



# REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

---

Seção: Artigos Científicos

## Dois contos de crise: os institutos de exceção nos EUA e na França

*Two tails of crisis: institutes of exception in the USA and France*

Marcus Vinicius de Barros Magalhães Ribeiro

**Resumo:** O artigo descreve os principais instrumentos jurídicos empregados pelos Estados Unidos e pela França no combate a situações de crise, tais como guerras, imigração massiva e desordenada e a expansão global de ameaças terroristas. Primeiro, apresenta o permanente confronto, nos EUA, entre o Constitucionalismo, em geral, e o Constitucionalismo Administrativo, em particular, vetores de proteção da liberdade individual e contenção do Poder, e a necessidade de preservação da ordem pública e da segurança nacional. Por conseguinte, debruça-se sobre os mais diversos institutos constitucionais, legais e jurisprudenciais desenvolvidos pela ordem jurídica francesa na tentativa de dar uma resposta aos problemas crônicos que tanta instabilidade e medo causam em sua sociedade. Ao final são feitas breves considerações acerca dos instrumentos de crise fornecidos pela ordem jurídica brasileira.

**Palavras-chave:** Estado de exceção; Estado Administrativo; constitucionalismo administrativo; Estado de urgência; circunstâncias excepcionais.

**Abstract:** This article describes the main legal instruments deployed by the United States and France in their struggle against crises, such as wars, massive and disorderly immigration and the global expansion of terrorist threats. Firstly, it shows the permanent showdown in the USA between Constitutionalism in general and Administrative Constitutionalism in particular, vectors of protection of individual freedom and restraint of power, and the need to preserve public order and national security. Therefore, it focuses on several constitutional, legal and jurisprudential institutes developed by the French legal order in an attempt to respond to the chronic problems that so much instability and fear cause in their society. Finally, it points out brief considerations the crisis instruments provided by Brazilian law.

**Keywords:** State of exception; Administrative State; administrative constitutionalism; State of emergency; exceptional circumstances.

**Disponível no URL:** [www.revistas.usp.br/rdda](http://www.revistas.usp.br/rdda)

**DOI:** <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p119-150>

**Artigo submetido em:** fevereiro de 2018 / **Aprovado em:** julho de 2018.

## DOIS CONTOS DE CRISE: OS INSTITUTOS DE EXCEÇÃO NOS EUA E NA FRANÇA

Marcus Vinicius de Barros Magalhães RIBEIRO\*

*Sumário: 1. Introdução - Dois Contos de Crise; 2. O Caso Norte-Americano: O Constitucionalismo Administrativo em Xequê; 2.1 A Constituição Norte-Americana sob Fogo e Fúria; 2.2 O Estado Administrativo enquanto Resposta à Crise - O Confronto entre Madison e Carl Schmitt e a Abnegação do Direito; 3. O Caso Francês: Persistência do 18 de Brumário de Luís Bonaparte; 3.1 Os Regimes Jurídicos de Exceção na Constituição da República Francesa de 1958; 3.2 Os Regimes Jurídicos de Exceção no Plano Infraconstitucional: O Estado de Urgência e a Lei Antiterrorismo de 31 de Outubro de 2017; 3.3 A Exceção no Plano da Jurisprudência do Conselho de Estado Francês: A Teoria das Circunstâncias Excepcionais; 3.4 Aspectos Conclusivos do Sistema de Exceção Francês; 4. Considerações Finais – A Exceção no Brasil; 5. Referências Bibliográficas.*

### 1. Introdução - Dois contos de crise

Com a queda do muro de Berlin e o colapso da União Soviética, ambos eventos ocorridos no desfecho do longo século XX, marcado por totalitarismos e guerras quentes e frias, enganou-se quem pensou que adviria, finalmente, um período de maior estabilidade e prosperidade para o planeta, sob a liderança dos Estados Unidos e de seu vitorioso modelo político de democracia liberal e economia de mercado. As grandes ameaças, antes facilmente identificáveis por bandeiras e ideologias, tornaram-se difusas e de difícil combate. O rígido controle de circulação de pessoas imposto pela cortina de ferro foi substituído por imigrantes em busca de melhores oportunidades de vida, alguns até fugindo do horror de guerras civis e da fome. Enfim, as crises se mostram mais presentes do que nunca neste início de século XXI e com elas volta a sempre latente tentação da exceção e do arbítrio como soluções fáceis para problemas difíceis, cujo equacionamento no quadro do Estado de Direito requer vontade política, respeito às regras do jogo e planejamento de longo prazo.

A proposta do presente artigo é a de traçar um panorama histórico e descritivo acerca das principais tecnologias jurídicas de origem constitucional, legislativa e jurisprudencial empregadas pelos sistemas legais norte-americano e francês na tentativa de dar alguma disciplina ao exercício do poder nas ainda persistentes

---

\* *Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.*

situações de exceção<sup>1</sup>, de forma a equilibrar a necessidade de manter a ordem e a segurança das sociedades com a de preservar a democracia e as liberdades e garantias individuais, conquistadas a duras penas no curso da história da humanidade. A escolha destes dois países não se deu por acaso: (a) ambos vêm se deparando, tanto ao longo de sua história quanto, mais especificamente, nas últimas duas décadas, com sucessivas crises econômicas e sociais, além da permanente ameaça terrorista que paira sobre suas cabeças; (b) o direito administrativo neles desenvolvido exerce grande influência sobre inúmeras ordens jurídicas contemporâneas, inclusive a brasileira, razão pela qual inovações que deles provêm não demoram a cruzar fronteiras<sup>2</sup> - para o bem e para o mal.

Devido ao seu intuito predominantemente descritivo de regimes jurídicos tais como se apresentam na realidade de cada um dos Estados estudados, não se penetrará, na presente análise, nas árduas controvérsias filosóficas e conceituais acerca do que seria precisamente a exceção, se seria ou não possível se falar em legalidade de exceção e o que a diferenciaria de um estado de normalidade. Para os fins deste trabalho, basta o conceito fornecido por Paulo Otero, que compreende a exceção enquanto estado de crise ("estado de exceção") ditado por circunstâncias fáticas extraordinárias, sejam naturais ou humanas, cuja existência desencadeia uma normatividade própria e temporária, contraposta ao padrão de conformidade normativa vigente em dado ordenamento jurídico, ou seja, às regras e aos princípios aplicáveis em situação de normalidade (OTERO, 2011, p. 988-1000).

Por conseguinte, o objetivo maior da empreitada descritiva que se desvelará ao longo do texto, a começar pelos EUA, é a de provocar uma reflexão acerca do real potencial e eficácia dos instrumentos jurídicos de crise enquanto meios de evitar a arbitrariedade da administração pública no manejo de circunstâncias excepcionais que não possam (supostamente) ser equacionadas de maneira adequada pelo quadro de legalidade ordinária vigente.

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que estas tecnologias abrangem institutos, teorias, princípios e valores de direito público de densidade e escopo variáveis, todos aptos, em tese, à contenção do arbítrio ocasionado pela crise.

<sup>2</sup> Alexandre Aragão faz sucinta mas precisa análise desses dois sistemas, díspares entre si, mas que tanta influência exercem sobre outros ordenamentos jurídicos, mormente na América Latina. No caso da França, Aragão (2013, p. 11-12) aponta que "[o] estudo do Direito Administrativo francês se confunde com o próprio estudo do Direito Administrativo e de suas origens. Toda a base do Direito Administrativo, e da sua concepção como disciplina autônoma [...] advém da doutrina e da jurisprudência (do Conseil d'État) francesas". Já quanto aos EUA, o ilustre professor tece os seguintes comentários: "Hoje não é possível a boa compreensão do Direito Administrativo brasileiro sem o Direito Administrativo americano. Conceitos seus, como o das public utilities, que vêm inspirando algumas propostas de reconceituação do serviço público e da inserção da concorrência em seu regime jurídico, das independent regulatory commissions, inspiração das nossas agências reguladoras, e o direito antitruste, são fundamentais" (ARAGÃO, 2013, p. 14-15).

## 2. O caso norte-americano: o constitucionalismo administrativo em xeque

"My Lord, I can touch a bell on my right hand and order the imprisonment of a citizen of Ohio; I can touch a bell again and order the imprisonment of a citizen of New York; and no power on earth, except that of the President, can release them. Can the Queen of England do so much?"<sup>3</sup>

Não é possível compreender os instrumentos jurídicos empregados pelos EUA para a contenção de crises e manutenção da segurança nacional sem analisar, em conjunto, o fenômeno do constitucionalismo administrativo. Impulsionado com grande intensidade pela emergência do Estado Administrativo nos anos 30, decorrente do *New Deal* de Roosevelt, política de resgate econômico responsável pela criação de um arcabouço normativo que autorizou, em ampla escala, a atribuição de funções normativas e jurisdicionais a corpos administrativos regulatórios denominados de *Agencies*<sup>4</sup>, e, por consequência, propiciou uma intervenção mais intensa e dinâmica da administração pública e do Estado em geral nos domínios da economia e sociedade, o constitucionalismo administrativo é locução portadora de inúmeros significados, nem sempre convergentes entre si.

A Professora da Universidade de Columbia Gillian Metzger aponta algumas das diversas definições dadas ao fenômeno, dentre as quais a de Eskridge e Ferejohn, que o conceituam não apenas como a inserção da administração no quadro de intérpretes diretos do texto da lei maior - a Constituição de 1789 ("*Large C* Constitution") - mas também como a aplicação expansiva e criativa, pelas *Agencies*, de diplomas normativos que, tendo em vista a importância do papel por eles assumido na estruturação e contenção do poder exercido pelo Estado Administrativo, e do grau de estabilidade e prestígio jurídico e social detido, passaram a ser reconhecidos como "superestatutos", ou seja, leis ordinárias materialmente constitucionais ("*small c* constitution"), a despeito da falta de rigidez formal (METZGER, 2013, p. 1905-1906), e cujo exemplo maior é o *Administrative Procedure Act* de 1946, ato que regula a atuação da administração pública federal e institui salvaguardas aos administrados a ela sujeitos. Em síntese, pode-se dizer que a presença na ordem jurídica americana de diplomas normativos que desempenham funções constitucionais,

---

<sup>3</sup> Palavras supostamente proferidas por William Henry Seward, Secretário de Estado do 16º Presidente Norte-Americano, Abraham Lincoln, durante período de suspensão da garantia de *Habeas Corpus* no contexto da guerra de secessão estadunidense (1861-1865), em encontro com seu amigo e diplomata inglês Lord Lyons. O diálogo é narrado em Rehnquist (2001, posição 824 de 3700).

<sup>4</sup> O conceito de *Agencies* empregado pelo direito administrativo estadunidense não abrange apenas as agências reguladoras, tendo tal termo maior amplitude que o observado no direito brasileiro. Segundo o *Administrative Procedure Act*, lei que institui regras e parâmetros procedimentais e substanciais de controle da atuação executiva, legislativa e jurisdicional da administração pública federal americana, uma *Agency* corresponde a qualquer autoridade pública integrante do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra *Agency*, excluindo-se desse conceito apenas aquelas autoridades elencadas em lei, dentre as quais o Congresso e as Cortes dos Estados Unidos (5 U.S.C Chapter 5, §551).

complementando, dessa forma, o papel da lei suprema, constitui a tônica de seu Estado Administrativo.

A definição a ser aqui adotada, porém, baseia-se, parcialmente, na elaborada pela própria Professora Gillian, que, inspirada nas concepções tanto de Eskridge e Ferejohn quanto de outros publicistas norte-americanos, afirma ser o constitucionalismo administrativo integrado pelos entendimentos e interpretações constitucionais (i) desenvolvidos pelas agências quando da aplicação do texto magno e de estatutos que o suplementem ("*small c*" e "*Big C*"), e, ainda, aqueles (ii) de índole judicial, legislativa e executiva que ditem a estrutura e modo de funcionamento do próprio Estado Administrativo (METZGER, 2013, p. 1900-1902). Apesar dos méritos desta segunda conceituação, para os fins do presente artigo a ela será agregada uma pitada do ceticismo demonstrado por Anjali Dalal, que exhibe desconfiança acerca da aptidão do constitucionalismo administrativo em servir ao propósito de contenção do poder governamental (METZGER, 2013, p. 1906-1907), especialmente na seara da defesa e segurança nacional.

