saxão, o constitucionalismo estruturou mecanismos excepcionais de uso limitado: no tempo, no espaço, na hipótese de cabimento.

Há duas tradições principais sobre a exceção constitucional, a francesa (estado de sítio) e a anglo-saxã de lei marcial. São dois os pontos centrais que as distinguem: a identidade do ator autorizado a monitorar o estado de emergência, e o grau de judicialização. No estado de sítio o monitoramento cabe primariamente ao legislativo, e na lei marcial ao judiciário. Enquanto o estado de sítio é legalmente previsto, a lei marcial poderia ser caracterizada como a ausência de previsão jurídica anterior ao seu uso.⁴⁵

O ponto pacífico de que há situações de crise que exigem respostas específicas não é acompanhado pela unanimidade na forma como a resposta deve ser. O debate foi travado na sequência dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001 em que constitucionalistas como Bruce Ackerman defenderam a existência de uma constituição de emergência, ou seja, constituição feita em tempos de “normalidade” para ser aplicada em situações excepcionais e com isso garantir, ainda que minimamente, o respeito à constituição (normal)⁴⁶. Opostos à tal proposta Laurence Tribe e Patrick Gudridge apontam o risco de criação de espaços de exceção, ainda que com o objetivo declarado de circunscrevê-la⁴⁷. Há, ainda, defesas de respostas extra constitucionais, ou mais especificamente que respostas à crises violentas nem sempre precisariam ser constitucionais, em uma certa atualização da discricionariedade lockiana.⁴⁸

⁴⁵ VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica*, 2021, p. 3.

⁴⁶ ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale LJ*, v. 113, 2003.

⁴⁷ TRIBE, Laurence H.; GUDRIDGE, Patrick O. The anti-emergency constitution. *Yale LJ*, v. 113, 2003.

⁴⁸ Como exemplo: GROSS, Oren. Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional. *Yale LJ*, v. 112, 2002.

Stefan Voigt classifica a resposta a situações excepcionais em dois modelos: monismo e dualismo. Segundo o primeiro, o comportamento do governo deve ser submetido à ordem constitucional em qualquer situação, sob o segundo, a ordem constitucional a ser aplicada depende se a situação é normal ou excepcional.⁴⁹

O desafio em ambos os modelos é como manter a excepcionalidade excepcional – e esta formulação não é uma redundância. Numerosos exemplos históricos demonstram a dificuldade de circunscrever as medidas excepcionais no tempo e no espaço, muitas vezes esgarçando as tessituras do Estado de Direito. A preocupação torna-se mais latente com a transnacionalização de medidas que afetam o Estado, como a criminalidade, bem como o terrorismo, que, em grande medida subverte o modelo de conflito tradicional. Em países periféricos e com histórico de fortalecimento institucional e democrático recentes a questão pode ser ainda mais complexa.

4 A CRISE DO ESTADO E A QUESTÃO DA SEGURANÇA NA AMÉRICA LATINA HOJE: O ESTADO ENTRE DIREITO E NÃO-DIREITO

Feita a discussão anterior, caberia jogar luz a respeito de algumas questões que envolvem a relação entre direito, exceção e não-direito na América Latina hoje. A região, considerada pelo Escritório das Nações Unidas para o Combate ao Crime e às Drogas (UNODC, na sigla em inglês) como uma das mais violentas do mundo, encontra-se hoje numa encruzilhada relevante devido a processos endógenos, mas em conjunto com fenômenos internacionais que levantam a questão: na América Latina e no Caribe, qual o cenário que encontra essa discussão a respeito do direito, da exceção e do não-direito?

Cabe examinar o momento histórico, político e econômico que se desenrola em nossa região. Alguns limites se apresentam atualmente para uma região na qual a crise não parece ser apenas um único momento, mas um componente relevante para pensar a situação política dos Estados, do estado de direito e do estado de exceção, representando por isso uma situação de contínua instabilidade. Retomando a definição de Francisco Weffort⁵⁰, podemos dizer que os países da região não enfrentam uma crise única, mas a soma de diferentes crises, um tsunami que faz água por baixo até não se aguentar mais:

- Vive-se **uma crise econômica**, com a queda da renda disponível para governos e populações a partir do fim do superciclo econômico das *commodities*,

⁴⁹ VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica*, 2021, p. 3.

