

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RODRIGO LUZ PEIXOTO

RESISTIR AO ESTADO DE EXCEÇÃO

**Análise do Direito de Resistência como Mecanismo Institucional para a Garantia dos
Direitos e Preservação da Ordem Constitucional face às Medidas tomadas em Estado de
Exceção**

Porto Alegre, 2017

RODRIGO LUZ PEIXOTO

RESISTIR AO ESTADO DE EXCEÇÃO

Análise do Direito de Resistência como Mecanismo Institucional para a Garantia dos Direitos e Preservação da Ordem Constitucional face às Medidas tomadas em Estado de Exceção

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do título de Mestre, orientado pela Prof.^a Dr.^a Roberta Camineiro Baggio.

Porto Alegre, janeiro de 2017

RESISTIR AO ESTADO DE EXCEÇÃO

Análise do Direito de Resistência como Mecanismo Institucional para a Garantia dos Direitos e Preservação da Ordem Constitucional face às Medidas tomadas em Estado de Exceção

RODRIGO LUZ PEIXOTO

Dissertação defendida e aprovada, em ____/____/_____, pela banca examinadora:

Professora Doutora Roberta Camineiro Baggio

Orientadora

Professora Doutora Fiammetta Bonfigli

Professor Doutor Enrique Serra Padrós

Professor Doutor Rodrigo Valin de Oliveira

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1** – Contagem percentual de dias em que alguma parte do território nacional esteve sob estado de sítio, ao longo de cada mandato presidencial da República Velha. Gráfico elaborado pelo autor do presente trabalho, com base nos dados da série de trabalhos realizados por Naud sobre o estado de sítio no Brasil (NAUD, 1965a; 1965b; 1965c).....48
- Figura 2** - Volume Relativo de Espécies Normativas Editadas por Ano (1988-2015)63
- Figura 3** – Relação entre estado de direito, estado de exceção e estado de natureza (AGAMBEN, 2010, p. 44). Adaptado.....80

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Tabela comparativa dos estados de sítio e do estado de defesa na Constituição brasileira de 1988.	56
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

RESUMO

O objeto desta dissertação é o estado de exceção. Mais especificamente, coloca-se a pergunta quanto à existência controles institucionais que possam contrabalancear o risco que o estado de exceção representa à ordem constitucional. Para responder a tal pergunta, partiu-se de um método genealógico, buscando as origens do estado de exceção. Assim, o primeiro capítulo percorre o desenvolvimento do estado de exceção, desde a *dictadura* na Roma antiga até a atualidade, com o surgimento do estado de sítio e dos poderes legislativos do Executivo. A partir daí são estabelecidas as discussões teóricas necessárias à compreensão do estado de exceção, para melhor colocar a pergunta quanto ao controle deste. A partir daí se coloca a hipótese de que várias práticas de controle constitucional seriam capazes de realizar papéis importantes no controle do estado de exceção para evitar seu abuso, mas o direito de resistência representa uma forma de controle institucional do estado de exceção especialmente capaz de evitar o desgaste da força normativa da Constituição e contribuir consideravelmente com o retorno à normalidade democrática. Desta forma, o segundo capítulo centra-se primeiro ao redor da discussão dos mecanismos de controle e, em seguida, na compreensão do direito de resistência através de uma genealogia deste instituto, desde o *iustitium* romano até as positivizações constitucionais atuais. No último capítulo, a hipótese é confrontada na prática. Primeiro para apontar indicativos de como o direito de resistência pode surgir na realidade. Depois, busca-se defrontar a questão da resistência na realidade brasileira, por meio da análise de duas práticas de resistência selecionadas na história do país. A conclusão é de que o direito de resistência e sua positivação constitucional podem ser uma importante forma de controle vertical do estado de exceção, limitando os riscos que este gera ao quadro constitucional.

Palavras-chave: Estado de Exceção; Direito de Resistência; Direito Constitucional.

ABSTRACT

The object of this dissertation is the state of exception. More specifically, the question arises as to whether there are institutional controls that can counterbalance the risk that the state of exception represents to the constitutional order. To answer this question, it starts from a genealogical method, searching for the origins of the state of exception. Thus, the first chapter covers the development of the state of exception, from the dictatorship in ancient Rome to the present times, with the emergence of the state of siege and of the legislative powers of the Executive. From there, the theoretical discussions necessary to understand the state of exception are established, in order to better place the question of its control. From this, the hypothesis is settled, that various constitutional control practices may be able to play important roles in controlling the state of exception to avoid its abuse, but the right of resistance represents a form of institutional control of the exception state that is especially capable of avoiding the erosion of the normative force of the Constitution and contributing considerably to the return to democratic normality. Thus, the second chapter focuses first on the discussion of the control mechanisms and then onwards to the understanding of the right to resistance through a genealogy of this institute, from the Roman *iustitium* to the present constitutional positivities. In the last chapter, the hypothesis is confronted in practice. First to present indicatives of how the right to resistance may arise in reality. Afterwards, it seeks to confront the question of resistance in Brazilian reality, through the analysis of two resistance practices selected in Brazilian history. The conclusion is that the right of resistance and its constitutional positivation can be an important form of vertical control of the state of exception, limiting the risks that it poses to the constitutional framework.