Portanto, nesta análise, entender-se-á o fenômeno sob enfoque como a atividade, exercida por Agências Governamentais, Cortes e pelo Legislativo, de interpretação construtiva do texto da lei maior e de diplomas normativos materialmente constitucionais, com o escopo de regular e moldar a estrutura e o funcionamento do Estado Administrativo, sempre no sentido de aprimorar os mecanismos de contenção de seu poder, sua responsividade e seu respeito às garantias procedimentais e materiais do *due process of law* a que os administrados fazem jus segundo as Constituições Democráticas, categoria à qual se filia a Norte-Americana. O Constitucionalismo moderno, de um modo geral, tem seu significado atrelado à limitação jurídica do poder do Estado. Não faria sentido, destarte, que o Constitucionalismo Administrativo deixasse de incorporar esse elemento de *controle*, dando ensejo a que tal locução emprestasse força a entendimentos e perspectivas constitucionais, manifestados seja pelas próprias agências, seja pelo judiciário ou pelo Congresso, que conferissem ao *establishment* administrativo poderes quase absolutos e insindiváveis sobre os indivíduos, mesmo que em momentos de instabilidade institucional.

Nos dois subtópicos seguintes, serão narrados duas instâncias de embate entre o Constitucionalismo Administrativo e o recorrente fantasma da exceção, ocasionado por crises sociais e políticas: primeiramente, será traçado um breve panorama histórico da relação entre a interpretação da "*Big C*" *Constitution* realizada pelas autoridades administrativas, mormente o chefe do executivo federal, em épocas de convulsão e guerra, e o comportamento da Suprema Corte, guardião e intérprete maior desta, diante das atitudes daquele outro poder; em segundo lugar, será estudada a interação entre o *Administrative Procedure Act*, diploma integrante da "*small c*" *constitution*, as agências governamentais às quais se incumbe a manutenção da ordem pública e da segurança interna da nação e o (des)controle jurisdicional, consecutivo à abnegação do direito nesta senda.

### 2.1. A constituição norte-americana sob fogo e fúria

A Constituição de 1789 foi cuidadosamente estruturada para refletir uma concepção política e filosófica iluminista liberal, alicerçada não no arbítrio de um monarca, mas no império da lei. Dessa forma, ao contrário da Constituição Francesa de 1791, analisada em tópico posterior, são escassas as medidas de crise previstas na americana, dentre as quais a mais notável é a inscrita em sua seção 9, artigo I, que prevê a possibilidade de suspensão da garantia de *habeas corpus* em casos de rebelião ou invasão, na medida em que a segurança do povo assim o requeira. Não por acaso, esse dispositivo foi o ponto de partida na formação da jurisprudência de crise da Suprema Corte Norte-Americana.

O juiz Stephen Breyer, integrante do referido tribunal de última instância, faz interessante relato, que aqui se expõe, acerca da evolução dos precedentes da corte em situações que envolvem o balanceamento entre liberdades individuais e o interesse público na manutenção da ordem e da paz social em situações de maior gravidade<sup>5</sup>. Este inicia-se com a suspensão da garantia de *habeas corpus* por iniciativa unilateral do presidente Abraham Lincoln, no contexto da guerra de secessão que assolava os EUA (1861-1865). Ocorre que a prerrogativa de derrogação dessa garantia, pela Constituição, não é atribuída ao chefe do executivo e sim ao Congresso, por constar do artigo I, referente ao poder legislativo, que só veio a disciplinar os casos de aplicação da suspensão em 1863, dois anos após a decisão do mandatário supremo (BREYER, 2016, p. 17).

À revelia da aparente inconstitucionalidade, tal ato serviu de base para a realização de prisões administrativas por autoridades militares contra civis, como se deu no caso de Lambdin P. Milligan, acusado, já no final do conflito separatista, de fomentar uma insurreição para beneficiar os confederados, tendo sido levado à julgamento perante um tribunal militar especial, que o condenou à morte. Tal veredicto foi, porém, contestado mediante pedido de *habeas corpus* impetrado perante o judiciário federal, dando origem ao célebre caso *Ex Parte Milligan*<sup>6</sup>, que veio a ser julgado pela Suprema Corte após o fim da guerra de secessão. Em decisão capitaneada pelo juiz David Davis, a maioria do tribunal asseverou que a Constituição não autorizava julgamentos militares de cidadãos americanos onde cortes civis estivessem abertas e em pleno funcionamento, independentemente de qualquer lei editada pelo Congresso dispendo em sentido contrário. Ainda, entendeu-se que o afastamento da garantia de *habeas corpus* apenas permitia detenções sem imputações penais, mas não o julgamento e a aplicação de sanções por juízos de exceção. Trata-se de

---

<sup>5</sup> O presente tópico tem por base os Capítulos 1 a 4 de obra de Breyer (2016, 382 p.). Outro relato de grande valia acerca da jurisprudência de crise da Suprema Corte pode ser encontrado em obra de Rehnquist (2001, 254 p.), este ex-presidente da mesma corte, já falecido. Seu livro, entretanto, não cobre o período de guerra ao terror pós 11 de setembro, razão pela qual se optou aqui pela narrativa de Breyer, mais atual.

<sup>6</sup> 71 U.S. 2 (1866).

pronunciamento, como se vê, em que o ideal do constitucionalismo venceu o arbítrio, mas apenas após a crise já se ter dissipado.

O equilíbrio de forças, todavia, inverteu-se em favor da exceção administrativa na jurisprudência da corte, ao menos até o final da segunda guerra mundial. Em 1936, no julgamento do caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*<sup>7</sup>, a Suprema Corte, por sete votos a um, firmou entendimento no sentido que era constitucional ao Congresso delegar ao Presidente, mediante resolução conjunta da Câmara dos Representantes e do Senado, a autoridade de instituir novo crime federal por mero ato administrativo (denominado de "*proclamation*"), de modo a impedir a venda de armas, por exportadores norte-americanos, ao Paraguai e à Bolívia durante a guerra do Chaco (1932-1935). A decisão teve como alicerce a competência preponderante do chefe do executivo na condução de relações diplomáticas com outros países, o que permitiria a ele assumir prerrogativas extraordinárias, como a instituição de infrações penais, mesmo que vedadas se decorrentes de situações estritamente domésticas.

Ainda mais gritante foram os casos *Hirabayashi v. United States*<sup>8</sup> e *Korematsu v. United States*<sup>9</sup>, nos quais a corte máxima declarou a compatibilidade da ordem executiva nº 9066 com a Constituição e sua *Bill of Rights*. Essa ordem, de autoria do Presidente Franklin Roosevelt, editada em 1942, no auge de uma guerra de grandes proporções, delegou a autoridades militares o poder de designar certas porções do território nacional como de interesse estratégico, impondo, por consequência, restrições de permanência a indivíduos ali localizados (BREYER, 2016, p. 32).

Tal ato regulamentar, justificado pela belicosidade entre EUA e Japão e pelo temor de eventual espionagem e sabotagem por essa última nação, além de intensa xenofobia, levou o General John L. DeWitt a determinar o realocamento de descendentes de japoneses, mesmo os de nacionalidade estadunidense, da costa oeste do país, mais vulnerável a ataques nipônicos, para campos de internação, dos quais só seriam liberados em 1944, com o conflito já em desfecho favorável aos aliados. Infelizmente, ressaltou-se mais uma vez, todas essas iniciativas contaram com o beneplácito do tribunal maior da nação, que se amparou na excepcionalidade da situação vivida quando da prática do ato e na maior aptidão do executivo para tomar as melhores decisões e adotar as estratégias necessárias em contexto de crise, por deter um conjunto maior de informações pertinentes para tanto e possuir maior responsividade política por suas ações.

Terminada a Segunda Guerra, as violações provocadas pelo fascismo na Europa tiveram grande impacto no espírito dos juízes americanos, que passaram a enxergar com maior cautela a tendência à excessiva concentração de poderes nas mãos do

---

<sup>7</sup> 299 U.S. 204 (1936).

<sup>8</sup> 320 U.S. 81 (1943).

<sup>9</sup> 323 U.S. 214 (1944).

presidente, ofuscando em demasia o papel de controle dos órgãos legislativos. Isso pode ser demonstrado através do caso *Youngstown Sheet & Tube Co v. Sawyer*<sup>10</sup>, apreciado pela Suprema Corte em 1952, quando em curso o confronto armado entre as Coreias (1950-1953), que contou com a participação dos Estados Unidos em prol da Coreia do Sul contra a investida de sua contraparte setentrional, apoiada pela China e pela União Soviética.

Na tentativa de evitar uma greve de grandes proporções no setor siderúrgico, o que prejudicaria sobretudo o esforço bélico e o sistema defensivo americano, o Presidente Henry S. Truman editou decreto confiscando as usinas de aço e transferindo seu controle para o governo. A decisão unilateral do chefe do executivo foi veementemente rechaçada por seis dos nove juízes da Corte suprema e deu origem ao emblemático voto do *Justice* Robert Jackson, que dividiu as atuações presidenciais em três categorias distintas, moduladas segundo a existência e intensidade de amparo jurídico que as legitime, quais sejam (BREYER, 2016, p. 42-64): *Categoria um* - a atuação do magistrado supremo amparada em autorização, implícita ou expressa, do Congresso eleva sua autoridade ao máximo, pois às prerrogativas constitucionais que lhe são exclusivas são acrescidas aquelas delegadas pelo legislativo; *Categoria dois* - a atuação presidencial que não encontre amparo, mas também não seja vedada pelo Congresso, leva o chefe do executivo a se apoiar apenas nas competências constitucionais que lhe são designadas, podendo existir, contudo, para determinadas matérias, como as relacionadas à guerra e relações internacionais, uma zona de penumbra em que este e a legislatura tenham autoridade concorrente, ou em que a distribuição de prerrogativas seja incerta, casos estes que ficarão à mercê da realidade política e de ponderação judicial à luz da hipótese concreta apresentada para julgamento; *Categoria três* - a atuação do Presidente contrária à vontade expressa ou implícita do Congresso desloca sua autoridade em direção ao menor nível possível, visto que só poderá ele contar com suas competências constitucionais próprias, subtraídas de quaisquer outros poderes titularizados pelo legislativo para tratar da matéria objeto do ato executivo.

Para Jackson, o confisco das usinas amoldava-se à terceira categoria, eis que o Congresso teria implicitamente vedado tal conduta administrativa quando da adoção de políticas legislativas anteriores inconsistentes<sup>11</sup> com este tipo de ato, que seria, destarte, inconstitucional. Sem embargo, longe de ter tal pronunciamento judicial criado uma eficaz contenção aos abusivos poderes de exceção exercidos pelo Presidente e pelo vasto Estado Administrativo que emergia à época, como parecia desejar a Corte em *Youngstown*. Ao revés, apenas foi ratificada, com esse emblemático julgado, a viabilidade jurídica de a legislatura federal editar inúmeros diplomas

---

<sup>10</sup> 343 U.S. 579 (1952).

<sup>11</sup> O legislativo, quando da deliberação de projeto de lei (depois denominado *Taft-Hartley Act*) que concedia ao executivo certas prerrogativas para evitar greves em setores econômicos estratégicos, havia cogitado da concessão ao Presidente de poderes emergenciais de confisco, mas a ideia acabou rejeitada. Cf. BREYER, 2016, p. 57.



legais, no mais das vezes caracterizados por linguagem vaga e imprecisa - vide os *black* e *grey holes* explicitados no próximo subtópico - expandindo sobremaneira os poderes do governo e da administração pública, com a escusa de armá-los para fazer frente a futuras emergências.

