

ESTADO DE EXCEÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE UM PARALELO ENTRE WEIMAR E O *PATRIOTIC ACT* AMERICANO.

Ludiana Carla Braga Façanha*
Afonso de Paula Pinheiro Rocha**

RESUMO

Os novos desafios do mundo contemporâneo, sobretudo, em razão de movimentos terroristas que assolam a humanidade fizeram despontar o estado de exceção como verdadeiro modelo de governo na contemporaneidade. O presente estudo cuida de analisar o substrato do estado de exceção no constitucionalismo atual. Apresenta-se um paralelo entre o contexto da República de Weimar e do *Patriotic Act* americano. Através do trabalho se verifica que em momentos de crise o “*rule of law*” não deve esvanecer, mas se intensificar. Tanto o constitucionalismo como a teoria política devem prever mecanismos capazes de transpor ocasiões de emergência sem a ruptura do sistema político.

PALAVRAS-CHAVE

ESTADO, EXCEÇÃO, WEIMAR, *PATRIOTIC ACT*.

ABSTRACT

The challenges in our time, especially terrorist treats, have spurred the exception states as the new form of government. The study deals with the states of exception in modern constitutional law. It presents a parallel between the context in Weimar and the *Patriotic Act*. Throughout the paper it is shown that in moments of crisis the rule of law should not fade, but be strengthened. Both constitutionalism and political theory should account for emergency situations without the break-down of the political system.

* Procuradora do Estado do Ceará. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Estágio em docência na disciplina de Direito Constitucional Econômico na Universidade Federal do Ceará.

** Advogado da Petrobras. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduando – MBA em Direito Empresarial pela FGV-Rio.

KEYWORDS

STATE, EXCEPTION, WEIMAR, *PATRIOTIC ACT*.

INTRODUÇÃO

Na atualidade estão a despontar cada vez mais questões relativas aos limites do Estado de Direito em face de uma série de novos desafios globais.

Não se trata de surpresa que esses novos desafios ao constitucionalismo e a teoria política moderna estejam a ressaltar a temática do estado de exceção. Sobreleva-se a questão do que fazer quando há um choque tão grande no sistema político que as regras e normas comuns aparentemente perdem qualquer aplicabilidade.

Através da história do pensamento político, os doutrinadores têm percebido a figura do estado de exceção sob diversas óticas, desde uma forma de defesa do Estado de Direito em situações de extremo perigo até mesmo como um prelúdio de uma ditadura.

Assim, uma abordagem interessante do tema é a percepção da noção do estado de exceção em Weimar e, sua ocorrência na contemporaneidade, cujo acontecimento emblemático trata-se da *enactment* do *Patriotic Act* americano.

No capítulo inicial, será tratado o estado de exceção. No capítulo seguinte, verificar-se-á como repercutiu em Weimar a adoção de um estado de exceção. Ato contínuo será discutido o *Patriotic Act* americano e seus reflexos. Com o intuito de traçar um paralelo entre Weimar e os EUA será realizada uma análise crítica.

1. ESTADO DE EXCEÇÃO

Antes de adentrar o estudo do estado de exceção convém apontar as diretrizes de um Estado de Direito.

Remete-se a Robert Von Mohl e Lorenz Stein, em meados do século XIX, a utilização do termo Estado de Direito (Rechtsstaat) na ciência política alemã.¹ Nelson Saldanha esclarece: “Ao que consta, a expressão Rechtsstaat (Estado de Direito) surgiu com Robert von Mohl, que em 1832 publicou o volume inicial de sua obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (A ciência política baseada no Estado-de-Direito).”²

Como se propõe no presente ensaio a tratar do estado de exceção em dois pontos históricos, em Weimar e na atualidade, cumpre esclarecer o que seja Estado de Direito nestes dois momentos, seguindo a *orientação* da escola de Cambridge³ que sobreleva a necessidade de contextualização histórica dos conceitos estudados passaremos às concepções contemporâneas aos conceitos abordados. “*Definir Estado de Direito significa definir tudo o quanto se relaciona com a recente história das instituições jurídico-constitucionais.*”⁴

O Estado de Direito ambientado em 1919, ano da Constituição de Weimar consistia na transição entre o Estado de Direito individual e o social. Neste, o Estado deve não só defender o indivíduo, mas também atuar para que os direitos sejam prestados. Preconiza-se uma atuação positiva do ente estatal.