Keywords: State of Exception; Right of Resistance; Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 DEFININDO O ESTADO DE EXCEÇÃO	31
1.1 GENEALOGIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	31
1.1.1 A Ditadura: Origens do Estado de Exceção da Antiguidade e Idade Média até o Início da Era Moderna.....	31
1.1.2 Estado de Sítio: A reinvenção do estado de exceção na Modernidade..	43
1.1.3 Poderes Legislativos do Executivo: Medida Provisória e Decreto-lei como Mecanismo Excepcional	57
1.1.4 Intervenção Federal: Federações e o Estado de Exceção	67
1.2 A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO: EXCEÇÃO PERMANENTE, EXCEÇÃO SOBERANA E OS RISCOS À MOLDURA CONSTITUCIONAL ASSOCIADOS AO EXERCÍCIO DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	71
1.2.1 Exceção que se Torna a Regra: o diagnóstico da normalização da exceção, de Walter Benjamin a Giorgio Agamben.....	72
1.2.2 Teste de Adequação: avaliando qualitativamente a regulamentação do estado de exceção.....	82
1.2.3 Objeções e Restrições ao Diagnóstico do Estado de Exceção Permanente	85
1.2.4 Estado de Exceção como Elasticidade da Constituição	89
1.2.5 Estado de Exceção, Ditadura Soberana e Ditadura Comissária: críticas a Schmitt	93
2 MECANISMOS DE CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO E OBSTÁCULOS À RUPTURA DO QUADRO CONSTITUCIONAL	104
2.1 MECANISMOS ENDÓGENOS DE CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO	105
2.1.1 Decisões do Legislativo sobre as Medidas Do Estado De Exceção.....	105
2.1.2 Responsabilização perante os Tribunais durante e após o Estado De Exceção	109

2.2	UM CONTROLE POPULAR DO ESTADO DE EXCEÇÃO? <i>Iustitium</i> como ancestral do direito de resistência, e suas relações com a <i>dictadura</i>	112
2.3	O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO PENSAMENTO JURÍDICO	122
2.3.1	O Agir Fora das Palavras da Lei em Tomás de Aquino.....	122
2.3.2	Francisco Suárez.....	131
2.3.3	Direito de Resistência como conflito com o Soberano em Thomas Hobbes 136	
2.3.4	John Locke	141
2.3.5	O Direito de Resistência após as Revoluções Francesa e Americana.	151
2.3.6	O Desaparecimento do Direito de Resistência face ao avanço do Estado de Exceção	156
2.3.7	Direito de Resistência Constitucionalmente Positivado	159
2.3.8	Direito de Resistência como controle do Estado de Exceção.....	168
3	RESISTÊNCIA FACE À EXCEÇÃO NA PRÁTICA BRASILEIRA	171
3.1	LIMIARES: Quando Emerge o Direito de Resistência?	172
3.2	PRÁTICAS DE RESISTÊNCIA.....	176
3.2.1	Definindo e Identificando Práticas de Resistência.....	176
3.2.2	A Revolução Constitucionalista de 1932 como Demanda de Retorno à Constitucionalidade.....	183
3.2.3	Movimento da Legalidade.....	201
3.2.4	Apontamentos sobre as Práticas de Resistência no Brasil.....	217
	CONCLUSÃO	221
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	229

INTRODUÇÃO

A questão do estado de exceção surge como um dos mais relevantes problemas colocados ao pensamento jurídico moderno. Por um lado, autores tão distintos quanto Giorgio Agamben, Walter Benjamin e Carl Schmitt colocam o estado de exceção como um conceito central da filosofia do Direito para a atualidade. Porém, mesmo com toda a importância e urgência que a categoria do estado de exceção adquiriu modernamente, “falta, todavia ainda hoje, no direito público, uma teoria do estado de exceção” (AGAMBEN, 2010, p. 23).¹ Nesse sentido, Agamben alerta para o pouco desenvolvimento teórico da questão, e se propõe a tarefa de desenvolver tal teoria.² Mesmo no contexto de teorias mais normativistas ou dogmáticas, o estado de exceção surge como problema relevante, muitas vezes de grande importância. Confrontar os problemas teóricos colocados pelo estado de exceção é, portanto, necessário para o desenvolvimento de uma maior compreensão do Direito.

Quando tratamos do estado de exceção, é necessário ter em mente que este é colocado, usualmente, em uma zona limite do Estado de Direito, e também situa-se em uma definição ambígua, que oscila entre os campos do jurídico e do político. Por este motivo, um dos grandes problemas do Direito Constitucional é definir em que consiste esse estado de exceção, na medida em que de tal definição depende a própria delimitação entre jurídico e político.