Em desfecho, vale trazer à baila também a jurisprudência de crise da primeira década do novo século, relativa à política antiterror promovida por George W. Bush após o 11 de setembro. Em um conjunto de quatro decisões proferidas entre 2004 e 2008 - *Rasul v. Bush*<sup>12</sup>, *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>13</sup>, *Hamdan v. Rumsfeld*<sup>14</sup> e *Boumediene v. Bush*<sup>15</sup> - a Suprema Corte, em linha garantista, entendeu, exemplificativamente, que (i) a base militar de Guantánamo, apesar de localizada em território cubano, está *de facto* sob o domínio dos EUA, o que dá aos lá detidos direito de acesso ao judiciário federal americano mediante a impetração de Habeas Corpus; (ii) o Congresso não poderia suspender tal garantia, com base na cláusula da seção 9, artigo I da Constituição sem que os requisitos nela dispostos estivessem presentes, quais sejam, ocorrência de rebelião ou invasão a afetar a segurança pública, o que não se verificava quanto as detentos da famosa base naval; (iii) a administração deve proporcionar a todo indivíduo considerado pelos Estados Unidos como "Combatente Inimigo" um *due process* mínimo a fim de que possa contestar tal condição (BREYER, 2016, p. 77-78).

Por outro lado, assim como verificado no caso *Youngstown*, as conquistas face ao arbítrio estatal consubstanciadas nesses julgados foram mais restritas do que poderia parecer à primeira vista. De fato, simultaneamente à enunciação das garantias acima, o colendo tribunal maior deu carta branca a que o governo, autorizado pelo legislativo, detivesse, sem aval do judiciário, todos que considerasse combatentes inimigos engajados em atividades hostis contra os EUA, inclusive os próprios cidadãos americanos supostamente envolvidos em atividades lesivas à segurança nacional. No mais, os avanços legais obtidos em Guantánamo não foram estendidos a outros locais de detenção militares, como a base aérea de Bagram, no Afeganistão, que permanece em um grave limbo jurídico. Vê-se que o constitucionalismo, no âmbito da *Big C Constitution*, avançou apenas parcialmente após 1945, à despeito dos experimentos totalitários vivenciados no século XX.

## 2.2. O estado administrativo enquanto resposta à crise - o confronto entre Madison e Carl Schmitt e a abnegação do direito

Consoante dito acima, os *founding fathers*, dentre os quais James Madison, estruturaram uma Constituição legalista e liberal, que imputava a função governamental a uma legislatura representativa, composta de notáveis escolhidos pelo povo e pelos

---

<sup>12</sup> 542 U.S. 466 (2004).

<sup>13</sup> 542 U.S. 507 (2004).

<sup>14</sup> 548 U.S. 557 (2006).

<sup>15</sup> 553 U.S. 723 (2008).

estados-membros, enquanto ao executivo e ao judiciário caberiam apenas a fiel execução das normas aprovadas por aquela. Dessa forma, concebia-se, na era da fundação dos Estados Unidos, uma administração pública enxuta e plenamente vinculada às leis ditadas pelo Congresso, órgão central do governo (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 3).

Sustentam, porém, Posner e Vermeule (2010, p. 3) que a ascensão do Estado Administrativo a partir da década de 30 do século XX, marcado por amplas delegações de poder pelo legislativo a órgãos e entes executivos, em resposta às sucessivas emergências sociais e econômicas que lhe foram contemporâneas, levou ao esfacelamento irreversível do princípio da separação de poderes e da hegemonia parlamentar, axiomas tão caros aos Madisonianos (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 4). Em verdade, para os professores citados, a nova realidade administrativa havia aproximado o Estado do pensamento de Carl Schmitt, jurista alemão que possuía uma postura extremamente cética em relação à possibilidade de instituições liberais lidarem com as inúmeras emergências que marcam as sociedades contemporâneas.

Para Schmitt, os sistemas jurídicos não podem pretender domar o indomável, ou seja, especificar as condições substantivas que qualificam uma verdadeira emergência, ou mesmo regular os procedimentos a serem seguidos e os poderes excepcionais desencadeados em caso de grave crise, pois as situações emergenciais são, por sua própria natureza, imprevisíveis, além de assumirem as mais diferentes formas no plano prático. Eventuais regras procedimentais estabelecidas correm sério risco de serem preteridas se as circunstâncias assim exigirem (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 91). Ainda, para o jurista tedesco, legislaturas e cortes, imbuídas do espírito liberal, editam e aplicam a casos concretos, respectivamente, normas gerais essencialmente orientadas ao passado, enquanto a realidade política e econômica, cada vez mais dinâmica, beligerante e intervencionista, demanda inexoravelmente um papel proativo do poder executivo, único dotado do instrumental necessário para atuar no mundo da vida e direcioná-lo rumo ao futuro, indo além das páginas dos livros de direito (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 4-5).

Portanto, com o novo Estado Administrativo, os poderes legislativo e judiciário teriam convolado-se em agentes reativos e marginais, sobretudo em momentos de crise, fiscalizando e controlando apenas de forma limitada a atuação dos entes administrativos. O mais interessante, porém, é que, segundo Vermeule, a marginalização destes dois poderes, e mais, do império da lei como um todo, foi movimento de iniciativa dos próprios afetados, os quais optaram voluntariamente por ceder passo à administração. Trata-se de um verdadeiro movimento de abnegação do

direito<sup>16</sup>, consagrado por delegações legislativas, cláusulas abertas e pela doutrina Chevron<sup>17</sup>, e que apresenta uma série de causas de cunho institucional e pragmático.

Quanto ao judiciário, dentre as razões para sua maior deferência, vale a pena mencionar a assimetria de informações a que está sujeito, quando comparado ao executivo, esse último melhor dotado de dados e expertise para desenhar estratégias e coordenar políticas públicas em nível macrossocial, especialmente as mais complexas, dependentes de variáveis em constante mudança (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 106). Por sua vez, o órgão jurisdicional fica, em sua maior parte, refém de uma visão em túnel decorrente de sua adstrição à análise de litígios específicos e da necessidade de recorrer a especialistas externos em matérias que extrapolem a órbita do direito. Ainda, mesmo quando o juiz mostra-se cético quanto à superioridade da qualidade das informações apresentadas pela administração, há um receio quanto a sua própria "[f]aliabilidade e o temor de prejudicar a segurança nacional ou o bem-estar econômico que podem surgir em caso de ele[s] erroneamente passar[em] por cima das políticas do executivo"<sup>18</sup>.

Outra causa, associada à primeira, baseia-se em cálculo econômico marginalista, no sentido de que o benefício incremental atribuído pelas cortes ao *judicial review* da conduta administrativa seria, na maior parte das vezes, pequeno se comparado ao custo marginal ocasionado pela demora e pelas despesas com as demandas propostas. Na verdade, os tribunais teriam ido ainda mais além, concluindo que a vantagem comparativa das *Agencies* estendia-se tanto a questões de fato quanto a questões jurídicas inseridas em seu escopo de atuação (VERMEULE, 2016, p. 26-29, 213-215; BERNICK, 2017, p. 12-14). Mesmo eventuais riscos de erros perpetrados pela administração pública, derivados da ampla margem de deferência, seriam

---

<sup>16</sup> A expressão foi empregada por Vermeule em obra específica sobre o tema, denominada *Law's Abnegation*, em que afirma categoricamente, em inglês, que "[l]aw has abnegated its authority, relegating itself to the margins of governmental arrangements" (VERMEULE, 2016, p. 1). Nela, seguindo a mesma linha de *The Executive Unbound*, o professor de Harvard afirma a inevitabilidade da ascensão de um Estado Administrativo pouco afeito à vinculação às normas jurídicas e alicerçado na discricionariedade e deferência aos gestores públicos, por diversas causas, sendo as situações de crise social e econômica um dos fatores primordiais para tanto. Para uma excelente descrição e crítica à obra de Vermeule acerca da abnegação do direito, cf. BERNICK, 2017, 44 p.

<sup>17</sup> A doutrina Chevron foi delineada no caso *Chevron U.S.A., Inc v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, e propugna pela deferência judicial à atuação regulatória da administração pública quando a norma legislativa que lhe delega poderes é silente ou ambígua em relação ao tema específico objeto da regulação. Se, contudo, a intenção congressual subjacente à lei é clara no que concerne à temática específica regulada, a atuação administrativa fica adstrita à explícita *ratio* congressual e, caso dela se desvie, pode ser objeto de pleno controle jurisdicional. Cf. 467 U.S. 837 (1984). Ressalte-se que tal doutrina vem sendo objeto de sérios questionamentos pela Suprema Corte, como em *King v. Burwell*, em que sua aplicabilidade a questões de profundo significado político e econômico foi questionada. Cf. 576 U.S. \_\_ (2015).

<sup>18</sup> No original, em inglês, "[...] they are aware of their own falliability and fear the harms to national security or economic well-being that may arise if they erroneously override executive policies" (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 106).

compensados pela maior liberdade no combate a abusos de agentes privados auto-interessados (VERMEULE, 2016, p. 57-59; BERNICK, 2017, p. 13-14).

Na seara legislativa, a abnegação é clara quando do estudo de um dos mais importantes diplomas normativos reguladores do Estado Administrativo Americano, o *Administrative Procedure Act - APA* de 1946, responsável por estruturar o procedimento administrativo-regulatório e as garantias dos indivíduos em sua interação com a administração federal, em exercício de verdadeira função constitucional (*small c constitution*). Apesar de seu importante papel na disciplina do poder estatal, o APA, segundo asseveram Vermeule e Posner, é coberto de lacunas intencionais inseridas pelo Congresso quando da aprovação do estatuto, denominadas de buracos negros (*black holes*) e cinzentos (*grey holes*)<sup>19</sup>, cujo propósito é o de afrouxar os laços de legalidade estrita que conformam a ação administrativa, dando-lhe maior liberdade de ação e decisão quando as circunstâncias assim o requererem.

Os *buracos negros* consistem em normas que preveem, de plano, a exclusão de determinados entes e comportamentos praticados pela administração pública do âmbito de aplicação do APA, obstando a incidência de seus mecanismos de *accountability* e *judicial review*. A sua existência deve-se, primordialmente, ao fato de que nem os legisladores nem os membros do executivo concordariam com a pretensão de submeter toda e qualquer atuação do executivo à parâmetros legais rigorosos (*thick rule of law*), os quais incluem não apenas o simples cumprimento das leis validamente editadas, qualquer que seja sua substância, mas também a observância de normas com conteúdos procedimentais e substantivos específicos, protetores de direitos fundamentais de vertente liberal - *e.g. due process of law* (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 91-92), em virtude da imprevisibilidade das crises e da não-linearidade de uma realidade social cambiante, que demanda do Estado ações rápidas e enérgicas (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 104). A tendência incontrastável, no Estado Administrativo, seria a da substituição desses parâmetros rígidos, que podem obstar o bom funcionamento da administração em circunstâncias sensíveis, por outros, mais dúcteis, que somente exijam o respeito à norma positivada, independente do conteúdo que apresente (*thin rule of law*), admitindo em seu seio, dessa maneira, *black* e *grey holes* (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 92).

Pois bem, pode-se enumerar como exemplos de buracos negros a exclusão (i) de certas entidades componentes do *establishment* administrativo federal do conceito

---

<sup>19</sup> Os termos *black* e *grey hole* foram cunhados, respectivamente, por Johan Steyn, em artigo intitulado *Guantanamo Bay: The Legal Black Hole* (STEYN, 2004, p. 1-15), e por David Dyzenhaus, contundente crítico da tese da inevitabilidade do ocaso dos princípios liberais da legalidade estrita e da separação de poderes, em obra intitulada *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (DYZENHAUS, 2006, 268 p.). Ambos os conceitos foram argutamente explorados por Adrian Vermeule em seu artigo *Our Schmittian Administrative Law* (VERMEULE, 2009, 55 p.) substancialmente aproveitado e atualizado em *The Executive Unbound: after the Madisonian republic* (POSNER, VERMEULE, 2010), obra que serve de base para o presente tópico. Cf. POSNER; VERMEULE, 2010, p. 84-112 e correspondente nota de rodapé nº 22.

de *Agency*, para fins de incidência do APA, dentre as quais Comissões Militares<sup>20</sup>, o Congresso<sup>21</sup> e a Presidência dos Estados Unidos<sup>22</sup>; (ii) de determinados atos do conceito de *Agency Action* definido no APA, como os praticados com base em programa de vigilância eletrônica da Agência de Segurança Nacional (*National Security Agency - NSA*)<sup>23</sup>; (iii) de atuações administrativas consideradas discricionárias por lei especial, conforme §701(a)(1) e (2) do APA<sup>24</sup>, da esfera de controle jurisdicional.