⁵⁰ WEFFORT, Francisco. A América errada. In: WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

do avanço geoeconômico dos Estados Unidos e múltiplas dependências com relação à China e a países europeus;

- Vive-se uma **constante crise política**, que se materializa de distintas maneiras, mas que deriva do esgotamento dos governos de centro-esquerda (a chamada onda rosa) e com a ascensão de governos extremistas ou que defendem a austeridade econômica com a manutenção da matriz exploratória-primarizante da economia, das sociedades e dos indivíduos;
- Vive-se uma **crise social** resultante das diversas fraturas sociais, das fragmentações espaciais numa escala macro e no eterno processo de modernização incompleta dos países da região; e,
- Vive-se uma **constante crise de segurança pública**, com a América Latina sendo a região que lidera mundialmente o número de mortos por armas de fogo proporcionalmente à população no mundo, inclusive em relação às regiões onde ocorrem guerras tradicionais e outros conflitos armados.

Estes movimentos que tomam lugar na América Latina e no Caribe fazem perceber que as situações de crise encontram-se em diferentes planos, e são atribuídos a ameaças e riscos diversos às estabilidades e instabilidades institucionais na região. Pode-se considerar, portanto, que a região apresenta uma boa possibilidade para compreender como se conjugam, articulam e desenvolvem as propostas baseadas na técnica de estado conforme trabalhada aqui.

Em específico, trata-se de uma região em que os processos de formação territorial levaram à constituição de Estados que, em sua construção institucional e política, conduziram a tradições que misturam direito e exceção de maneira específica. Já a partir das independências, o tipo de regime de participação política a ser construído já se delineou como um desafio relevante, haja vista o difícil balanceamento que se pretendeu fazer entre a mobilização das populações latino-americanas e caribenhas contra as forças metropolitanas, e a manutenção da ordem social colonial sem muita alteração. Desta forma, a introjeção do Estado de direito na região se deu sob o manto de um projeto que “[e]m nome da ordem como valor absoluto, fundamentava[-se] a permanência do poder limitado nas mãos das elites por serem elas consideradas o único grupo social com ‘preparo’ político para exercê-lo”.⁵¹

⁵¹ PRADO, Maria L.; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. 1. ed. 4a. reimpr. São Paulo: Contexto, 2020, p. 56.

A base do projeto liberal na América Latina, portanto, absorveu os três pontos relevantes da compreensão a respeito do Estado de direito a partir desta percepção. Assim, a separação de poderes, os direitos e garantias individuais e a previsibilidade conferida pela lei se estruturaram não com relação à expansão de direitos, mas de alteração das formas jurídicas coloniais, inspiradas pelas tradições absolutistas. No México, por exemplo, a “chamada Reforma Liberal, que nos anos 1850 e 1860 procurou dissolver as formas tradicionais de posse corporativa de terras e de bens imóveis” acabou por instaurar “uma profunda inflexão na estrutura da Igreja Católica e dos *pueblos* indígenas que ganharam corpo através dos séculos de colonização espanhola”.⁵²

O que se percebe na região é que o Estado de direito, que se consolidou apenas na segunda metade do século XIX e sobretudo a partir do século XIX, se construiu a partir de uma percepção a respeito das ameaças e riscos não necessariamente ligada a fatos específicos, nem a questões externas, mas sobretudo de ameaças a projetos políticos, econômicos e de normatização do território. Muitos dos conflitos que tiveram lugar até a década de 1930 na região tiveram como motivação especificamente disputas de quais são as normas válidas para determinados territórios, assim como disputas no entorno da instrumentalização de tipos jurídicos que permitiriam o exercício do governo sobre coisas e pessoas.⁵³

De certa forma, este processo trouxe característica específica para a relação entre direito e não-direito na região, resultado também da grande circulação e acomodação de teorias jurídicas de variadas origens e tradições que se encontram com demandas políticas e jurídicas instrumentalizadas sobretudo pelas elites nacionais. Após o período das guerras motivadas por domínio territorial finalizadas com a Guerra do Chaco (terminada em 1935), as ameaças percebidas passaram a se relacionar mais com o elemento subversivo do que com ameaças externas relativas a outros Estados na América Latina e no Caribe.

A partir da década de 1930, a introdução de teorias de segurança que colocam a figura do inimigo interno como central para a atuação do Estado colocam em cheque alguns avanços políticos e jurídicos que também se verificam no período. Sobretudo a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a relativização da separação de poderes, dos direitos e das garantias individuais e da previsibilidade conferida pela lei ocorreu tendo como base a Doutrina de Segurança Nacional. Esta doutrina, persistente em diferentes manifestações

⁵² PRADO, Maria L.; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. 1. ed. 4a. reimpr. São Paulo: Contexto, 2020, p. 57.