¹ “(...) *falta todavía hasta hoy en el derecho público una teoría del estado de excepción (...)*”.

² Tarefa ainda inacabada, haja vista que o ciclo “*Homo Sacer*”, conjunto de obras em que o filósofo italiano pretende realizar tal tarefa, ainda está incompleto e, apenas ao final poder-se-á avaliar se Agamben consegue ou não alcançar suficientemente a pretendida teoria do estado de exceção.

Mais além, em um campo mais prático, notamos que o estado de exceção é, por vezes, utilizado por tentativas de justificação de regimes autoritários e de sua legalidade, de tal modo que uma maior clareza sobre essa categoria da excepcionalidade pode servir para lançar uma nova luz sobre o debate entre democracia e autoritarismo.

Se avaliamos que certas formas de teoria constitucional sobre a exceção foram utilizadas para justificar a legalidade de ditaduras e violações de direitos fundamentais, em mais de um caso (poderíamos colocar o abuso do estado de emergência do art. 48-2 da Constituição de Weimar na Alemanha e a consequente ascensão do regime nazista como o caso emblemático, além de várias ocasiões análogas na América Latina), temos aí que uma teoria do controle do estado de exceção é urgente para o debate político acerca da construção da democracia. Mais ainda, é um passo que pode estabelecer, em um momento prévio, o tipo de desenvolvimento que atualmente a Justiça de Transição apresenta para o retorno à normalidade. O trabalho a ser desenvolvido, porém, não se ocupará das categorias da Justiça de Transição, em razão de que o desenvolvimento destas depende antes da compreensão aprofundada do estado de exceção, de modo que a ideia de Justiça de Transição, apesar de atravessar o objeto, será deixada de lado propositadamente, por motivos metodológicos.

O presente trabalho não pretende esgotar a problemática teórica que cerca o estado de exceção. Pretende, no entanto, realizar um desenvolvimento confrontando uma das principais questões que se colocam neste tema: o controle do estado de exceção perante o quadro jurídico-constitucional. Deste modo, sendo justificadas as perguntas sobre a essência do estado de exceção, é fundamental que se busque responder à pergunta acerca da possibilidade de seu controle. Sendo que “controle” é entendido aqui como a elaboração de algum mecanismo institucional que impeça a passagem, por meio do estado de exceção, de um Estado de Direito para uma ditadura permanente, ou que resulte na conversão da exceção em paradigma permanente de governo, ou mesmo que a própria Constituição se rompa em meio ao estado de exceção.

Tal questão faz-se ainda mais urgente devido ao que Agamben, na esteira de Walter Benjamin, descreve como “Estado de exceção permanente” (AGAMBEN, 2010; BENJAMIN, 1991), alegando que a exceção se tornou o paradigma normal de

governo, de maneira global. Avaliar tal afirmação, de grande impacto para o debate político na modernidade, exige que se confronte a questão da possibilidade de controle da excepcionalidade, com a possibilidade de levantar uma crítica a esta definição de Agamben, de um lado, ou uma solução para a problemática institucional por ele colocada, de outro.

Por outro lado, como o trabalho aqui desenvolvido pretende partir do paradigma do Estado de Direito Democrático, há que se observar que a regulamentação do estado de exceção é, por vezes, um espaço ampliado do quadro normativo. Tal ampliação muitas vezes acaba sendo essencial para a salvaguarda da própria constituição face a situações que a normatização constitucional não podia prever. No entanto, não pode se configurar de maneira tão ampla que deixe de ser um quadro de limites ao exercício do poder, sem o qual a Constituição perderia seu sentido normativo. Essa é a ideia essencial compreendida no paradigma do estado de exceção como “elasticidade constitucional” proposto por Konrad Hesse (HESSE, 1991; 1998), e que se toma como pressuposto teórico do presente trabalho, ainda que com adaptações e ressalvas.

Portanto, o problema que este trabalho se propõe a enfrentar por meio da metodologia aqui proposta é a questão, partindo do sentido jurídico da previsão positiva do Estado de Exceção nas Constituições como ‘elasticidade’ da moldura constitucional, quanto a se existe algum controle institucional do estado de exceção que impeça seu exercício fora dos limites constitucionais. Assim, o trabalho a ser desenvolvido confrontará formas possíveis de controle constitucional com uma compreensão acerca do estado de exceção, para verificar se é possível um tal controle, na prática, ou se o estado de exceção, positivado ou não, seria sempre uma situação de risco incontido de rompimento permanente do Estado de Direito e da normalidade constitucional.

Para responder ao questionamento levantado, entende-se que o estado de exceção, quando constitucionalmente positivado, pode servir para a manutenção da Constituição na medida em que amplia seu quadro de modo temporalmente restrito e proporcional à gravidade do risco à Constituição. Porém, isto se aplica apenas quando o estado de exceção for cercado por controles que possibilitem sua reversão, assim que possível, para retornar à normalidade democrática.