Os *buracos cinzentos*, por seu lado, abarcam normas coringas, em geral caracterizadas por ampla abertura e linguagem vaga, consubstanciadoras de requisitos bastante flexíveis e manipuláveis para a prática e condução de certos atos e procedimentos administrativos. Trata-se de disposições de baixa densidade normativa, sem uma definição maior de seu conteúdo, constituindo, assim, meras fachadas de legalidade, ao fornecer aos seus intérpretes, sobretudo juízes, parâmetros ajustáveis de controle de condutas da administração. A existência de tais parâmetros ajustáveis pode ser creditada à reação pragmática do legislador à dimensão vultuosa que vinha tomando o Estado Administrativo desde os anos 1930, à heterogeneidade das agências e comissões reguladas pelo APA, à complexidade e diversidade dos problemas por elas enfrentados, aos diferentes modos de atuação administrativa, e à falta de interesse e capacidade para disciplinar, *ex ante* e minuciosamente, as normas a serem empregadas nos mais diversos cenários de contingência<sup>25</sup>. Por óbvio, às razões do legislador acrescem-se as já elencadas para a deferência dos juízes, agentes responsáveis por modular a interpretação dessa espécie de norma diante dos casos práticos que lhes são apresentados.

A regra que determina a invalidade dos atos de agências que se qualifiquem como arbitrários e inconsistentes (*arbitrary and capricious review*), prevista na §706(2)(a) do APA<sup>26</sup>, e a inscrita na §553(b)(3)(B) do mesmo estatuto<sup>27</sup>, que permite às agências afastarem a exigência de aviso prévio e participação dos

---

<sup>20</sup> 5 U.S. Code §551 (1)(F).

<sup>21</sup> 5 U.S. Code §551 (1)(A).

<sup>22</sup> A exclusão aqui teve origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. Cf. *Franklin v. Massachusetts*, 505 U.S. 788 (1992).

<sup>23</sup> A não aplicabilidade do APA ao programa de vigilância consta de *obiter dicta* no caso *ACLU v. NSA*, 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007). Cf. POSNER; VERMEULE, 2010, p. 94.

<sup>24</sup> 5 U.S. Code §701 (a)(1) and (2). Em transcrição literal dos dispositivos: "(a) This chapter [Chapter 7 - JUDICIAL REVIEW] applies, according to the provisions thereof, except to the extent that - (1) statutes preclude judicial review; or (2) agency action is committed to agency discretion by law".

<sup>25</sup> Transcreva-se, em inglês, por sua imensa clareza, o trecho da obra de Posner e Vermeule (2010, p. 105) em que são elencadas algumas das causas de existência dos buracos cinzentos: "Grey holes arise because administrative law in any modern regulatory state cannot get without adjustable parameters, which are the lawmakers' pragmatic response to the sheer size of the administrative state, the heterogeneity of the bodies covered by the APA, the complexity and diversity of the problems that agencies face and of the modes of administrative action, and (related to all these) the lawmakers inability and unwillingness to specify in advance legal rules or institutional forms that will create a thick rule of law in all future contingencies, a core Schmittian theme".

<sup>26</sup> 5 U.S. Code §706(2)(a).

<sup>27</sup> 5 U.S. Code §553(b)(3)(B).

administrados (*notice and comment*) no procedimento de elaboração e edição de normas regulamentares, desde que haja uma causa convincente (*a good cause*) para tanto, são exemplos categóricos de buracos cinzentos (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 96-101). Nenhuma das duas normas fornece maiores definições do que seria uma atuação "arbitrária e inconsistente" ou quais seriam as "causas convincentes" aptas a afastar a exigência de aviso e participação na tomada de decisões administrativas, ficando a cargo da própria administração e do judiciário reduzir ou expandir o conteúdo dessas expressões.

Ademais, interessante notar que a proliferação de *black* e *grey holes* aliado à deferência judicial, consequências do movimento de abnegação voluntária do direito, teria resultado no desempoderamento não apenas de juízes, mas do próprio quadro de advogados ligados à administração pública, em benefício do maior protagonismo de outras profissões componentes da tecnocracia, dentre as quais cientistas, engenheiros, economistas e políticos (VERMEULE, 2016, p. 197-198, 205-206). A grande margem de apreciação conferida às agências pelos fatores supramencionados dá-lhes capacidade de optar por uma dentre várias interpretações legais dos estatutos que lhes delegam poderes, além de permitir amplo uso de ferramentas extrajurídicas para a feitura de análises de custo-benefício quando de sua atuação (VERMEULE, 2016, p. 203). A ausência de um único entendimento correto acerca dos dispositivos legais que lhes concedem competências, mas sim de um espectro de interpretações razoáveis, combinado ao emprego de técnicas interdisciplinares de análise e ação, relega à advocacia estatal um papel ancilar, de estabelecer a ampla moldura normativa dentro da qual a burocracia escolherá, efetivamente, o curso de ação desejado (VERMEULE, 2016, p. 201).

Em síntese, o ocaso do legalismo liberal Madisoniano, a erosão da doutrina da separação de poderes, a abnegação do direito no contexto do Estado Administrativo, a substituição da *thick* pela *thin rule of law* e o desempoderamento das profissões jurídicas revelam, nos EUA, uma administração mais vinculada ao império da política que ao do direito. A exceção triunfou sobre o constitucionalismo administrativo, ao menos como definido no presente trabalho. Não se observa maior esforço, seja do executivo, do legislativo ou das cortes de promover uma interpretação construtiva do APA no sentido de aprimorar os mecanismos de contenção e responsividade do poder administrativo. Ao revés, um dos mais importantes diplomas legislativos estruturantes da administração pública federal americana contém uma série de disposições vagas e exceções às regras de controle, que vem sendo interpretadas de forma igualmente frouxa pelos tribunais, permitindo que, à título de ilustração, como visto, cláusulas de fortalecimento da participação cidadã no processo administrativo (*notice and comment rule*) sejam afastadas em um generoso conjunto de situações, devido ao entendimento jurisdicional amplo acerca da exceção da

causa convincente<sup>28</sup>. Há, isso sim, um impulso em direção a um contra-constitucionalismo administrativo, em violação às garantias substanciais e formais dos administrados, fenômeno fomentado por diversos atores institucionais, sob o pretexto de combate célere a crises que parecem perpetuar-se no tempo.

### 3. O caso francês: persistência do 18 de brumário de Luís Bonaparte

"A tradição de todas as gerações passadas é como um pesadelo que comprime o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem estar empenhados em transformar a si mesmos e as coisas, em criar algo nunca antes visto, exatamente nessas épocas de crise revolucionária, eles conjuram temerosamente a ajuda dos espíritos do passado [...]" (MARX, 2011, p. 25)

A França, ao longo de sua história, e com maior vigor após 1789, vem sendo assolada por constantes crises institucionais, que levaram sua ordem jurídica a desenvolver um complexo sistema de normas de exceção nos planos constitucional, legal e jurisprudencial. Alguns desses instrumentos, inclusive, permaneceram vigentes por mais de um século, vide a lei do Estado de Sítio, datada de 9 de agosto de 1849, que só veio a ser ab-rogada pela Ordonnance<sup>29</sup> n<sup>o</sup> 2004-1374, responsável pela instituição da parte legislativa do Código de Defesa Francês<sup>30</sup>. O 18 de Brumário de Napoleão Bonaparte, figura alçada por expedientes de exceção a cônsul e, posteriormente, a imperador, para imprimir ordem e segurança a uma sociedade convulsionada e atônita com o novo momento histórico que se desenrolava desde a queda da Bastilha, parece repetir-se na França em ciclos constantes desde o golpe desferido por seu sobrinho, Luís Bonaparte, em 1851, sempre sob o signo da farsa.

De fato, foram inúmeras as situações ocorridas nos séculos XX e XXI que levaram a França a recorrer a mecanismos derogatórios de sua legalidade ordinária em prol do suposto combate às emergências, revelando, em certas situações, inaptidão na gestão de contingências dentro da margem de manobra oferecida pelo quadro jurídico regular estabelecido, enfraquecendo sobremaneira o Estado de Direito:

---

<sup>28</sup> Cf. o caso *Jifry v. FAA*, 370 F.3d 1174 (D.C. Cir. 2004), em que a corte federal do Distrito de Columbia entendeu encaixar-se na exceção da causa convincente (*good cause*) regulamento publicado pela Agência de Aviação Civil americana que, sem observar o procedimento de *notice and comment*, permitia a suspensão automática e posterior revogação de licenças de pilotagem de indivíduos considerados ameaças à segurança dos Estados Unidos. Tal regulamento levou à revogação de licenças de uma série de pilotos estrangeiros de companhias aéreas, que, à despeito do pleito de revisão jurisdicional, não obtiveram êxito, sob o fundamento de que a promulgação imediata do ato regulamentar fez-se necessária para prevenir "potenciais riscos imediatos" (!?) a aeronaves, pessoas e propriedades localizados nos Estados Unidos (POSNER; VERMEULE, 2010, p. 99-101).

<sup>29</sup> A Ordonnance, regulamentada pelos artigos 13 e 38 da Constituição Francesa de 1958, é ato normativo semelhante à lei delegada brasileira, visto que permite ao Conselho de Ministros - órgão executivo - consultado o Conselho de Estado, e após obtida habilitação do parlamento, adotar, *sponte sua*, medidas originariamente sob reserva de lei para execução de programa governamental, a serem posteriormente ratificadas pelo referido órgão legislativo.

<sup>30</sup> Ordonnance n<sup>o</sup> 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense.

guerras, processos de independência de suas ex-colônias<sup>31</sup>, crises migratórias (GONZÁLEZ, 2016) e atentados terroristas<sup>32</sup>. Aqui também, como nos EUA, tanto a chefia de governo, compartilhada entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro<sup>33</sup>, quanto a administração pública em geral, o que inclui o prestigiado Conselho de Estado<sup>34</sup>, exercem papel de alta relevância na interpretação e aplicação da constituição em tempos de cólera, maior até, por vezes, do que o do próprio Conselho Constitucional, órgão judiciário responsável pela fiscalização da compatibilidade dos atos normativos em face da lei maior.

Feita esta breve exposição inicial, passa-se então à análise do denso ferramental de normas de legalidade paralela e construções pretorianas desenvolvidas pelo gênio francês para fazer frente às ocasiões de abalo do Estado e de sua institucionalidade.

### 3.1. Os regimes jurídicos de exceção na constituição da república francesa de 1958

No plano constitucional, a carta da Vª República prevê dois institutos drásticos de contenção de crises, felizmente de pouca utilização prática, quais sejam:

---

<sup>31</sup> Com direito ao episódio conhecido como *Putsch dos Generais*, tentativa de golpe de estado na Argélia em 1961, naquele momento ainda território colonial francês, por parte de generais nacionalistas insatisfeitos com a condução supostamente leniente do delicado processo de independência desta antiga colônia pelo governo de Charles De Gaulle, condecorado militar e Presidente da República à época. Cf. ALTMAN, 2013. Este é, porém, apenas um dos inúmeros episódios de exceção encontrados ao longo da guerra da Argélia (1954-1962), que contou com o emprego recorrente, pelos militares franceses, da tortura, verdadeira fonte de inspiração para suas contrapartes brasileiras durante a ditadura militar. Em relato surpreendente, Elio Gaspari narra que mesmo fracassado o *Putsch*, os oficiais gauleses insurretos permaneceram atuantes na clandestinidade. Segundo afirma, "[...] planejaram mais de vinte atentados contra De Gaulle. Num, explodiram um pedaço de estrada quando o general, num Citroën blindado, voltava de sua casa de campo. O motorista Francis Marroux acelerou e atravessou uma cortina de fogo. [...] em agosto de 1963, quando o carro do general passava pelo Petit Clamart, em Paris, ele e sua mulher escaparam de um pelotão composto por quatro carros e doze pistoleiros. Dos 187 tiros disparados, catorze tinham atingido o carro, e um passara a poucos centímetros do general. De Gaulle e a Quinta República foram novamente salvos pelo motorista Marroux, que, ao primeiro tiro, enfiou o pé no acelerador" (GASPARI, 2002, p. 34).