O Estado de Direito, hodiernamente, é percebido como um Estado Democrático de Direito, no qual o Estado não pode se limitar a atuar, esta atuação há de efetivamente gerar transformações sociais. Os Direitos Fundamentais não devem apenas ser resguardados, mas promovidos pela Administração Pública. Está pautado, doutrinariamente, nos seguintes princípios⁵:

¹ BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Tradução de Maurício de Andrade. São Paulo: Manole, 2005, p. 248.

² Formação da Teoria Constitucional. 2 ed., at. e ampl. Rio de Janeiro-São Paulo, Renovar, 2000, pág. 28.

³ Também conhecida como *contextualismo lingüístico* do qual John G. A. Pocock é um dos fundadores e principais teóricos, e, Quentin Skinner é apontado como um dos maiores expoentes. “Poderíamos resumir a posição epistemológica compartilhada por Pocock e Skinner como sendo aquela orientada pela máxima de que para se entender os textos de teoria política do passado é necessário que se leve a sério os significados que eles tinham em seu contexto histórico original.” (HISTÓRIA DOS CONCEITOS: debates e perspectivas. JASMIM, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (orgs). Rio de Janeiro, Editora PUC-Rio, Edições Loyola, IUPERJ, 2006, p.)

⁴ MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

⁵ FRANCA FILHO, MARCÍLIO TOSCANO. *A Alemanha e o Estado de Direito: Apontamentos de teoria constitucional comparada*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. P. 109-120. 1997.

1. *princípio da constitucionalidade*, a base do Estado se consubstancia na legitimidade da Constituição que deve emanar do próprio povo, modelando e delineando toda a atuação estatal;

2. *princípio democrático*, o regime de governo deve ser representativo, pluralista e participativo;

3. *princípio dos direitos fundamentais*, isto é, direitos sociais, individuais, coletivos e culturais formam um núcleo constitucional que não podem ser subtraídos nem restringidos;

4. *princípio da divisão e independência dos poderes* estes devem ser atribuídos de modo a criar um sistema de freios e contrapesos capaz de exercer limitações mútuas;

5. *princípio da justiça social* como diretriz das ordens econômica e social e como atividade concreta nos serviços de seguridade e assistência social;

6. *princípio da segurança jurídica*.

O Estado de Direito inaugurado com os primeiros códigos tinha por fim assegurar a liberdade individual e a propriedade. Atualmente, na noção do Estado Social e Democrático desponta através de um intervencionismo estatal a busca de assegurar justiça social.

Assim, pode-se dizer que o Estado de Direito é a forma usual do estado em momentos de paz e normalidade. Porém, esse mesmo estado não pode subsistir em situações onde a própria ordem constitucional se mostra incapaz de contornar conflitos ou manter a ordem político-social.

Nesse ponto surge a figura do estado de exceção, que pode ser visto como forma momentânea de governar prevista na própria Constituição em que se permite afastar direitos individuais, sociais e políticos protegidos no intuito final de manter estes mesmos direitos e o próprio Estado. A ordem constituída prevê mecanismos para manutenção de suas estruturas abrindo mão das mesmas, temporariamente.

Convém fazer pequena digressão para esclarecer que, apesar de divergências doutrinárias, há diferença entre estados de emergência e de exceção. Estados de emergência ocorrem quando há uma perturbação da ordem social tal como desastres naturais, conflitos localizados, etc. Perceba-se que apesar da gravidade da situação, a

ordem jurídico-constitucional não é colocada a teste, não há uma falência das instituições abstratamente consideradas.