Partindo daí, pretende-se testar a hipótese de que para um tal controle do estado de exceção que evite a sua conversão em paradigma de governo, várias práticas de controle constitucional seriam capazes de realizar papéis importantes a fim de evitar o abuso do estado de exceção. De um lado, o controle judicial por um tribunal constitucional independente poderia garantir, por meio de uma prática embasada na fundamentação da técnica jurídica, que as medidas excepcionais que ultrapassem o quadro normativo a elas autorizado pela Constituição, nas hipóteses em que há a positivação dessas medidas na própria Constituição, sejam anuladas e retiradas do sistema jurídico. Por outro, o escrutínio posterior e a fiscalização concomitante pelo legislativo podem garantir, pela responsabilização política, que as medidas do estado de sítio não sejam abusadas para além de seu sentido de defesa da Constituição. Porém, em alguns casos, isso depende do retorno à normalidade já ocorrido, o que muitas vezes não acontece, justamente pela falta de controles.

Deve-se levar em conta um mecanismo essencial, que é aquele exercido enquanto “controle vertical”, isto é, o controle pelo povo. Apenas um exercício de constitucionalismo popular constante seria capaz de fazer o controle (mais político-constitucional do que técnico-jurídico) necessário para evitar a ruptura definitiva da Constituição e a conversão do estado de emergência em ditadura permanente. Tal exercício de controle popular do estado de exceção poderia ser encontrado em uma forma peculiar de direito de resistência. O presente trabalho dá primazia à investigação destas práticas de resistência, uma vez que são menos desenvolvidas em nosso pensamento jurídico, e por isso necessitam mais desenvolvimento do que a teoria das práticas de controle judiciária ou legislativa, as quais muitas vezes falharam pela ausência de independência ou mesmo de vontade institucional de garantir o quadro constitucional do Estado Democrático de Direito por parte dos tribunais superiores nacionais, ou pela impossibilidade de reunião dos órgãos parlamentares. É nessa potencialidade, ainda pouco explorada, do direito de resistência como controle constitucional do estado de exceção, que o trabalho acaba se focando.

De tal sorte que a seguinte hipótese será confrontada pela metodologia do presente trabalho: o direito de resistência representa uma forma de controle institucional do estado de exceção capaz de evitar o desgaste da força normativa da Constituição e contribuir consideravelmente com o retorno à normalidade

democrática. A construção dessa hipótese encontra respaldo em um raciocínio determinado, elaborado com base no atual estado da teoria constitucional, nos termos que se seguem.

Tendo-se em conta que o estado de exceção constitui uma norma constitucional que visa ampliar o quadro normativo da Constituição em situações em que a forma democrática ou a própria existência do Estado de Direito estão em risco real de serem destruídos. Desse modo, o estado de exceção é a situação em que a Constituição testa sua elasticidade, ou seja, sua capacidade de retornar ao Estado de Direito Democrático pleno na normalidade (HESSE, 1991).

Assim, o sentido de um controle sobre o Estado de Exceção dentro do marco de um Estado de Direito Democrático deve ser o de garantir que fiquem respeitados os critérios de urgência excepcional, de ameaça ao Estado de Direito constitucional e, principalmente, da proporcionalidade entre as restrições de direito e os desafios institucionais enfrentados, com vistas à restauração da normalidade constitucional.

Entretanto, muito habitualmente, o estado de exceção pode acabar se tornando um paradigma permanente de governo e desgastando a moldura constitucional, chegando por fim à ruptura desta moldura, na prática. Dessa maneira, o estado de exceção apenas pode manter o seu sentido constitucional se for passível de alguma forma de controle que possibilite o retorno à um paradigma de normalidade assim que afastado o motivo emergencial da exceção.

Para tal controle, o Judiciário poderia, abstratamente, até ser uma instituição adequada para verificar a regularidade jurídica entre as práticas excepcionais e seu sentido juridicamente positivado, desde que seja independente dos demais poderes constituídos e tenha vontade institucional para garantir a força normativa da Constituição democrática. No entanto, muitas vezes esta instituição deixa de ser capaz de atuar de tal maneira na prática de um Estado de Exceção continuado ou de uma tradição autoritária, o que lhe impõe sérios limites.

Mais além, o controle do Estado de Exceção depende em grande medida de juízos políticos, demandando práticas que alcancem uma esfera política, para a qual o judiciário muitas vezes carece de legitimidade democrática. O controle judicial, ainda que seja um importante controle endógeno, não consegue abarcar toda a complexidade político-democrática do problema. Mesmo que haja um papel normativo para o judiciário, ainda em meio a um estado de exceção esse papel é ainda muito

limitado à avaliação de certos aspectos jurídico-normativos, pela própria natureza de suas atividades.

Um escrutínio pelo Legislativo, ratificando ou não as decisões tomadas pelo executivo no período de exceção pode ser uma medida de controle adicional importante, estabelecendo uma responsabilidade pelos atos excepcionais, entretanto não é suficiente para evitar que a exceção se torne permanente, uma vez que tal mecanismo apenas ocorre após findo o estado de exceção, não intervindo durante o seu curso. Mesmo a fiscalização das medidas excepcionais durante a própria duração do estado de exceção, apesar de ser um importante mecanismo adicional, pode apresentar limitações.