<sup>32</sup> Um relato, em língua francesa, dos principais atentados ocorridos na França de 2012 a 2017 pode ser conferido em Paolini e Mareschal (2017).

<sup>33</sup> O sistema de governo instituído pela Constituição da Vª República é caracterizado pela ciência política como híbrido ou "semipresidencialista", devido a este compartilhamento de funções governamentais, administrativas e de Estado entre dois atores políticos de grande relevância - o Presidente da República e o Primeiro-Ministro. Caso o Presidente consiga formar uma coalizão majoritária no seio do parlamento, este concentrará, de fato, maiores poderes; caso se encontre enfraquecido, ter-se-á um período de coabitação (ou recessivo), assumindo o Primeiro-Ministro um papel mais ativo e relevante na chefia do executivo (BARROSO, 2015, p. 53).

<sup>34</sup> O Conselho de Estado é órgão estatal a que se confia a dupla função de aconselhamento governamental, em que responde a consultas do poder executivo acerca de projetos de lei, *ordonnances* e decretos, e de jurisdição administrativa, proferindo decisões, com caráter definitivo e imutável, destinadas à resolução de litígios concretos que envolvam a administração pública. Aos seus membros vêm sendo reconhecido, progressivamente, estatuto jurídico equivalente ao da magistratura ordinária, dando-lhes mais independência, imparcialidade e autonomia em relação aos poderes e agentes da república (PORTELLI, 2015, p. 354-355).



(A) O dos *Poderes Excepcionais*, inscrito no artigo 16 da Constituição de 1958, que outorga ao Presidente da República, em caráter de exclusividade, a prerrogativa de tomar todas e quaisquer medidas administrativas e legislativas exigidas pelas circunstâncias fáticas para o restabelecimento da normalidade institucional violada. O dispositivo requer, porém, o preenchimento de duas condições substantivas cumulativas para seu uso, consistindo a primeira na existência de uma ameaça grave e imediata seja às instituições da república, à independência da nação, à integridade do território nacional ou à execução de acordos internacionais, e a segunda, mais precisa e concreta, na interrupção do funcionamento regular dos poderes constitucionais, como o executivo, o legislativo ou o judiciário.

Ou seja, a título de ilustração, a verificação de uma ameaça crítica e urgente à execução de um compromisso internacional não autoriza, por si só, a invocação do enunciado normativo; deve algum dos órgãos públicos independentes ser impedido de desempenhar regularmente suas legítimas funções. Narra Hugues Portelli que, em maio de 1968, apesar da catarse que assolava a França, o recurso ao artigo 16 não se fez possível exatamente porque as instituições da república permaneceram em pleno funcionamento, ao ponto de tanto o Presidente quanto o Primeiro-Ministro terem, em meio à convulsão social, realizado viagens diplomáticas ao exterior (PORTELLI, 2015, p. 243).

Em matéria formal, exige-se, antes do uso deste expediente, a consulta oficial ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional e ao Conselho Constitucional, cujas manifestações não são, porém, vinculantes, e, após tomada a decisão, a comunicação à nação por mensagem. Salta aos olhos, assim, a ampla e perigosa margem de apreciação conferida ao chefe de Estado por este instituto, cujas condicionantes materiais constituem conceitos jurídicos indeterminados, de baixa densidade normativa, tais como a mencionada "ameaça à independência da nação", facilmente manipuláveis por governantes mal-intencionados e oportunistas, e cujos requisitos formais têm mera feição persuasiva.

Por sorte, esse poder de exceção foi usado uma única vez, em abril de 1961, pelo Presidente De Gaulle, devido a uma tentativa de golpe de estado na Argélia, à época ainda colônia, por militares franceses nacionalistas, episódio conhecido como o *Putsch* dos generais<sup>35</sup>, que visavam igualmente à desestabilização do governo metropolitano. Por outro lado, essa singular experiência foi suficiente para deixar sua marca danosa na ordem jurídica francesa, eis que deu azo ao precedente *Rubin de Servens*<sup>36</sup>, decisão do Conselho de Estado, prolatada em 2 de março de 1962, que entendeu pela natureza política do ato esteado no artigo 16, insuscetível, portanto, de controle pela jurisdição administrativa. Outrossim, o aresto corroborou a amplitude das prerrogativas presidenciais sob a égide de tal dispositivo, permitindo ao magistrado supremo da nação praticar indistintamente, sem aval vinculante algum

<sup>35</sup> Cf. nota de rodapé nº 31, *supra*.

<sup>36</sup> CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*.

do legislativo, atos ordinariamente submetidos tanto à reserva legal quanto regulamentar, sendo apenas estes últimos passíveis de reavaliação pelos juízes da administração. Na situação concreta, contudo, das 26 providências - atos legais e regulamentares - de restauração da ordem pública tomadas por De Gaulle, dentre as quais a criação de tribunais militares *ad hoc*, nenhuma chegou sequer a ser contestada (PORTELLI, 2015, p. 244).

Trata-se, destarte, de instituto danoso à bipartição feita pela lei maior de 1958 entre as matérias sujeitas ao domínio da lei, previstas em seu artigo 34, dentre as quais se inserem as regras concernentes aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e aquelas afeitas ao domínio regulamentar, que é composto basicamente de todo conteúdo não reservado à lei, conforme artigo 37 do mesmo diploma. Ora, uma das intenções do constituinte ao promover essa cisão é a de resguardar as liberdades públicas maiores da pessoa humana de interferências indevidas por condutas unilaterais e arbitrárias de governantes de aspirações autoritárias, que devem, assim, obediência ao quadro normativo estipulado pelos representantes dos diversos segmentos sociais reunidos em parlamento, avalizado apenas após seguido procedimento deliberativo para tanto. Dessa maneira, o emprego dessa exceção, que passava, até reforma constitucional recente, ao largo de qualquer crivo substancial por parte dos demais órgãos legislativos e jurisdicionais, restou por erodir significativamente forma essencial de controle do poder do executivo instituída pela carta francesa.

Corroborando ainda essa assertiva, destaque-se que, por ocasião do *Putsch*, passou incólume ao repúdio judicial tanto a excessiva duração da aplicação do dispositivo constitucional em análise, visto que perdurou por mais de cinco meses após debelado o golpe, em 25 de abril de 1961<sup>37</sup>, quanto a restrição imposta oficiosamente pelo governo a eventual supervisão parlamentar do exercício de seus poderes extraordinários. A despeito de o quarto parágrafo do artigo 16 da carta magna francesa vedar a dissolução da Assembleia Nacional durante o período excepcional e assentar o pleno direito do Parlamento à reunião sem interferências de outros órgãos, De Gaulle, após arrogar para si poderes extraordinários para fazer frente à crise na Argélia, enviou mensagem ao legislativo instando-o a não se envolver ou apreciar quaisquer medidas eventualmente tomadas pelo executivo com base na referida regra constitucional de exceção, sob o argumento de que tal competência pertencia privativamente ao chefe de Estado e que, por estar reunido em sessão extraordinária, o parlamento supostamente não deteria as plenas funções legislativas e de controle a ele outorgadas quando reunido ordinariamente (PORTELLI, 2015, p. 244-245). A afronta não gerou reação efetiva seja dos parlamentares, seja

---

<sup>37</sup>A aplicação dos poderes excepcionais só foi encerrada por De Gaulle em 29 de setembro de 1961.

do Conselho Constitucional, órgão que, enquanto vigente o comando do artigo 16, era regularmente informado acerca das providências deliberadas pelo governo<sup>38</sup>.

Em verdade, apenas após o advento da revisão constitucional de 28 de julho de 2008, mais de quatro décadas após verificado o abuso, é que o poder reformador resolveu reforçar as prerrogativas da Corte Constitucional *supra*<sup>39</sup>, ao autorizar que esta, *a posteriori*, após certo prazo variável, por provocação<sup>40</sup> - após 30 dias, ou de pleno direito - após 60 dias, verifique se os condicionamentos materiais e formais para o uso dos poderes excepcionais foram cumpridos na prática e se as medidas adotadas são adequadas à erradicação, no menor prazo possível, das circunstâncias imediatas e urgentes que lhes deram causa, controlando-se e contendo-se juridicamente, de forma imperativa e não meramente sugestiva e tímida, a ação do Presidente da República. A alteração, porém, é claramente intempestiva, vindo a expiar falhas passadas de instituto em franco desuso.

(B) O *Estado de Sítio*, inscrito no artigo 36 da mesma Constituição, já era previamente disciplinado no plano infraconstitucional por leis de 1849, 1878 e 1916 (CARCASSONNE; GUILLAUME, 2014, p. 189), posteriormente modificadas pela *Ordonnance* nº 2004-1374, de 20 de dezembro de 2004, que instituiu a parte legislativa do Código de Defesa<sup>41</sup>. Em síntese, este instituto permite a transferência de poderes e funções governamentais das autoridades civis para as militares, após sua decretação pelo Conselho de Ministros<sup>42</sup>. No mais, sua prorrogação após 12 dias de vigência deve ser expressamente autorizada pelo Parlamento, *ex vi* segundo parágrafo do referido dispositivo. A par destes dois (débeis) requisitos constitucionais, a lei maior é absolutamente silente quanto aos poderes passíveis de cessão e às situações que dariam ensejo a este expediente, decisões estas que se submetem, em vista disso, ao juízo político do governo e à normativa infraconstitucional eventualmente em vigor. É possível, portanto, aferir que se trata de medida altamente

---

<sup>38</sup> Cf. o terceiro parágrafo do artigo 16 da Constituição da República Francesa de 1958. Tal atribuição, adicional à anteriormente referida, de consulta prévia à tomada de decisão pelo Presidente da República, é também de pouco efeito prático, pois apenas exige o envio de avisos regulares acerca da prática de medidas legislativas e regulamentares ao Conselho Constitucional, os quais sequer precisam ser tornados públicos pelo chefe de Estado (PORTELLI, 2015, p. 244).

<sup>39</sup> Para fins de esclarecimento terminológico, apesar de aqui se referir ao Conselho Constitucional enquanto Corte Constitucional, é importante ressaltar que tal órgão não exerce apenas a jurisdição constitucional, tendo, igualmente, funções consultivas e até eleitorais, consoante se extrai dos artigos 58, 59 e 60 da Constituição da República Francesa de 1958.

<sup>40</sup> Conforme o sexto parágrafo do artigo 16 da Constituição da República Francesa de 1958 são legitimados concorrentes para tal provocação o Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado, 60 deputados ou 60 senadores.

<sup>41</sup> *Ordonnance* nº 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense.

<sup>42</sup> O Conselho de Ministros é órgão governamental colegiado presidido pelo Presidente da República, que lhe dita a ordem do dia, e composto pelo Primeiro Ministro e outros agentes públicos de alto escalão do poder executivo francês. É disciplinado laconicamente no artigo 9º da Constituição de 1958, sendo-lhe, porém, atribuídas inúmeras funções de forma esparsa ao longo do texto magno, dentre as quais a de editar *ordonnances* (Artigo 38), deliberar sobre projetos de lei a serem apresentados pelo primeiro-ministro ao parlamento (Artigo 39) e, como aqui analisado, decretar o Estado de Sítio.

drástica e atentatória ao direito, instituidora na prática de um regime marcial capaz de tolher garantias básicas da cidadania em prol de metas coletivas pouco claras. Venturosamente, tal mecanismo nunca chegou a ser utilizado durante a Vª República (CARCASSONNE; GUILLAUME, 2014, p. 189), e espera-se que nunca o seja.