Por sua vez, o estado de exceção ocorre quando os poderes instituídos encontram-se abalados, situações como revoluções, guerras civis e falência generalizada da legitimidade das instituições frente ao corpo social. A própria existência institucional do estado passa a se desfazer.

No presente trabalho, usar-se-á as expressões emergência e exceção de forma indistinta, porém sempre relacionadas à segunda das acepções acima apontadas.

Passe-se à lição de Konrad Hesse, em *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, in verbis*:

“Um *estado de exceção* verdadeiro ou, como hoje soa a designação predominantemente empregada, ‘situação de emergência estatal’, nasce em todos os perigos sérios para a existência do Estado ou a segurança e ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos normais previstos pela Constituição, senão cujo rechaço ou eliminação somente com *meios excepcionais* é possível.”⁶

Tal definição, porém, é insuficiente para a correta compreensão da temática, cumpre então indagar que teóricos podem ser apontados como precursores do estado de exceção? O que seria propriamente este estado? Estes são alguns questionamentos para os quais se busca resposta nesta breve exposição.

Na história da teoria e filosofia política sempre existiu uma constante preocupação com o que fazer quando a ordem política é tão fortemente abalada que os próprios limites de governabilidade são postos a teste.

Mesmo Aristóteles em sua obra “Política” já identificava que um ditador eleito teria o dever de restaurar a ordem interna e rechaçar os inimigos externos. Nesse mesmo sentido, em Roma, a ditadura se mostrou uma forma eficiente para contornar períodos de crise e para lidar com severas ameaças às instituições republicanas.

Contudo, em Roma, essa idéia de um ditador, de um “governo” com poderes ampliados para lidar com um “estado de exceção” a ordem normal, abriu espaço para a falência da própria república e instituição do império, como que antevendo os ensinamentos de Maquiavel quanto ao assunto.

⁶ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 526.

O pensador italiano adverte que em uma em república bem ordenada, não deveria nunca ser necessário recorrer a medidas fora da constituição, pois apesar de serem efetivas no momento, são prejudiciais à estabilidade da própria ordem social em longo prazo. Maquiavel já apontava para o fato de que a república deveria possuir normas prevendo medidas para estados de exceção, preconizando assim, a idéia de uma constituição que possuiu previsões para assegurar sua própria sustentabilidade.

Outra linha de pensamento que merece destaque é a visão do absolutismo monárquico, ao indicar que o Monarca apenas deveria prestar contas a Deus, é criada uma situação de uma irresponsabilidade estatal, com a ausência de limites para a atuação do monarca em tempos de crise.

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

Antes do século vinte, as constituições escritas não se preocupavam especificamente em delinear os contornos de um estado de emergência. Tomando como exemplo a Constituição Americana, temos que a mesma, faz referência a estados de rebelião e insurgências, porém estabelece que o *writ of habeas corpus*, não pode ser suprimido, a não ser quando for necessário para a segurança pública. A mesma constituição não esclarece maiores detalhes quanto a forma de um eventual estado de exceção, apenas apontando uma série de poderes ao Congresso e ao Presidente (*commander-in-chief*).

Os Estados tem adotado um sistema constitucional para situações emergenciais que consiste no “...conjunto ordenado de normas constitucionais, que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional”.⁷

⁷ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral *apud* SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 693.

O professor Canotilho⁸ traça características básicas que as normas que prevêm estado de exceção costumam traçar para situações de crise.

Segundo o autor português, normalmente, as constituições se limitam a indicar os órgãos competentes para tomada de providências em situações excepcionais os quais atuarão no pronto restabelecimento da ordem vigente.

O executor da medida de exceção passa a atuar com plenos poderes. Isto é, há previsão para que o poder executivo se sobreponha aos demais poderes.

Consistem em previsões abertas que devem ser vistas como eficientes e perigosas. Eficientes em razão de sua celeridade. Perigosas por abrirem margem a abusos, principalmente, porque o sistema de freios e contrapesos é totalmente desestruturado “...*the state of exception is dangerous precisely because it is so subject to abuse*”⁹. São exemplos o art. 16¹⁰ da Constituição francesa de 1958 e o art. 48 da Constituição de Weimar¹¹.