Mais além, a prática de um controle de constitucionalidade pelo próprio executivo parece apresentar-se, na hipótese, como sendo de pouca utilidade, uma vez que o próprio executivo é o poder a ser controlado no Estado de Exceção, já que, usualmente, tem seus poderes ampliados pela declaração da excepcionalidade. Em razão disso, os expedientes judiciais e legislativos de controle da exceção não serão objeto central desse trabalho, sendo apenas abordados transversalmente, com os demais controles endógenos entre os três Poderes, como meio de situar o problema e desenvolver a compreensão da prática de resistência constitucional colocada no centro da hipótese.

Desse modo, apenas uma prática de atividade político constitucional pelo povo³ se apresenta como capaz de fazer um controle, mais que jurídico, político-constitucional, capaz de evitar a ruptura da Constituição e a instauração de uma ditadura permanente, na medida em que depende do povo a vontade para a constituição não ser rompida em definitivo (FRIEDRICH, 1968, p. 828 et seq.). Tal forma popular de controle pode ser encontrada na positivação do direito de resistência.

Enfim, o conceito central desta hipótese é o seguinte: práticas sociais de resistência aos abusos do quadro normativo constitucional, positivadas

³ Não se deve confundir com a ideia de Constitucionalismo Popular utilizada por Larry Kramer (KRAMER, 2004) e outros autores norte-americanos. Trata-se aqui de situar o exercício da definição e interpretação do conteúdo da Constituição pelo próprio povo, de maneira consideravelmente mais ampla do que o realizado na tradição norte-americana pelos autores do Constitucionalismo Popular.

constitucionalmente, se apresentam como um mecanismo institucional importantíssimo para reduzir os riscos de ruptura da Constituição democrática frente aos problemas que lhe são postos pelo estado de exceção.

A metodologia do presente trabalho se guia primeiramente pela investigação genealógica do instituto do estado de exceção. Busca apresentar os caminhos pelos quais esse instituto surgiu e se desenvolveu para elaborar uma compreensão sobre ele. Do mesmo modo, se busca a interação do instituto do estado de exceção, e dos conceitos que lhe precedem, com outras práticas institucionais que se direcionem a regular ou fiscalizar o exercício do estado de exceção dentro de determinados marcos normativos.

A proposta do método genealógico a ser adotado vai no sentido do já desenvolvido sobre essa metodologia por Foucault (e posteriormente por Agamben). No conjunto das obras de Foucault, podem ser identificados três fases, às quais corresponde uma terminologia para denominar os métodos de trabalho utilizado em cada uma delas: arqueologias, genealogias e problematizações (FLYNN, 1994, p. 28). Esses três métodos não são excludentes entre si, mas se potencializam, sendo que um método possibilita e reforça o método da fase seguinte. Para esclarecer melhor o que são esses métodos, e o motivo pelo qual se adota a genealogia para os fins do presente trabalho, cabe diferenciá-los brevemente.

O termo “arqueologia” é utilizado por Foucault para se referir a uma metodologia de análise que tem como principal objeto o “arquivo”, grandes conjuntos de unidades de discursos que são analisados não como linguagem, mas como práticas discursivas através das quais se busca uma determinada compreensão da “história das ideias” e, em especial, dos saberes que se colocam atualmente na condição de científicos (FOUCAULT, 1969).

Se o foco da fase arqueológica são os discursos das “ciências”, na fase genealógica o foco passa a ser ocupado por práticas que, além dos discursos, atentam para o poder e para o corpo (FLYNN, 1994, p. 34). A “história” que é buscada pela genealogia é de uma “microfísica do poder”, ao passo que a “arqueologia” buscava uma história voltada à linguagem. Em suma, a característica principal que distingue a

genealogia é a sua investigação direcionada à questão do poder: “Relações de poder subscrevem todas as genealogias de Foucault” (FLYNN, 1994, p. 34).⁴

Na terceira fase, do método da “problematização”, há o surgimento de um novo foco na metodologia. Nela, a questão que Foucault busca responder é a “subjetificação”, ou seja, como o indivíduo se constitui e se reconhece como sujeito (FLYNN, 1994, p. 37-38). Correspondente a isso, onde, nas fases anteriores, eram analisados “discursos” (arqueologia) ou “práticas discursivas” (genealogia), o método da problematização passa a analisar “experiências” (FLYNN, 1994, p. 37), refletindo o foco subjetivista desse método.