### *3.2. Os regimes jurídicos de exceção no plano infraconstitucional: o estado de urgência e a lei antiterrorismo de 31 de outubro de 2017*

No plano infraconstitucional, além dos já mencionados diplomas reguladores do estado de sítio, há também lei de nº 55-385, de 3 de abril de 1955<sup>43</sup>, complementada pela *Ordonnance* nº 60-372, de 15 de abril de 1960<sup>44</sup>, que disciplina o denominado *Estado de Urgência*. Ao contrário dos institutos de índole constitucional *supra*, esta figura jurídica vem sendo utilizada com bastante frequência desde a promulgação da Constituição de 1958. De fato, editada no curso da guerra de independência Argelina, foi, após o início da Vª República, empregada<sup>45</sup> (i) durante o já citado *Putsch* dos generais, em toda a França metropolitana, como medida suplementar ao manejo dos poderes excepcionais do artigo 16 da Constituição francesa por De Gaulle; (ii) por ocasião de instabilidades severas e conflitos étnicos no território francês especial da Nova Caledônia, arquipélago localizado na Oceania; (iii) para reprimir uma série de motins em subúrbios (*banlieues*) nos arredores de Paris, ocorridos em 2005, mediante decretação de toques de recolher nessas localidades; e (iv) no contexto dos sucessivos ataques terroristas ocorridos na França desde 2015. Nesse último caso, iniciado em novembro de 2015, por meio do decreto nº 2015-1475<sup>46</sup>, o Estado de Urgência foi prorrogado por seis vezes consecutivas, sempre com a anuência do parlamento, tendo cessado apenas em 1º de novembro de 2017, com o término da vigência da lei nº 2017-1154<sup>47</sup>, e subsequente incorporação de algumas de suas medidas - outrora provisórias - em Lei Antiterrorismo de caráter permanente<sup>48</sup>.

Quando da crise ocorrida na Nova Caledônia, a compatibilidade de tal instituto em face da constituição chegou a ser questionada perante o Conselho Constitucional Francês, sob a alegação de que o ferramental de exceção disponível licitamente ao Estado deveria permanecer em rol taxativo submetido à reserva de constituição, o que abarcaria, portanto, apenas os Poderes Excepcionais do artigo 16 e o Estado de Sítio do artigo 36 do diploma supremo de 1958. Como o Estado de Urgência é criação

---

<sup>43</sup> Loi nº 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Version consolidée au 12 juillet 2017.

<sup>44</sup> Ordonnance nº 60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi nº 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence.

<sup>45</sup> O presente rol de casos é exemplificativo.

<sup>46</sup> Décret nº 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi nº 55-385 du 3 avril 1955.

<sup>47</sup> Loi nº 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi nº 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

<sup>48</sup> Loi nº 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

puramente infraconstitucional, e dada a existência de sistemas de crise já previstos na lei maior, o estatuto que o disciplina teria sido implicitamente revogado.

A corte não se convenceu da argumentação esposada e, na decisão nº 85-187 DC, de 25 de janeiro de 1985<sup>49</sup>, entendeu pela higidez da lei que havia instituído o Estado de Urgência na Nova Caledônia, apontando, dentre outros fundamentos, que os regimes excepcionais constitucionalmente regulados não excluem a prerrogativa autônoma de o legislador ordinário - dada a reserva de lei formal constitucionalmente fixada<sup>50</sup>, que lhe garante a preeminência na regulação das liberdades individuais - balancear os direitos e garantias fundamentais do cidadão com a salvaguarda da ordem pública, promovendo, na maior medida possível, a conciliação entre os interesses públicos e privados em contraposição, sem se descuidar totalmente de nenhum deles.

Na prática, tal mecanismo deu aos agentes e juízes administrativos, sobretudo nas duas primeiras décadas do século XXI, ampla discricionariedade na adoção de condutas altamente restritivas da liberdade, propriedade e vida de minorias, mormente imigrantes, lidos pela sociedade francesa tradicional como verdadeiros bárbaros contemporâneos, a invadir espaços de poder a eles não destinados. O medo vem se impregnando nas metrópoles francesas em proporções ainda não estimáveis, e com ele, a ascensão de um constitucionalismo administrativo às avessas, que visa não a inserir os ditames e valores da carta suprema na prática cotidiana da administração e de suas agências, mas a obstá-los mediante a invocação de leis de exceção, assim como ocorre nos EUA.

Os requisitos para o desencadeamento do Estado de Urgência, analogamente ao que é observado nos institutos constitucionais, são de extrema vagueza e indeterminação, bastando, sob o enfoque formal, o assentimento do Conselho de Ministros<sup>51</sup> para sua decretação e, sob o prisma material, a configuração ou de perigo iminente resultante de graves violações à ordem pública, ou de eventos que apresentem, por sua natureza e gravidade, o caráter de calamidade pública<sup>52</sup>. O decreto governamental, por conseguinte, mune o Ministro do Interior e os Prefeitos das municipalidades afetadas, pelo prazo de 12 (doze) dias, passíveis de prorrogação posterior mediante lei formal aprovada pelo Parlamento<sup>53</sup>, com um arsenal de medidas que incluem:

---

<sup>49</sup> Décision nº 85-187 DC du 25 janvier 1985.

<sup>50</sup> O artigo 34 da Constituição da República Francesa de 1958 arrola um conjunto de matérias submetidas à reserva de lei formal, que deverão, portanto, passar pelo crivo do Parlamento, dentre as quais se encontram as relacionadas à garantia dos direitos e liberdades públicas dos cidadãos. Cf. tópico 3.1 do presente trabalho.

<sup>51</sup> Cf., sobre o Conselho de Ministros, nota de rodapé nº 42, *supra*.

<sup>52</sup> Artigo 1 da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>53</sup> Artigo 2 e 3 da Loi nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

(a) A interdição de permanência e circulação de pessoas e veículos em zonas previamente designadas<sup>54</sup>;

(b) A determinação de permanência de pessoas cujo comportamento represente ameaça à segurança e ordem pública em suas respectivas residências por duração de até 12 horas a cada 24 horas transcorridas ("*Assignation à Residence*")<sup>55</sup>, durante um prazo máximo de 12 meses, prorrogáveis por mais três<sup>56</sup>. Ademais, os indivíduos objeto desse tipo de ordem administrativa podem ser compelidos a se apresentarem periodicamente às unidades policiais ou de gendarmeria<sup>57</sup>, a depositarem seus passaportes e documentos de identidade perante as autoridades competentes<sup>58</sup>, e a se absterem de contatar, direta ou indiretamente, outros indivíduos nominalmente designados<sup>59</sup>. As inconvenientes lembranças da República de Vichy e do nazismo influenciaram, porém, a expressa vedação de criação de campos de detenção destinados a pessoas colocadas sob esse regime de designação compulsória de residência<sup>60</sup>.

(c) O fechamento provisório de salas de espetáculo, estabelecimentos de bebida, e outros locais de reunião de qualquer natureza, inclusive locais de culto, nos quais se verifiquem a propagação de discurso de apologia à violência ou ao cometimento de atos de terrorismo<sup>61</sup>. Outrossim, podem ser impedidas e dissolvidas reuniões, desfiles e cortejos que possuam potencial de causar desordem e tumulto<sup>62</sup>.

(d) A possibilidade de busca e apreensão de bens e de sistemas informáticos em domicílios previamente determinados<sup>63</sup>. Nesta hipótese, contudo, a medida deve ser acompanhada por oficial da polícia judiciária territorialmente competente e, após a retenção do objeto, o agente público deve obter autorização de um juiz de garantias

---

<sup>54</sup> Artigo 5 da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>55</sup> Trata-se, como se vê, de forma velada de prisão administrativa em regime semiaberto.

<sup>56</sup> Artigo 6, parágrafos 1 a 5 e 14 a 16, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>57</sup> Artigo 6, parágrafos 6 e 7, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>58</sup> Artigo 6, parágrafos 6 e 8, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>59</sup> Artigo 6, parágrafo 9, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>60</sup> Artigo 6, parágrafo 4, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>61</sup> Artigo 8, parágrafo 1, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>62</sup> Artigo 8, parágrafos 2 e 3, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>63</sup> Artigo 11, parágrafos 1 e 4, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

vinculado a um tribunal administrativo (conhecido como *juge de référés*<sup>64</sup>) para que possa analisar os objetos eventualmente apreendidos<sup>65</sup>.

É importante notar que, apesar de a compatibilidade do instituto em nível agregado com a Constituição de 1958 ter sido afirmada pela decisão do Conselho Constitucional *supra*, de nº 85-187 DC, de 25 de janeiro de 1985, a aplicação de várias de suas medidas específicas continua a ser objeto de contestação judicial perante tal tribunal francês, mormente após o advento, por reforma constitucional de 2008, de mecanismo de controle concreto *a posteriori* de constitucionalidade, denominado de Questão Prioritária de Constitucionalidade (*QPC - Question Prioritaire de Constitutionnalité*), introduzida pelo artigo 61-1 da lei maior, e que permitiu às partes em processo contencioso o acesso à jurisdição do referido tribunal constitucional, a fim de trazer à baila eventuais violações legislativas aos direitos e liberdades públicas assegurados pelo diploma magno<sup>66</sup>. De modo geral, é animador observar que, em meio ao prolongado arcabouço de exceção que se construiu em torno do Estado de Urgência - cuja lei originária, de nº 55-385, foi sucessivas vezes alterada desde 2015 para ampliar-lhe ainda mais o escopo e a rigidez<sup>67-68</sup> - algumas de suas medidas vêm sendo recentemente revistas, mesmo que de forma parcial, pelo Conselho Constitucional.

Exemplo disto são as decisões de nº 2016-600 QPC, de 2 de dezembro de 2016, e 2017-635 QPC, de 9 de junho de 2017, originárias do Conselho Constitucional em sede de Questão Prioritária de Constitucionalidade. Em apertada síntese, o primeiro aresto declarou a inconstitucionalidade de cláusula legal que permitia a conservação, junto à autoridade administrativa, por tempo indeterminado, de dados

---

<sup>64</sup> O *juge de référés*, segundo a Lei nº 2000-597, de 30 de junho de 2000, é o magistrado de jurisdição administrativa responsável por apreciar pleitos de urgência, focando-se sobretudo na legalidade dos atos administrativos levados à sua análise. Saliente-se que suas decisões são meramente provisórias e, assim, após seu pronunciamento a causa deve ser remetida ao tribunal administrativo competente para cognição exauriente da demanda.

<sup>65</sup> Artigo 11, parágrafos 5 a 7, da Lei nº 55-385, de 3 de abril de 1955, com sucessivas modificações posteriores.

<sup>66</sup> Previamente à reforma de 2008, o Conselho Constitucional exercia apenas controle *a priori* de compatibilidade de potenciais atos normativos infraconstitucionais com a lei maior, antes mesmo que aqueles fossem promulgados e passassem a integrar efetivamente a ordem jurídica. A análise prévia, prevista no artigo 61 da Constituição de 1958, é obrigatória para certos atos normativos específicos (*e.g.* leis orgânicas e regimentos das assembleias parlamentares) e facultativa para os demais, dependendo, nesta última hipótese, de provocação cuja iniciativa fica circunscrita ao Presidente da República, ao Primeiro Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional, ao Presidente do Senado ou a um grupo de, ao menos, sessenta deputados ou senadores.

<sup>67</sup> Não que não o tivesse sido antes, porém, as modificações se deram de forma mais intensa e aviltante neste período de medo, em que a semiótica do terror paira sobre a Europa com a mesma intensidade que a espada de Dionísio pairara sobre a cabeça do cortesão Dâmocles.

<sup>68</sup> Ressalte-se que tal instituto conta com um problema grave de autorreferência: a própria lei que regulamenta o Estado de Urgência, de nº 55-385, ao prever a possibilidade de sua prorrogação mediante subsequente edição de outra lei de mesma hierarquia normativa, acaba abrindo brecha para a derrogação dos limites que havia inicialmente estipulado para esse instituto, tornando-os meros óbices políticos, facilmente superáveis pelo legislador caso assim deseje.

informáticos apreendidos reputados como ameaçadores à sociedade, mesmo quando não tivessem evidenciado a prática de qualquer infração penal, adotando-se como fundamento da invalidação a falta de proporcionalidade no balanceamento entre o direito à vida privada e o interesse de salvaguarda da ordem pública<sup>69</sup>. O segundo, por sua vez, entendeu ser incompatível com a carta de 1958 disposição que previa a possibilidade de interdição de permanência, em zonas predeterminadas, de pessoas que entrassem, de qualquer maneira, a ação dos poderes públicos, requisito vago que poderia dar ensejo à aplicação de medida restritiva da liberdade fundamental de ir e vir do cidadão sem o necessário amparo na efetiva prevenção de violações à ordem pública<sup>70</sup>.