Há ainda a hipótese de o constituinte procurar antever todas as situações de crise capazes de justificar a adoção de medidas de exceção. Esta formatação tem o inconveniente de não ser possível arrolar todas as experiências dando, assim, margem a uma ruptura da ordem caso não seja possível a adoção de medidas excepcionais para restabelecimento da estrutura vigente. Aponta-se este modelo na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 19), na Constituição de Bonn, na Grundgesetzänderung de 1968 (art. 115 ss.), na Constituição sueca (parágrafo 50 da “forma de Governo de 1809”), na Constituição espanhola de 1978 (art. 116) e, na Constituição brasileira de 1988 (nos arts. 136 e 137).

De se registrar, também, a possibilidade de os atos do executivo serem aprovados posteriormente pelo legislativo. Isto é, o chefe de estado estaria habilitado a

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 1153 e segs.

⁹ SCHEPPELE, Kim Lane, "Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11". *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, pp. 1001-1083, 2004, p. 4.

¹⁰ Art. 16 da Constituição da V República Francesa: “Sempre que as instituições da República, a independência da nação, a integridade do seu território ou a execução dos seus compromissos internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata e o funcionamento regular dos poderes públicos constitucionais for interrompido, o Presidente da República adotará as medidas exigidas pelas circunstâncias, após consulta oficial do Primeiro Ministro, dos presidentes de ambas as câmaras e ainda do Conselho Constitucional”.

¹¹ Encontra-se transcrito no item 4 quando se discute especificamente o caso alemão.

atuar em face da crise e posteriormente ter seus atos corroborados. Esta forma é adotada pelo direito constitucional inglês (Act of Indemnity ou Indemnity Bill).

Assim, o estado de exceção ocorre quando, usando o ordenamento constituído se alcança uma situação de poder sem limite. Os parâmetros a justificarem esta alteração da ordem são os mais diversos, crises econômicas nas quais se busca o restabelecimento do país, ataques terroristas cuja adoção do estado de exceção visa a segurança nacional etc.

A questão é que o Estado de Direito classifica uma situação como capaz de desestabilizar a ordem vigente e propõe, com o manuseio de previsões legais um estado excepcional no qual há mitigação de direitos da população atrelado ao recrudescimento do poder estatal.

Ainda, quanto às construções histórico-doutrinárias sobre estados de exceção, podemos encontrar na República de Weimar um ambiente dos mais fecundos de produção sobre o tema. Devem-se apontar dois expoentes que trataram do estado de exceção: Walter Benjamin e Carl Schmitt. Mais recentemente, da doutrina italiana, merece destaque Giorgio Agambem¹². Ainda, Slavoj Žižek e Michel Löwy.

No Brasil, o professor Willis Santiago Guerra Filho discutiu o tema no GT de Direito e Política do Encontro Anual do Conselho de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em 2005, em Fortaleza. Merece destaque, ainda, a obra de Gilberto Bercovici intitulada: *Constituição e estado de exceção permanente - atualidade de Weimar*¹³.

Na oitava tese de Walter Benjamin há referência ao estado de exceção, *in verbis*:

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o "estado de exceção" em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de exceção; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no séculos XX "ainda" sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o

¹² *Estado de Exceção*. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

¹³ *Constituição e estado de exceção permanente - atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável”.¹⁴

W. Benjamin atentava para um estado de exceção enquanto regra geral. Inegável a atualidade da assertiva. O autor escrevia em plena República de Weimar sobre uma situação cujas diferenças são difíceis de identificar na atual conjuntura de mitigação dos Direitos consagrados que, de tão constante, demonstra-se também corrente.