⁵³ HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas*. 1. ed. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019; MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Brasil, Argentina e Estados Unidos: Conflito e integração na América do Sul (da Tríplice Aliança ao Mercosul), 1870-2007*. 3.ed., rev.ampl. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

constitucionais da região até hoje, em realidade realizava uma revisão da proposta das Reformas Liberais do período da independência, substituindo, como grupo capaz de executar o governo das nações da região, as elites urbanas pelas castas militares. Conforme aponta José Manuel Ugarte:

A tentação da segurança que tudo abarca e da formulação da política nacional a partir do âmbito da segurança constitui uma antiga característica latino-americana, com maior ou menor influência estrangeira. É muito frequente que nos âmbitos de segurança - militares ou não - se pense que os restantes âmbitos da sociedade são ineptos para exercer a função governamental e (...) se considere possível e adequado transladar a ordem e a disciplina, próprias de tais âmbitos, para o resto da sociedade. (...) Por outro lado, as experiências latino-americanas da Guerra Fria em matéria de segurança onicompreensiva e amplas funções castrenses conspiraram contra a eficácia do controle constitucional das Forças Armadas e contra a estabilidade e eficácia dos governos eleitos. Algumas noções dessas experiências sobrevivem nesta região.⁵⁴

O período de transição entre o penúltimo momento autoritário dos países latino-americanos e caribenhos, ocorrido entre os anos 1980 e 1990, e o processo de constitucionalização de Estados de direito na região abriu um novo capítulo nesta realidade. Por um lado, os processos de transição política na região fortaleceram tanto mecanismos internos quanto externos de controles de graves violações de direitos humanos por parte dos Estados latino-americanos e caribenhos.⁵⁵ Porém, por outro lado, é possível notar que este fortalecimento, assim como as formas de responsabilização dos violadores de direitos humanos, não representaram uma devida aplicação da justiça de transição, nem evitou que países da região mantivessem estruturas jurídico-políticas que mantinham mecanismos de exceção típicos dos períodos anteriores, de cunho fortemente autoritário.

De maneira paralela a este processo incompleto de transição, o que se percebe na atualidade é a expansão do uso de mecanismos infraconstitucionais para aplicar a exceção nos países da região. Este método, conforme indicado por Frankenberg, reúne características importantes do método Hobbes de técnica de estado na estrutura legal dos Estados da região a partir de mecanismos jurídicos, e não apenas da atuação das forças de segurança.

⁵⁴ UGARTE, José Manuel. Doutrina de segurança nacional. In: SAINT-PIERRE, Héctor L.; VITELLI, Marina G. (Eds.). *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018. p. 312.

⁵⁵ AMADEO, Javier (ED.). *Violência de Estado na América Latina: Direitos Humanos, Justiça de Transição e Antropologia Forense*. São Paulo: Editora Unifesp, 2019.

Isso significa que é possível observar, na América Latina e no Caribe, uma acomodação, à lógica liberal que inicia o Estado de direito assim como à Doutrina de Segurança Nacional, das práticas jurídicas que colocam em risco o próprio Estado de direito. No caso brasileiro, a adoção da tese da Teoria do Domínio do Fato⁵⁶, assim como a inversão das lógicas de suspeição em processos criminais relacionados à atuação “corrupta” de agentes governamentais, fazem com que se coloque também o Poder Judicial dos estados da região como responsáveis por repelir ameaças à segurança.

Esta conjunção pode ser percebida em diferentes iniciativas chamadas de *mano dura*, que consistem no aumento do peso aplicado da exceção de direitos em razão da criminalização de elementos na sociedade.⁵⁷ A participação engajada de bancadas penalistas, a atuação de juízes que vêm em sua atuação soluções para resolver problemas sociais (crime, corrupção, homicídios, pobreza) por meio da expansão e flexibilização de tipos penais que acabam abarcando práticas sociais tão amplas que acabam transformando todos os indivíduos em suspeitos de ameaçar a estabilidade do sistema, conformando-se um estado securitário.