Por outro lado, o Conselho de Estado Francês também já chegou a analisar a temática do Estado de Urgência, mais especificamente a legalidade do decreto nº 2005-1425, de 8 de novembro de 2005<sup>71</sup>, prorrogado pela Lei nº 2005-1425, de 18 de novembro de 2005<sup>72</sup>, que havia levado a cabo tal expediente para contenção das já citadas revoltas ocorridas nas *banlieues* de Paris. Mesmo não tendo suspenso o ato, o magistrado administrativo, no bojo de seu pronunciamento<sup>73</sup>, datado de 9 de dezembro de 2005, após o clímax das revoltas, portanto, alertou que os fatos excepcionais ensejadores da decretação do regime excepcional encontravam-se deveras mitigados, devido à sensível evolução da paz social, sugerindo ao governo que pusesse termo à medida em tempo razoável (PORTELLI, 2015, p. 278-279).

Os pequenos avanços obtidos nas instâncias judiciais e a expiração, em novembro de 2017, do Estado de Urgência, após mais de dois longos anos de vigência, não obstante, foram conquistas parcialmente obliteradas pela aprovação e promulgação da Lei Antiterrorista<sup>74</sup>, que consolidou inúmeras disposições do regime de exceção recém-revogado até, no mínimo, 31 de dezembro de 2020, ocasião em que, supostamente, a maior parte daquelas reputadas invasivas de direitos e liberdades públicas deixa de valer<sup>75</sup>. Ao menos, houve certa flexibilização em relação à normativa anterior no que tange à designação compulsória de local fixo de permanência, não mais restrito à residência física do indivíduo, mas agora abarcando um perímetro mínimo equivalente ao de uma municipalidade<sup>76</sup>, de modo a que o desempenho de suas atividades cotidianas e o contato familiar não sejam sobremaneira comprometidos<sup>77</sup>. Ainda, a frequência com que pode ser compelido a se apresentar à autoridade

---

<sup>69</sup> Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016.

<sup>70</sup> Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017.

<sup>71</sup> Décret n°2005-1386 du 8 novembre 2005 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

<sup>72</sup> Loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 prorogeant l'application de laloi n° 55-385 du 3 avril 1955.

<sup>73</sup> Ordonnance du juge des référés du 9 décembre 2005.

<sup>74</sup> Cf. nota de rodapé nº 48, *supra*

<sup>75</sup> Artigo 5, II, da Lei nº 2017-1510, de 30 de outubro de 2017.

<sup>76</sup> A Lei Antiterrorista emprega a expressão "*commune*", espécie de coletividade territorial francesa semelhante, do ponto de vista funcional, aos municípios brasileiros.

<sup>77</sup> Artigo 3 da Lei nº 2017-1510, de 30 de outubro de 2017, que introduziu os Artigos 228-1 e 228-2 à parte legislativa do Código de Segurança Interior Francês.



policial é reduzida de até três vezes na semana para uma, exigência que pode ser dispensada caso consinta em utilizar dispositivo de monitoramento eletrônico<sup>78</sup>.

Além disso, as buscas e apreensões pretendidas pelas autoridades administrativas em locais privados, denominadas eufemisticamente pela nova lei como "visitas", passam a necessitar de autorização prévia de um juiz de liberdades e de detenção (*juge de liberté et de la détention*)<sup>79</sup>, vinculado a um tribunal de jurisdição ordinária, e devem ser guiadas pela finalidade de prevenção ao cometimento de atos de terrorismo e amparadas em razões sérias e fundadas de que o local objeto da medida é frequentado por pessoas cujo comportamento constitua ameaça de particular gravidade à segurança e ordem públicas<sup>80</sup>.

Apesar da relativa distensão proporcionada pelo novo diploma quanto a certas das medidas restritivas de direitos, o seu prolongamento resta por transformar o extraordinário em normalidade, deslocando perenemente em direção ao Estado Administrador funções que deveriam permanecer sob reserva de jurisdição, ou seja, nas mãos de agentes estatais imparciais e isentos, dotados de garantias institucionais reforçadas, principalmente para o manuseio de instrumentos que impliquem o tolhimento significativo, por grande espaço de tempo, da liberdade de locomoção, propriedade, associação e expressão, dentre outras consagradas na declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789. A ordem jurídica francesa, sob a tônica da imigração de massa e do terrorismo, sucumbe ao Estado de Urgência, tornando-o, sob aparência mais palatável, em regra e, na sequência, estabilizando-o no seio da sociedade política. Mas as fontes do sistema de contenção de crises francês não se esgotam na constituição e nas leis, encontrando acolhida também na jurisprudência do Conselho de Estado, como se verá a seguir.

### *3.3. A exceção no plano da jurisprudência do conselho de estado francês: a teoria das circunstâncias excepcionais*

No plano jurisprudencial, por ocasião das Guerras Mundiais, desenvolveu-se, no bojo do Conselho de Estado Francês, sólido entendimento no sentido de permitir às autoridades estatais a promoção de medidas administrativas que em tempos de normalidade seriam reputadas antijurídicas, mas que, em razão de situações fáticas extraordinárias, e tendo por objetivo assegurar a ordem ou a continuidade de

---

<sup>78</sup> Artigo 3 da Loi n° 2017-1510, de 30 de outubro de 2017, que introduziu os Artigos 228-1 e 228-2 à parte legislativa do Código de Segurança Interior Francês.

<sup>79</sup> O Juízo de liberdades e detenção, vinculado à jurisdição ordinária, e não à administrativa, é responsável por avaliar a legalidade de detenções e de outras medidas restritivas, de caráter provisório, impostas pelo Estado à liberdade dos indivíduos. Sua atuação se faz mais intensa nos âmbitos penal e imigratório. Tal cargo foi criado por força da Loi 2000-516, de 15 de junho de 2000, que modificou o artigo 137-1 do Código de Processo Penal Francês.

<sup>80</sup> Artigo 4, I, da Loi n° 2017-1510, de 30 de outubro de 2017, que introduziu o Artigo 229-1 à parte legislativa do Código de Segurança Interior Francês.

serviços públicos, são consideradas lícitas (SEILLER, 2014, p. 235-237). A essa construção pretoriana deu-se o nome de *teoria das circunstâncias excepcionais*.

Concebida através dos arestos *Heyriès*<sup>81</sup> e *Dame Dol et Laurent*<sup>82</sup>, tal teoria, ao passo em que permite a quebra da legalidade estrita a que está submetido o administrador público em épocas de normalidade, não descarta do controle jurisdicional de sua atuação, estabelecendo caber ao magistrado de tribunal administrativo, quando instado a se manifestar, assegurar (a) a existência prática de circunstâncias realmente excepcionais, aptas à flexibilização da ordem jurídica, tais quais guerras e calamidades sociais ou naturais; (b) o vínculo entre o ato e o atendimento de um interesse público fundamental, como a manutenção de serviços públicos essenciais; e (c) a impossibilidade de, diante da situação apresentada ao administrador, respeito à legalidade, ou explicando melhor, a verificação prática de inexigibilidade de conduta diversa do servidor público (SEILLER, 2014, p. 237).

Por seu turno, a maleabilidade concedida pelas decisões do Conselho foi revelando-se ampla e casuística, avalizando a convalidação da conduta administrativa tanto nos seus aspectos materiais quanto formais, o que abrange a cura judicial de *vícios de competência* – possibilidade, *e. g.*, de delegação de poderes, mesmo na ausência de amparo normativo para tanto; de edição de atos administrativos sobre matérias sujeitas à reserva de lei formal; de reconhecimento de funcionários de fato no exercício de funções legislativas<sup>83</sup> e executivas (LONG; WEIL; BRAIBANT; et al., 2015, p. 180-181), *de forma*, ainda que esta seja exigência ligada à garantia de direitos dos administrados e agentes públicos (LONG; WEIL; BRAIBANT; et al., 2015, p. 181), e *de conteúdo*, incluindo a criação de novas taxas, a requisição de cargas e restrições fortes à liberdade individual, mediante, *e. g.*, zonas de circulação vedada e evacuações compulsórias, tudo por simples ato administrativo de autoridade local (LONG; WEIL; BRAIBANT; et al., 2015, p. 182).

Insta ressaltar que, embora tenha seu nascimento e desenvolvimento afeito às duas grandes guerras do século XX, sua aplicação transcendeu esses eventos históricos, e ainda encontra pleno respaldo na jurisprudência dos tribunais administrativos franceses<sup>84</sup>. De resto, trata-se de teoria que atualmente convive e complementa os demais regimes constitucionais e legais de crise acima apontados, os quais, em conjunto, acabam por formar um verdadeiro sistema de exceção ao princípio da

---

<sup>81</sup> CE 28 juin 1918, *Heyriès*.

<sup>82</sup> CE 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*.

<sup>83</sup> A hipótese do funcionário de fato foi, *e. g.*, reconhecida pelo aresto CE Ass. 7 janv. 1944, *Lecocq*, no qual o Conselho de Estado admitiu como válida produção normativa e administrativa de um comitê local de administração municipal da *commune* de Fécamp, o qual, face à impossibilidade de reunir a respectiva câmara municipal (*conseil municipal*) e de obter a aprovação do prefeito, resolveu, por iniciativa própria, reabrir casas de comércio abandonadas pelos seus proprietários durante a guerra, designar administradores e instituir taxas sobre suas vendas (LONG; WEIL; BRAIBANT; et al., 2015, p. 181).

<sup>84</sup> CE 18 mai 1983, *Rodes* e CE 1 mars 2006, *Bailly*.

legalidade<sup>85</sup>. Todavia, diversamente do que se verifica nos demais institutos constitucionais e legais, os atos que se pretendam ver convalidados com base na teoria das circunstâncias excepcionais são submetidos, como visto acima, a um escrutínio bem mais rigoroso por parte da justiça administrativa, visto que eventual derrogação de regras ordinárias deve ater-se à estrita medida em que necessária para satisfazer o interesse público emanado de situação urgente e imprevisível (SEILLER, 2014, p. 237).

#### *3.4. Aspectos conclusivos do sistema de exceção francês*

O vasto sistema de crise delineado nos últimos três subtópicos parece apontar no sentido da preferência dos franceses pelo emprego de remédios em demasia amargos, que tolgem liberdade e garantias individuais, para o tratamento de patologias, como a imigração ilegal em massa e o terrorismo, que carecem, para efetivo combate, de medidas preventivas, cuidadosamente planejadas e de longo prazo, sobretudo o robustecimento de uma comunidade de inteligência e de investigação integrada aos demais países membros da União Europeia, certamente capaz de adotar postura de integral respeito à legalidade e aos direitos humanos, sem recorrer a medidas transitórias perigosas, que podem acabar se perpetuando de tão recorrentemente manuseadas. As crises derivadas de fatores humanos não nascem do vácuo, mas, ao contrário, são gestadas durante certo período de tempo, com base em causas que vão se acumulando (imperialismo, falta de políticas públicas de integração de imigrantes à nova sociedade, ausência de investimento no treinamento da força policial, dentro outras). Assim, não é de se estranhar que mecanismos de exceção, igualmente paliativos, de que lançaram mão os governantes franceses no curso de crises e convulsões sociais, tenham tido baixa efetividade a longo prazo, servindo apenas de alívio para as tensões momentâneas<sup>86</sup>.

Por sua vez, o Constitucionalismo, ideal de contenção do poder e consolidação de liberdades públicas, a cada nova flexibilização da legalidade, torna-se mais débil, servindo menos de salvaguarda institucional contra o arbítrio de governantes autoritários, e mais de mera forma desprovida de maior sentido. De fato, relatório divulgado pela Anistia internacional em 2017 revelou grave desvio de finalidade no manuseio do Estado de Urgência, com o intuito de coibir manifestações de oposição a políticas do executivo que nenhuma ligação tinham com organizações terroristas (AMNESTY INTERNATIONAL, 2017, 50 p.).

Talvez, de todos os institutos apresentados, o da Teoria das Circunstâncias Excepcionais, de índole jurisprudencial, seja o que maior controle exerça sobre o executivo em tempos de crise, mormente pois a convalidação de ato ilegal perante a ordem jurídica regular só vem a ocorrer após análise judicial, segundo critérios

---

<sup>85</sup> CE 23 octobre 1964, *d'Oriano*.