Já segundo as concepções Scmittianas o estado de exceção “*permite a suspensão, talvez até em sua totalidade, da ordem jurídica, na hipótese de que a existência do Estado esteja em perigo (o extremus necessitatis causus)*.”¹⁵

Neste sentido, *in verbis*:

“No pensamento espacial de Schmitt, os métodos da política submetem-se ao objetivo de estender linhas de demarcação que devem assegurar a integridade do espaço e instituir a homogeneidade do ‘agrupamento para garantir, dessa maneira, no Estado e por meio do Estado, a unidade política indicada.’”¹⁶

Como forma de entender essas linhas de raciocínio sobre a temática, é interessante tratar um pouco do contexto no qual se insere.

2. O CASO DE WEIMAR

A Alemanha no período pós-primeira guerra encontrava-se sob forte crise econômica, social, submetia-se ao Tratado de Versalhes cujas cláusulas tratavam de tornar ainda mais delicada a situação daquele país. E, apesar de a Constituição então vigente ter consagrado direitos sociais estes não eram efetivados.

Após a quebra da bolsa de Nova York em 1929 a situação da Alemanha se agravou e, em razão da pressão da elite e dos setores médios da sociedade o então presidente alemão Hindenburg lançou mão da previsão do art. 48 da Constituição de Weimar e nomeou Hitler Chanceler.

¹⁴ *Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaio sobre literatura e história da cultura.* Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 222-232.

¹⁵ BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. *Op cit.*, p. 239.

¹⁶ FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito.* Trad. a Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O artigo em questão trazia previsão de subversão do sistema posto pela própria Constituição a fim de resguardar a ordem. Para tanto, poderiam ser afastados, temporariamente, direitos fundamentais e sociais ali protegidos. O artigo 48 foi utilizado mais de 250 vezes durante os 13 anos da Constituição de Weimar, mais de 130 logo nos primeiros anos da República.¹⁷

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

Os idealizadores do art. 48 da Constituição de Weimar decerto não imaginariam que o estado de exceção ali previsto seria utilizado como um passo importante rumo ao totalitarismo. O estado de exceção inaugurado com a ascensão de Hitler em 1933 duraria 12 anos.

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

A República de Weimar, ambientada na Alemanha no pós-primeira guerra mundial, pautada numa Constituição que se tornou referência, modelo de avanço no campo de previsão de direitos sociais trazia também a previsão de um *estado de exceção* (art. 48) que fosse capaz de garantir a permanência do regime em caso de ameaça à ordem pública e à segurança do *Reich*.

A Constituição Alemã de 1919 enquanto documento histórico consiste em referência inegável de avanço no tocante à previsão de direitos sociais. Assinala o professor Paulo Bonavides, *in verbis*:

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

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

¹⁷ SCHEPPELE, Kim Lane, Op. Cit, p. 7.

A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social.” (Curso de Direito Constitucional. 11, p. 207 e 208)

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

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

Segundo Giorgio Agambem, *in verbis*¹⁸:

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

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

3. O PATRIOTIC ACT AMERICANO E SEUS REFLEXOS

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 12.

Fazendo um avanço na história importa trazer à baila 2001, ano marcante na história mundial em razão dos atentados terroristas às torres gêmeas e ao Pentágono em 11 de setembro. Eis aí acontecimento que desencadeou, também, a utilização de medidas excepcionais as quais, no intuito último de, manter a segurança, a ordem dentro do Estado norte-americano, levaram à mitigação de direitos individuais, sociais e políticos.

Três dias após os trágicos acontecimentos o Governo dos EUA declarou Estado de Emergência através da *Proclamation N° 7463*, 66 Fed. Reg. 48,199.

Ato contínuo foi concebido o *Patriotic Act: Patriotic — Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, um pacote legislativo aprovado sem consulta popular e cujo fundamento consistiu na manutenção da ordem e da segurança. Desde então a mitigação de Direitos Fundamentais nos EUA foi legalmente assegurada.

Tal ato contém uma série de provisões que não só ampliam os poderes de investigação do estado, restringindo regras constitucionais de privacidade firmadas pelo histórico das decisões da suprema corte americana.

O objetivo deste trabalho não é tanto identificar pontualmente quais as provisões e como estas estão a anular direitos e garantias fundamentais, mas demonstrar que tal diploma se tornou um mecanismo para contornar as limitações do Estado frente aos cidadãos. Perceba-se que tais limitações são por sua vez um dos elementos da própria essência do Estado de Direito.