Quanto à separação de poderes, elemento fundamental da instituição do Estado de direito durante as Revoluções liberais, é importante perceber que alianças estratégicas e institucionais entre diferentes atores dos processos judiciais (sobretudo penais) acabam por alterar as prerrogativas jurídicas, expandindo ou reduzindo a capacidade do sistema jurídico como um todo para garantir o devido processo penal. Esta alteração tem como principal consequência a “maleabilização” das garantias e direitos individuais, interferindo na possibilidade de prever aquilo que é conferido pela lei, justificando esta submissão dos direitos individuais em troca do alcance de uma determinada “segurança”.

Em termos de atuação das forças de segurança (Forças Armadas, forças intermediárias e forças policiais), esta alteração traz uma consequência bem reportada e perceptível na região, que é uma gradual hibridização entre temas de segurança pública e temas de segurança externa (Defesa).⁵⁸ No caso da segurança pública, o monopólio da força por

⁵⁶ A Teoria do Domínio do Fato foi mobilizada pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento da Ação Penal 470, conhecida como “Escândalo do Mensalão”. Envolvendo a alta cúpula da administração federal durante o governo de Luís Inácio Lula da Silva, a discussão girou em torno da imputação penal do próprio Presidente da República ou dos outros acusados, pressupondo, de acordo com a interpretação de Claus Roxin (2000), que a autoria penal poderia ocorrer não apenas numa atuação direta, mas também pela execução do ato penal por meio de terceiros. A tese é, ainda hoje, muito contestada.

⁵⁷ MUGGAH, Robert; GARZÓN, Juan Carlos; SUÁREZ, Melisa. *La “Mano Dura”: Los costos de la represión y los beneficios de la prevención para los jóvenes en América Latina*. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, maio 2018.

⁵⁸ ALDA MEJÍAS, Sonia. Forças intermediárias. In: *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018. p. 387–398.

parte do Estado tem como justificção principal neutralizar conflitos internos e permitir a qualidade de vida da população. Já no caso da Defesa, ele se justifica para garantir a sobrevivência e a soberania do país. Em ambos os casos, a estabilidade social e, principalmente, da instituição política, aparecem como elementos fundamentais para a aplicação da força ou da exceção.⁵⁹

O processo que se tem observado na América Latina e no Caribe, porém, é que aquele movimento anterior de aproximação e articulação entre o Judiciário de seus países e as forças de segurança (estabelecidas ou com representantes diretos nos poderes Legislativos e Judiciários) acaba por hibridizar estas justificções para a aplicação da exceção. Se as forças armadas se dedicariam formalmente à guerra, e as forças de segurança interna sobretudo ao combate ao crime, o que se percebe é uma *mélange* institucional, sob os auspícios dos Poderes Legislativo e Judiciário, em que processos de militarização das forças policiais e de inteligência e de policialização da ação das Forças Armadas, que passam a se dedicar cada vez mais a operações em território interno.

A relação entre uso da força estatal e a garantia de direitos individuais e coletivos na América Latina e no Caribe sempre seguiu uma lógica ambígua. Fundados na desigualdade jurídica do período colonial, os países que constituem a região tiveram, ao longo dos séculos XIX e XX diferentes formas estatais autoritárias ou de restrição da participação individual ou coletiva na institucionalidade governamental. Nestas primeiras décadas do século XXI, o que se percebe é a possibilidade de que as alterações legais que ocorrem não atacam diretamente direitos políticos e civis já garantidos, mas instrumentalizam a ideia de “segurança” para colocar sob suspeita grupos e indivíduos que ameaçam a ordem desigual neles estabelecida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da segurança sempre foi central ao Estado, embora com diferentes arranjos e modos de estruturar a governabilidade. Sob técnicas de estado podemos compreender estes arranjos específicos que tratam do coração da política e do direito, e como este convive com aquele.

Das técnicas de Estado percebemos um processo que conduz à tentativa de exorcizar a força e a violência do Estado, circunscrevendo-as à momentos específicos, determinados e altamente controlados. Eis a meta e desejo das teorias constitucionais. Entretanto,

⁵⁹ SUCCI JR., David P. Segurança pública/interna. In: *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018. p. 923–929.

em momentos de crises – reais, fabricadas ou imaginadas – é comum a menção à expedientes da lógica da razão de estado.

Não há consenso sobre qual a melhor resposta à situações excepcionais: normas previstas antecipadamente, constituição emergencial, respostas extra constitucionais? Dessa forma diante da complexidade crescente do Estado e das ameaças enfrentadas é lícito perguntar-nos qual o caminho deve ser adotado do ponto de vista jurídico.