Dessa maneira, ao se defrontar com o problema do estado de exceção, o presente trabalho é levado a adotar um método identificado com o “genealógico” no sentido de Foucault. Por dois motivos, não caberia a denominação da problematização: primeiramente, como no tema do controle do estado de exceção surgem questões político-jurídicas que são colocadas mais para o conjunto de uma sociedade do que para seus indivíduos, o foco subjetivista não se revela adequado ao problema; segundo, sendo o problema colocado desde um ângulo jurídico, não há uma questão da produção do sujeito colocada diretamente no problema, mas sim uma questão de estratégias de poder. Quanto ao método arqueológico, não cabe adotá-lo para esse trabalho, em razão de que a questão do estado de exceção não diz respeito apenas aos discursos que o cercam, mas é principalmente da microfísica do poder que emerge no estado de exceção que surge a urgência do tema.

Ou seja, a temática do estado de exceção é profundamente permeada pela questão do poder, sendo necessário abordar o discurso sobre o estado de exceção como prática discursiva, da qual emergem relações de poder fáticas a partir de sua colocação no discurso jurídico. Assim, dentre os três métodos de Foucault, o mais adequado ao problema em questão é o genealógico.

Agamben, ao trabalhar o problema do estado de exceção, se propõe a usar o método arqueológico, mas dentro de um esquema mais ambicioso, realizando uma arqueologia do próprio Direito a partir do estado de exceção, e como parte de uma

⁴ “*Power relations underwrite all Foucault’s genealogies*”.

arqueologia da biopolítica mais abrangente (COSTA, 2010, p. 10). Instado a definir seu entendimento da arqueologia como método de trabalho, Agamben afirma:

Meu método é arqueológico e paradigmático em um sentido próximo ao que utilizava Foucault, mas não completamente coincidente com ele. Se trata, frente às dicotomias que estruturam nossa cultura, de ir além das clivagens que as produziram, mas não para reencontrar um estado cronologicamente originário senão, pelo contrário, para poder compreender a situação na qual nos encontramos. A arqueologia é, neste sentido, a única via de acesso ao presente (COSTA, 2010, p. 12).⁵

Assim, o método arqueológico de Agamben mantém em si o ponto principal buscado também na genealogia deste trabalho, que é fazer ressurgir a historicidade, não com interesse no passado, mas como forma de compreender a realidade atual historicamente construída, como “via de acesso ao presente”. O uso do termo arqueologia não é empregado da mesma maneira que em Foucault porque a “arqueologia” de Agamben se defronta com a questão das dicotomias, com as quais busca romper, convertendo-as em bipolaridades e buscando um terceiro elemento, nestas bipolaridades, em que um conceito se converte no outro (COSTA, 2010, p. 13). Neste sentido, a arqueologia de Agamben se diferencia daquela de Foucault através do recurso a essa desconstrução das estruturas de conceitos dicotômicos, correspondendo a um novo método, o qual pode ser igualmente comparado à genealogia ou à arqueologia foucaultiana, uma vez que é similar a ambas, diferenciando-se pelo foco na bipolaridade.

A metodologia genealógica também pode ser colocada quanto às propostas de desconstrução das estruturas do discurso jurídico, na medida em que a desconstrução implica na assunção da tarefa de uma retomada da história, origem e sentido das estruturas prescritivas, como o Direito, a justiça e os valores (DERRIDA, 1994, p. 44). Para Derrida, isso implica que a desconstrução está sempre “engajada” em uma “demanda infinita por justiça” (DERRIDA, 1994, p. 44). Nessa metodologia desconstrutivista, a genealogia tem um papel possível garantido como reveladora das

⁵ “*Mi método es arqueológico y paradigmático en un sentido cercano al que utilizaba Foucault, pero no completamente coincidente con él. Se trata, ante las dicotomías que estructuran nuestra cultura, de salirse más allá de las escisiones que las han producido, pero no para reencontrar un estado cronológicamente originario sino, por el contrario, para poder comprender la situación en la cual nos encontramos. La arqueología es, en este sentido, la única vía de acceso al presente*”. Tradução livre.

estruturas de uma “herança” (*héritage*) da cultura, cujo surgimento enquanto estruturas passíveis de desconstrução é fundamental de um ponto de vista até mesmo ético. A genealogia, junto com a leitura e a interpretação meticulosa, pode ser encontrada como instância do método de desconstrução, em seu “estilo” mais “histórico” ou “anamnético” (DERRIDA, 1994, p. 48). A desconstrução apresenta uma “responsabilidade frente à memória” (*responsabilité devant la mémoire*), no sentido de que pede uma resposta à questão que a memória coloca (DERRIDA, 1994, p. 45). Como obviamente isso não poderá prescindir de uma compreensão da memória, mesmo de uma perspectiva desconstrutivista, se impõe o método genealógico, enquanto ciência descritiva de uma memória jurídica, por meio da genealogia, que guarda em si um potencial inativado a ser provocado. Assim, a partir de Derrida, podemos observar a adequação do método genealógico também para a análise de objetos que são essencialmente normativos (como o Direito), abrindo espaço ao mesmo tempo para a elaboração da crítica das instituições e para os potenciais contidos no confronto com a memória histórica. Dessa maneira, reforça-se o entendimento de que o método genealógico é adequado ao enfrentamento da questão colocada no presente trabalho.