Tal diploma tanto ameaça a ordem constitucional americana, que a Suprema Corte teve que intervir e julgar inconstitucional a pretensão do presidente Bush em criar tribunais militares *ad hoc* para julgar os prisioneiros de Guantánamo.

Assim, perceba-se que o *Patriotic Act* foi um diploma editado de forma legítima, aprovado com uma ampla margem no congresso americano, que está a legitimar uma série de práticas que vão de encontro à própria tradição constitucional americana, demonstrando claramente indícios de um estado de exceção.

4. ANÁLISE CRÍTICA

Estaríamos hoje num estado de exceção semelhante ao que sucedeu à Constituição de Weimar, quer dizer, Hitler teve o poder entregue e como ato contínuo “revogou” todos os dispositivos da Constituição de Weimar relativos aos direitos individuais. O *Patriotic Act* que sucedeu os atentados de 11 de setembro e trouxe previsão de *flexibilização* dos Direitos Individuais poderia ser visto sob ótica diversa da vivida na Alemanha no III Reich?

É certo que hoje depois da derrota alemã na Primeira Grande Guerra se identificaram como total absurdo, as práticas contra os direitos humanos então perpetradas sob o comando de Hitler, mas alguns pontos devem ser ponderados. Tivesse a Alemanha, saído vitoriosa todas as atrocidades cometidas teriam sido aclamadas. A população alemã, inclusive, apoiava as investidas nazistas. Da flexibilização dos Direitos Humanos, chegou-se a um Estado, visto na contemporaneidade, como totalitário. Mas a História não é contada pelo vencido. Se o desfecho da Guerra fosse diferente, bem diversas seriam as conclusões acerca dos métodos ali utilizados. A idéia aqui não é defender o nazismo, de forma alguma, mas fazer uma reflexão do que ocorre nos EUA, pois a verdade é que este país não tem sido propriamente o vencido nas disputas em que participa.

A idéia também não é defender o terrorismo nem seus métodos, mas discutir até que ponto a flexibilização dos Direitos Humanos tem sido levada a efeito como consequência da política anti-terror. O que garante que em alguns anos a política pela segurança norte-americana não vai ultrapassar limites como ocorreu na Alemanha. Como dito alhures, Hitler não deu nenhum golpe de Estado, chegou ao poder por meios legítimos, surgiu de uma Constituição referência no tocante aos Direitos Sociais.

Irrepreensível a lição de Schmitt, *in verbis*:

“Ao Estado como uma unidade essencialmente política pertence o *jus belli*, a possibilidade real de num dado caso, determinar, em virtude de sua própria decisão, o inimigo e combatê-lo. Com que meios técnicos a luta será travada, que organização das forças armadas existe, quais são as perspectivas de vencer a guerra, é aqui indiferente, enquanto o povo unido politicamente estiver pronto a lutar por sua existência e sua independência, sendo que ele mesmo determina, em virtude de decisão própria, em que consiste sua independência e sua liberdade”.¹⁹

¹⁹ SCHMITT, Carl. O conceito do político. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992, p.71.

Elegeu-se um inimigo e na ânsia deste combate ao terrorismo, sob os auspícios de uma necessidade de segurança nacional têm sido determinados atos contrários ao Estado de Direito. O estado de exceção tornou-se, permanente.

E, sempre há uma justificação pronta para o desrespeito. Nos EUA, melhor dizendo, pelos EUA, toda sorte de abusos é cometida com esteio em atos legitimamente proclamados sob o argumento do terror. O totalitarismo do III *Reich* também se instaurou a partir de atos legítimos. A questão é até que ponto irá o *Patriotic Act*?