Nos Estados com institucionalização e democratização recentes, como é o caso da América Latina e Caribe, a situação torna-se ainda mais relevante, com situações apresentadas como emergenciais e que justificariam o uso de meios excepcionais com a redução de direitos fundamentais. Esse processo de normalização do excepcional coloca em risco o Estado de Direito e suas conquistas.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *Yale IJ*, v. 113, 2003.
- ALDA MEJÍAS, Sonia. Forças intermediárias. In: *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.
- AMADEO, Javier (ED.). *Violência de Estado na América Latina: Direitos Humanos, Justiça de Transição e Antropologia Forense*. São Paulo: Editora Unifesp, 2019.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: En busca de la seguridad perdida*. Barcelona, ESP: Ediciones Paidós Ibérica, 2008.
- BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998
- BREDEKAMP, Horst ; HAUSE, Melissa Thorson; BOND, Jackson. From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes. *Critical Inquiry*, Vol. 25, No. 2, “Angelus Novus”: Perspectives on Walter Benjamin (Winter, 1999). The University of Chicago Press. p. 247-266.
- CANDIOTTO, César. Governo e direção de consciência em Foucault. *Nat. hum.*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 89-113, dez. 2008.
- CASTRO, Iná E. de. *Geografia e Política: Território, escalas de ação e instituições*. 7ª ed. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.
- COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: Formação do Estado e Civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. v. 2.
- FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Editora UNESP, 2020.

GROSS, Oren. Chaos and rules: Should responses to violent crises always be constitutional. *Yale LJ*, v. 112, 2002.

HERZOG, Tamar. *Fronteiras da posse: Espanha e Portugal na Europa e nas Américas*. 1. ed. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, palavra e poder de uma República eclesiástica e civil*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020, p. 20.

HOBBSAWM, Eric J. *Globalização, democracia e terrorismo*. 1. ed. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KOSELLECK, Reinhardt. *Crítica e crise: Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *Brasil, Argentina e Estados Unidos: Conflito e integração na América do Sul (da Tríplice Aliança ao Mercosul), 1870-2007*. 3.ed., rev.ampl. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

MUGGAH, Robert; GARZÓN, Juan C.; SUÁREZ, Melisa. *La “Mano Dura”: Los costos de la represión y los beneficios de la prevención para los jóvenes en América Latina*. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, maio 2018.

PASQUINO, Gianfranco. Crise. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. 13a ed. 4a. reimpr. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010.

POOLE, Thomas. Leviathan in Lockdown. *London Review of Books*. Disponível em: <https://www.lrb.co.uk/blog/2020/may/leviathan-in-lockdown>. Acesso em 08 out. 2021.

PRADO, Maria L.; PELLEGRINO, Gabriela. *História da América Latina*. 1. ed. 4a. reimpr. São Paulo: Contexto, 2020.

ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: crisis government in the modern democracies*. New York, Burlingame: Harbinger Book, 1963.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SUCCI JR., David P. Segurança pública/interna. In: *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. *O “cair da máscara” diante das “razões de segurança”*: um percurso genealógico pelas razões do Estado. São Leopoldo; Trois-Rivières, 2019.

TRIBE, Laurence H.; GUDRIDGE, Patrick O. The anti-emergency constitution. *Yale LJ*, v. 113, 2003.

UGARTE, Juan Manuel. Doutrina de segurança nacional. In: SAINT-PIERRE, H.; VITELLI, M. (Eds.). *Dicionário de Segurança e Defesa*. São Paulo: Editora Unesp, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018.

VOIGT, Stefan. Contracting for Catastrophe: Legitimizing Emergency Constitutions by Drawing on Social Contract Theory. *Res Publica*, p. 1-24, 2021.

WEFFORT, Francisco. A América errada. In: WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política*. Vol. I. São Paulo: Ática, 2011.

LAWFARE
E SISTEMA
DE JUSTIÇA

PARTE 3

Capítulo 14

O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO NO CONTEXTO DO *LAWFARE* NA AMÉRICA LATINA: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Andréa Regina de Moraes Benedetti¹

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. AS VOZES DA RESISTÊNCIA HERMENÊUTICA; 2. NOTAS DE USO DO DIREITO COM FINS POLÍTICOS; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O artigo analisa aspectos da fragilização do processo penal democrático brasileiro no contexto do *lawfare* na América Latina, tomando como paradigma uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

¹ Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), *campus* de Francisco Beltrão. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos (GPDH). E-mail: deiabenedetti@hotmail.com.