As genealogias que aqui pretende-se realizar são entendidas, portanto, a partir da definição deste método no sentido foucaultiano, mas levando em conta também os sentidos apontados por Derrida e Agamben. A razão para optar pela genealogia é a sua capacidade de revelar a historicidade do objeto analisado, entendida como fundamental para a compreensão do problema a ser enfrentado. O objetivo da genealogia é revelar, através da história das instituições, e da história dos saberes por elas gerados, a origem e o desenvolvimento dos complexos de saber e poder que hoje se encontram em efeito. Nenhuma instituição humana existe fora do tempo, todas elas possuem alguma forma de anterioridade, isto é, de historicidade. Levando-se em conta que o saber depende daquilo que podemos denominar de “tradição”, na medida em que toda interpretação (da qual o saber das instituições depende fortemente) se dá de acordo com o “horizonte” do intérprete, o qual é formado por seus “pré-

conceitos”.⁶ Logo, a produção social de saber e de poder que perpassa as instituições e o pensamento jurídico depende desse horizonte de tradição, sem ser, no entanto, determinada por ele.

A genealogia, entendida como a história desses saberes e poderes que formam o horizonte dos sujeitos, tem o papel de revelar as associações e os sentidos que estão presentes nesse horizonte, e que não se apresentam de forma óbvia, mas apenas de maneira sutil. Assim, aparentes irracionalidades sistemáticas ou contradições lógicas surgem não como um mero problema de sistema, mas, sobretudo, como consequência do acúmulo das situações históricas contingentes que formam determinada tradição. Além disso, a genealogia não se presta apenas a revelar a historicidade das instituições jurídicas, mas permite também vislumbrar a potência que estas contêm em tal historicidade e o modo como se desenvolvem as relações entre os institutos nos variados contextos.

Para guiar a construção do *corpus*⁷ de fontes que informam a genealogia, quanto ao estado de exceção, partiu-se da “arqueologia” contida na obra de Agamben, por se tratar de referencial amplamente conhecido no tema do estado de exceção, mas o qual foi desconstruído de maneira crítica no presente trabalho para gerar genealogias próprias, como forma de compreensão do problema colocado, a partir da metodologia assim estabelecida.

⁶ Essa relação entre “horizonte”, “tradição” e “pré-conceitos” foi estabelecida no contexto da hermenêutica, na obra de Hans-Georg Gadamer denominada “Verdade e Método” (GADAMER, 2008). Apesar de que o trabalho aqui colocado não se propõe a uma hermenêutica (ao menos no sentido próprio), a importância dessas categorias, na medida em que podem estabelecer a relação do sujeito que realiza o ato de conhecimento com a construção anterior de um saber construído coletivamente, se deixa refletir em todo o campo das “ciências do espírito”, isto é, do campo dos saberes que se ocupam do humano (abrangendo filosofia, ciências humanas, Direito, etc.). De fato, todo esse campo das ciências do espírito busca compreender como os seres humanos e suas instituições vieram a ser o que são atualmente, “(...) como pode acontecer que agora é assim” (GADAMER, 2008, p. 37). Assim, o conceito de “tradição” pode ser alinhado ao método genealógico, nos termos em que se busca colocá-lo, na medida em que ambos buscam revelar a historicidade nos objetos colocados sob análise, ainda que sob visões distintas, dado que os conceitos de história em Gadamer e Foucault não se dialogam diretamente, ainda que possam revelar esse ponto de contato na questão da busca da historicidade do objeto.

⁷ A utilização do termo *corpus* para designar o conjunto das fontes utilizadas, é mais habitual nas análises de conteúdo do discurso. Nesse sentido, o *corpus* pode ser definido como “o conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos” (BARDIN, 2011, p. 126). Como o método genealógico aqui proposto procede a uma certa análise qualitativa de discursos sobre os institutos investigados, utiliza-se também esse conceito de *corpus* por analogia. Porém, dadas as necessidades distintas que uma genealogia impõe, os procedimentos de formação do *corpus* não se limitam estritamente aos que seriam exigidos para uma análise de conteúdo do discurso. Antes, estes procedimentos são adaptados às necessidades do método genealógico.

A partir daí, foram buscadas outras fontes, relevantes para confrontar a tarefa das genealogias colocadas (tanto do estado de exceção, quanto do direito de resistência). Quanto à pertinência das fontes à temática do estado de exceção, se impunha a utilização, para a delimitação desse *corpus*, de um conceito provisório de estado de exceção. Assim, a definição provisória do que é um estado de exceção é que este corresponde à criação de uma competência extraordinária (seja através da concentração de poderes já existentes ou pelo surgimento de novos poderes através da suspensão de limitações ao poder), sob uma justificativa supostamente temporária (mas nem sempre temporalmente limitada) e vinculada a uma finalidade de suposta defesa da ordem constituída (ainda que se vislumbre, por vezes, que o uso do estado de exceção ameaça à integridade da Constituição mais do que a protege). Então, tendo esse conceito amplo por ponto de partida e sendo este corrigido ao longo do desenvolvimento, procedeu-se a leitura de fontes variadas para reconstruir a genealogia do estado de exceção, a partir dos discursos sobre este instituto em suas mais variadas formas.