Percebe-se que o *Patriotic Act* não redundará só num movimento de restrição de direitos, nele se preconiza a idéia de uma segurança absoluta e acima de tudo, em detrimento dos *civil rights* tão louvados na história Americana. Segundo a tradicional *American Civil Liberties Union* o período desde o 11 de setembro já é considerado o de maior perda de garantias individuais da história dos Estados Unidos.²⁰

Quando o sentimento naquele país é de que a melhor forma de combater práticas terroristas é pelo fortalecimento das instituições democráticas. Segundo Kim Lane Scheppelle: “...many of America’s allies have seen 9/11 not as a moment when the rule of law should be suspended, but precisely a moment when the rule of law needs to be strengthened.”²¹

O *Patriotic Act* se traduz num forte indício de uma forma de subtrair da Constituição Americana parte de sua eficácia, afastada em prol da segurança nacional. De certo modo, o que aconteceu nos Estados Unidos foi a decretação de um estado de exceção que não foi formalmente anunciado, mas que em pouco tempo se consubstanciou numa prática incorporada ao dia-a-dia do povo americano. Trata-se algo que se vislumbrou na época do Nazismo.

Porém, diferentemente do *Reich* que pretendeu estender sua visão através de expansão militar, os EUA possuem métodos ainda mais efetivos para disseminar sua posição. Trata-se do poderio político, econômico e cultural no cenário internacional.

Os EUA têm pressionado a comunidade internacional como um todo para que sejam tomadas medidas globais contra o terrorismo.

“Since 9/11, the Bush administration has repeatedly invoked its ability to make exceptions to normal legality to cope with the terrorist threat in

²⁰ Vide www.aclu.org – site da *American Civil Liberties Union*.

²¹ Ob. Cit., p. 4.

domestic policy through increasing invocation of military rationales for its actions. The commander-in-chief powers that have been invoked by the President have had the effect of undermining both separation of powers and individual rights at home. In foreign policy, the Bush administration acted as though 9/11 created the basis not only for a national state of emergency, but also an *international* state of emergency that requires other countries to make exceptions to both international law and their constitutional orders. The United States, as a result, has urged its allies to compromise their constitutional and international commitments to meet the new threat.”²²

A resolução 1373 de 2001 do Conselho de Segurança das Nações Unidas prevê a adoção de medidas para prevenir e punir atos terroristas. Foi criado o Comitê contra o Terrorismo (Counter-Terrorism Committee - CTC) para o fiel cumprimento da referida resolução.

A Organização dos Estados Americanos, OEA, em junho de 2002, adotou a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, com objetivo de prevenir, combater, punir e eliminar os atos desta natureza. A Convenção entrou em vigor internacional em 10 de julho de 2003 e, para o Brasil, em 24 de novembro de 2005.²³

As disposições previstas nestes documentos merecem uma análise verticalizada no tocante ao emprego de instrumentos de possível malferimento aos direitos fundamentais.

Saliente-se que o terrorismo, por não conhecer fronteiras e tratar de indivíduos que tem por objetivo destruir a existência dos Estados, não se amolda a teorias clássicas de conflitos entre Estados.

O terrorismo é efetivamente uma ameaça global. Num paralelo com os paradigmas tradicionais, seria necessário um estado de exceção global para lidar com a questão. Esse estado de exceção global, por sua vez, pressupõe a existência de uma “entidade política global” ou até mesmo de uma “ordem constitucional global.

Por ser uma ameaça difusa no mundo e ter essa característica peculiar, o terrorismo demandaria uma reação global, o que se vislumbra nas intensas pressões internacionais que os EUA tem feito, especialmente nos países aliados, para adotarem padrões de segurança similares. Infelizmente, tais padrões chegam a desrespeitar os direitos humanos. Nesse sentido:

²² SCHEPPELE, Kim Lane, "Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11". University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol. 6, pp. 1001-1083, 2004, p. 3.

²³ Decreto Legislativo nº 890, de 1º de setembro de 2005, do Congresso Nacional.

“Parece claro que o desenvolvimento legislativo internacional sobre o tema do terrorismo – e, por consequência, a prática dos estados e das organizações internacionais vem levando à formação de dois blocos distintos.

Embora não exatamente antagônicos, as duas posições divergem substancialmente quanto à ênfase que dão aos elementos que interferem no trato da questão.