<sup>86</sup> Sobre a contestada efetividade do Estado de Urgência Francês, cf. BANCE; MULLER, 2017.

estabelecidos em precedentes. Não se aventa aqui imunidade de jurisdição decorrente de eventual perfil político do ato praticado, ao contrário do observado nos casos envolvendo o artigo 16 da Constituição de 1958 (*Rubin de Servens*, Conselho de Estado), ou ainda, de reserva de lei que confira ao legislador prerrogativa de balancear direitos fundamentais com a exigência de preservação da ordem pública, como na hipótese do Estado de Urgência (*Décision n° 85-187 DC*, Conselho Constitucional).

De qualquer forma, mesmo esta teoria de origem pretoriana guarda riscos, graças ao amplo leque de ilicitudes que é capaz de remediar pelo mero assentimento jurisdicional. Ao que parece, os *blacks* e *grey holes* não são, nem de longe, uma exclusividade do Estado Administrativo Norte-Americano.

#### 4. Considerações finais – A exceção no Brasil

A narrativa desenvolvida no presente trabalho revela a crise e a exceção como constantes na realidade social e na ordem jurídica de duas potências ocidentais consideradas democracias plenas. O embate nos EUA entre garantias individuais e situações excepcionais foi uma problemática enfrentada por sua Suprema Corte com grande intensidade a partir da guerra de secessão e refletiu-se na construção do Estado Administrativo, cuja espinha dorsal é o *Administrative Procedure Act* de 1946, com seus vários buracos negros e cinzentos. Na França, nação em crises cíclicas desde 1789, a Vª República, ela mesma fruto de grave impasse institucional no pós-guerra, mostra-se pródiga na oferta de institutos jurídicos de exceção, tanto de perfil constitucional, quanto legal e jurisprudencial, neste último caso em virtude de litígios administrativos que datam da primeira guerra mundial.

Mas, e quanto ao Brasil? Revela-se interessante, em remate, tecer breves considerações acerca dos instrumentos de crise previstos na ordem jurídica brasileira. Tal como observado na Constituição Francesa de 1958, a brasileira, 30 anos mais nova, também inclui em seu bojo dois grandes institutos de exceção, quais sejam, o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, localizados nos artigos 136 a 139 de seu texto. Porém, deste lado do Atlântico nunca se lançou mão, sob a égide da lei maior de 1988, de nenhum destes dispositivos, mesmo em momentos de graves catástrofes naturais (*e.g.* enchentes e secas) e convulsões sociais (*e.g.* explosão de violência urbana e rural)<sup>87</sup>. Por outro lado, os buracos negros à moda do Estado Administrativo americano, enquanto cláusulas legais que imunizam expressamente certos órgãos estatais

---

<sup>87</sup> É verdade que, em 16.02.2018, o Exmo. Sr. Presidente da República lançou mão do instituto da Intervenção Federal, previsto nos artigos 34 a 36 da CRFB/88, adstrito, porém, à área de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, mediante o Decreto Federal nº 9.288, posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 10 de 2018, com o intuito de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública observado naquele ente, em virtude da forte crise social e econômica pelo qual vinha passando e, por consequência, do estado de penúria de sua estrutura de inteligência e combate ao crime, mormente o organizado. A Intervenção é, de fato, instrumento de exceção, mas, ao contrário dos Estados de Defesa e de Sítio (e dos institutos de exceção inscritos na

de eventual controle jurisdicional, não se mostram compatíveis com a Constituição de 1988 por força de seu artigo 5º, inciso XXXV, não sendo, assim, expediente regularmente utilizado no Brasil para dar maior flexibilidade à administração, sobretudo em momentos de instabilidade, até porque facilmente afastado pelo judiciário.

Igualmente, no plano pretoriano, os tribunais brasileiros não possuem jurisprudência coerente e robusta que estabeleça parâmetros de atuação administrativa em face de circunstâncias excepcionais, ou seja, se e até que ponto é crível tornar mais maleável o princípio da legalidade quando aquelas se fizerem presentes na realidade. Em verdade, no âmbito do Colendo Supremo Tribunal Federal, apenas o Ministro Eros Grau, forte nas lições de Giorgio Agamben, utilizou-se, de maneira explícita e reiterada, da teoria do estado de exceção para amparar, em seus votos, o afastamento de regras constitucionais em prol do emprego de princípios, quando em jogo situações fáticas que entendia ser excepcionais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 545-546).

As circunstâncias apresentadas pelos casos julgados, contudo, pouco se assemelham àquelas que levaram o Conselho de Estado Francês a autorizar a derrogação da legalidade ordinária (*e. g.* guerras, calamidades naturais, ameaça terrorista), e envolvem, exemplificativamente: o direito de membro do Ministério Público a concorrer à reeleição em pleito eleitoral, à despeito de Emenda Constitucional superveniente em sentido contrário<sup>88</sup>; a criação de novos Municípios diante da ausência de lei complementar federal<sup>89</sup>; a concessão de liberdade provisória a ré denunciada pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes, em virtude de saúde

---

Constituição Francesa de 1958), não é capaz de, diretamente e por si só, restringir direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, mas apenas de excepcionar - total ou parcialmente - a autonomia de um ente político temporariamente, com vistas a reestruturação de sua gestão e recursos, de modo a extirpar a situação de anormalidade que ensejou a interferência constitucional. Sua decretação, portanto, não invalida o ponto aventado no presente tópico.

<sup>88</sup> RE 597.994, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, j. 04.06.2009. Conforme ementa, sem grifos no original, "A interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos, compreendendo processo de contínua adaptação à realidade e seus conflitos. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. A exceção é o caso que não cabe no âmbito de normalidade abrangido pela norma geral. Ela está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos de direito positivo. Ao Judiciário, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção".

<sup>89</sup> ADI 3.316, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, j. 09.05.2007. Conforme ementa, "[...] LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO".

debilitada por doença grave e contagiosa<sup>90</sup>. Aliás, consoante lição dos professores Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 545-546):

Algumas dessas decisões poderiam ser explicadas por meio do recurso à ideia de equidade, ao invés da teoria do estado de exceção. Não nos parece apropriado, [...] atribuir ao STF o 'poder soberano', no sentido de Carl Schmitt, de suspender a força de normas jurídicas para instaurar a exceção. Essa linha argumentativa, além de desnecessária, pode revelar-se perigosa, se manejada por quem não tenha os mesmos compromissos democráticos do Ministro Eros Grau.

De fato, a legalidade de exceção no Brasil é aplicada sub-repticiamente, sob um verniz de legalidade, muito próximo ao que se verifica nos buracos cinzentos e nas doutrinas de deferência judicial característicos da ordem jurídico-administrativa norte-americana. É, por exemplo, a cláusula aberta prevista no caput do artigo 124 da própria Constituição Cidadã<sup>91</sup> que permitiu ao legislador editar a norma do §7º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/9992, e ao Supremo Tribunal Federal em assentir com a deplorável prática de levar civis, em geral moradores de áreas pobres e violentas, à julgamento perante a justiça castrense por crimes de tipicidade vaga, como desacato à autoridade militar, enquanto na condução de operações de garantia da lei e da ordem<sup>93</sup>. Enquanto o Constitucionalismo Democrático não conquistar, efetivamente, os corações e mentes dos brasileiros, não resta muito a não ser a convivência com uma administração pública ineficiente e ainda assolada por arroubos cotidianos de autoritarismo.

## 5. Referências bibliográficas

ALTMAN, Max. Hoje na História: 1961 - Generais franceses na Argélia tentam aplicar golpe de estado. *Opera Mundi*, São Paulo, Abril, 2013. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/historia/28494/hoje+na+historia+1961++generais+franceses+na+argelia+tentam+aplicar+golpe+de+estado.shtml>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

---

<sup>90</sup> HC 94.916, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, j. 30.09.2008. Conforme ementa, "[...] A SUBMISSÃO DA PACIENTE AO CÁRCERE É INCOMPATÍVEL COM O DIREITO, AINDA QUE SE POSSA TER COMO ADEQUADO À REGRA. MANTER PRESA EM CONDIÇÕES INTOLERÁVEIS UMA PESSOA DOENTE NÃO RESTABELECE A ORDEM, ALÉM DE NADA REPARAR. SITUAÇÃO PECULIAR A CONFIGURAR EXCEÇÃO. EXCEÇÃO CAPTURADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO. ORDEM CONCEDIDA [...] 3. Dizer "peculiaridade do caso concreto" é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque, a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente. [...]".

<sup>91</sup> Art. 124, *caput*, da CRFB/88: "À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei".

<sup>92</sup> Art. 15, §7º, da Lei Complementar nº 97/1999, com redação dada pela Lei Complementar nº 136/2010: "A atuação do militar nos casos previstos nos arts. [...] 15, [...] desta Lei Complementar [...] é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal".

<sup>93</sup> Cf. HC 113.128, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 10.12.2013; HC 129.173 MC, Relator DIAS TOFFOLI, j. 01.07.2015; RHC 124.755, Relator Min. GILMAR MENDES, j. 12.08.2016.

- AMNESTY INTERNATIONAL. *Un Droit, Pas une Menace: Restrictions Disproportionnées a la Liberté de Réunion Pacifique sous Couvert de l'État d'Urgence en France*. 2017. Disponível em: <[https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F173a8ea8-ecf5-4917-b52b-437e4e38e188\\_ai\\_rapport\\_un+droit+pas+une+menace\\_fr-embargo+31-05-2017.pdf](https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2F173a8ea8-ecf5-4917-b52b-437e4e38e188_ai_rapport_un+droit+pas+une+menace_fr-embargo+31-05-2017.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANCE, Maureen. MULLER, Guillaume. *Alternance politique et loi antiterroriste: vers un état d'urgence permanent?* *OPPEC*, Décembre, 2017. Disponível em: <<http://oppec.fr/alternance-politique-et-loi-antiterroriste-vers-un-etat-durgence-permanent>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- BERNICK, Evan. *Lions Under Bureaucracy: Review of Adrian Vermeule, Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State* (2016). *Federalist Society Review*, Forthcoming, February 4, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2911526>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BREYER, Stephen. *The Court and The World: American Law and the New Global Realities*. New York: Vintage Books, 2016.
- CARCASSONNE, Guy; GUILLAUME, Marc. *La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne et Marc Guillaume*. Preface de Georges Vedel. 12 ed. Paris: Éditions Points, 2014.
- DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GONZÁLEZ, Alicia. França e Holanda alertam que crise migratória pode destruir a União Européia. *El País*, Davos, Janeiro, 2016. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/21/internacional/1453402427\\_686809.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/21/internacional/1453402427_686809.html)>. Acesso em: 05 jan. 2018.
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 20 ed. Paris: DALLOZ, 2015.
- MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. Tradução e notas de Nélío Schneider. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2011.
- METZGER, Gillian. Administrative Constitutionalism. *Texas Law Review*, Vol. 91, June, 2013; Columbia Public Law Research Paper No. 13-350. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2269773](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2269773)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PAOLINI, Esther. MARESCHAL, Edouard de. Terrorisme: de 2012 à 2017, la France durement éprouvée. *Le Figaro.Fr*, Octobre, 2017. Disponível em: <<http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/10/01/01016-20171001ARTFIG00134-terrorisme-de-2012-a-2017-la-france-durement-eprouvee.php>>. Acesso em: 05 jan. 2018.
- PORTELLI, Hugues. *Droit Constitutionnel*. 11 ed. Paris: DALLOZ, 2015.
- POSNER, Eric Andrew; VERMEULE, Adrian. *The Executive Unbound: after the Madisonian republic*. Kindle edition. New York: Oxford University Press, 2010.
- REHNQUIST, William Hubbs. *All the laws but one: Civil Liberties in Wartime*. Kindle Edition. New York: Alfred A. Knopf, 2001.
- SEILLER, Bertrand. *Droit administratif: 2. L'action administrative*. 5 ed. Paris: Champs Université, 2014.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- STEYN, Johan. Guantanamo Bay: the legal black hole. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, No. 1, January, 2004.
- VERMEULE, Adrian. *Law's Abnegation: from law's empire to the administrative state*. Kindle edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.
- \_\_\_\_\_. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, Vol. 122, No. 4, February, 2009.