Assim, que, para os que se filiam à linha Conselho de Segurança das Nações Unidas a tônica encontra-se no aperfeiçoamento dos mecanismos de segurança pública e na cooperação judiciária, pondo à sombra, por vezes, os direitos e garantias fundamentais.”²⁴

Essa, por assim dizer, paranóia por segurança e este estado de exceção em moldes americanos extravasa as fronteiras daquele país. Diversos países inspirados pelo precedente americano estão a flexibilizar ainda mais as garantias constitucionais para lidar com seus próprios problemas de “terrorismo”. Apenas para citar alguns exemplos: a Espanha e os separatistas bascos; a Irlanda e o IRA; Israel e os palestinos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado de exceção apresenta-se hodiernamente como regra nas sociedades ocidentais, a própria exclusão política e social de parcela expressiva da população demonstra o desrespeito aos direitos fundamentais.

Embora não decretado formalmente, o desrespeito previsto para estados de exceção consiste em situação socialmente aceita. Quer dizer, há uma conformação generalizada de que o malferimento reiterado aos direitos individuais, sociais e políticos é algo corriqueiro. A violência contra determinadas camadas da população, só a guiza de exemplo, é tida por comum. Parece que a capacidade de se indignar tem diminuído. Numa sociedade onde ser esperto é não ser honesto fica realmente complicada a busca da defesa de direitos.

Através do uso de disposições do *Patriotic Act* vem se consolidado o que já é considerado a época de maior desrespeito aos direitos humanos naquele país.

²⁴ WEIS, Carlos. *O Tratamento Legislativo do Terrorismo no Brasil em Face dos Direitos Humanos*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 6, vol. 6, n. 6. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direito Humanos. P. 31-44, 2005. Anual, p.40.

O paralelo que se procurou delinear no presente estudo demonstra que os desafios da atualidade podem ser mais bem compreendidos com o estudo das situações do passado.

O corpo de doutrinas e teorias criadas em Weimar, são de extrema utilidade para a compreensão do contexto de hoje, porém é necessário que tais teorias sejam repensadas e adquiram novos contornos para permitir que, ao contrário do que ocorreu em Weimar, o constitucionalismo contemporâneo possa lidar com situações de estresse sem sofrer qualquer solução de continuidade.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iracy D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BENJAMIM, Walter. *Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura*. Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição*. Revista opinião jurídica. *Ano 2004, n. 4*, páginas 96-105 (34).

_____. *Constituição e estado de exceção permanente - atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BURCHARD, Christoph. *Puzzles and Solutions: Appreciating Carl Schmitt's Work on International Law as Answers to the Dilemmas of his Weimar Political Theory*. IILJ Working Paper 2004/8. History and Theory of International Law Series. Acesso em www.iilj.org.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A Alemanha e o Estado de Direito: Apontamentos de teoria constitucional comparada*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 133 jan./mar. P. 109-120. 1997.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Tradutora Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 526.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 41.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional e Teoria do Estado*. 2 ed. rev. ampl e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PALLIERI, Giorgio Balladore. *A Doutrina do Estado*. Vol. II. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

RODRIGUES, Cândido Moreira. *Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: um intelectual nazista*. p. 76-94 *Sæculum - REVISTA DE HISTÓRIA* [12]; João Pessoa, jan./ jun. 2005.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2 ed., at. e ampl. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

SCHEPPELE, Kim Lane, "Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11". *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, pp. 1001-1083, 2004.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

VARGAS J., Guillermo Julio. *Los nuevos retos Del derecho internacional humanitário: Los conflictos desestructurados y El terrorismo internacional*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 5, vol. 5, n. 5. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direito Humanos. 2004. Anual.

VERDÚ, Pablos Lucas. *A Luta pelo Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WEIS, Carlos. *O Tratamento Legislativo do Terrorismo no Brasil em Face dos Direitos Humanos*. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 6, vol. 6, n. 6. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direito Humanos. P. 31-44, 2005. Anual.