Sobretudo, dado que a proposta aqui colocada é genealógica, antes do que arqueológica, no sentido de Foucault, foi necessário buscar fontes que permitissem reconstruir não apenas o “arquivo” dos discursos, mas também identificar as práticas associadas com os institutos do estado de exceção e do direito de resistência.

Nesse trabalho, a versão de método genealógico utilizada busca identificar as origens de uma determinada prática (no caso, da prática de determinados institutos jurídicos como o estado de exceção e o direito de resistência), por meio da análise qualitativa dos discursos sobre essas práticas. Os discursos a serem analisados, que no caso do presente trabalho são todos em formato textual, foram selecionados seguindo como critérios: a proximidade temporal e espacial com a realidade em que se deu a prática observada através dele; a importância do texto para o estabelecimento da prática na época contemporânea a ela; os efeitos que o texto teve sobre práticas temporalmente posteriores. Com isso, a genealogia discursiva foi feita com a análise de textos tão contemporâneos das práticas normativas juridicamente estruturadas (aqui denominadas “institutos jurídicos”) quanto possível. Porém, jamais esquecendo que os discursos se constroem e chegam à atualidade através de uma longa cadeia de interpretações que forma sobre eles uma tradição, não se deixou de analisar simultaneamente as interpretações posteriores daqueles institutos, para

verificar de que modo impactaram na tradição jurídica subsequente. Assim, pretende-se alcançar a genealogia da prática de poder que constitui o estado de exceção (bem como outros institutos a ele comparados) através da história dos discursos efetuados sobre o instituto e da reconstrução das práticas correspondentes.

Assim, tem-se a consciência de que, além dos discursos a nível normativo ou teórico, é preciso estar atento para como estes se articulam com as práticas a nível empírico. Para que um instituto normativo possa ser implantado de maneira a adquirir força na realidade concreta, é de grande valia que a norma possa ser reconduzida a práticas sociais anteriormente ocorridas, vinculando a norma à uma tradição e dando-lhe conteúdo social, uma vez que o Direito não cria práticas sociais por si, apenas relaciona-se normativamente com as práticas existentes através de sua permissão, obrigação ou proibição. Portanto, para que um instituto normativo possa ser implantado de maneira a adquirir força na realidade concreta, é de grande valia que a norma possa ser reconduzida a práticas sociais anteriormente ocorrentes, vinculando a norma à uma tradição e dando-lhe conteúdo social. Assim, se está trabalhando com as instituições como sendo formadas não apenas por um discurso jurídico, mas também por práticas sociais que adquirem um certo sentido normativo na sociedade. A busca por “práticas normativas” prévias como condição para a possibilidade de realização de instituições jurídicas se dá na medida em que a simples proposição de princípios normativos, isolados de práticas sociais, pode ser inócua, a menos que possa vincular-se a valores já existentes na sociedade, expressos em práticas sociais existentes.⁸ Daí que para colocar-se uma possibilidade de realização de uma instituição no plano normativo (como o direito de resistência enquanto controle do estado de exceção, no presente caso), é preciso buscar, na realidade histórico-social dada, práticas sociais nas quais se possa encontrar o reconhecimento dos valores necessários ao exercício da instituição normativa proposta.

⁸ Essa compreensão é em grande medida inspirada por Honneth, no que diz respeito ao reconhecimento de práticas sociais como instituições e quanto à necessidade de vinculação entre normatividade e a estrutura social dada (HONNETH, 2014, p. 13-25). Porém, não se adota o método da reconstrução normativa proposto pelo autor. O método da reconstrução normativa de Honneth busca valores na institucionalidade social dada com foco no presente, ao passo que o método genealógico aqui proposto busca na historicidade das instituições jurídicas analisadas o potencial normativo buscado, com foco no passado (ainda que como “via de acesso ao presente”).

Por este motivo, a hipótese do trabalho, quanto à possibilidade de controle do estado de exceção pelo direito de resistência, constitucionalmente positivado, demanda mais um momento de análise, para além das genealogias. Faz-se necessário verificar a presença de práticas de resistência com sentido normativo em um dado contexto histórico, para que se possa afirmar esse potencial do direito de resistência enquanto instituição juridicamente reconhecida. Do contrário, o simples reconhecimento jurídico da instituição poderia resultar vazio de sentido, socialmente falando.

Assim, o presente trabalho encontra sua estrutura. O primeiro capítulo é dedicado à descrição de uma genealogia do estado de exceção. Com a compreensão dessa genealogia, confrontam-se as questões teóricas que daí surgem. Logo após, no segundo capítulo, são analisados alguns outros possíveis mecanismos de controle do estado de exceção, nos institutos do escrutínio legislativo das medidas de exceção, do controle jurisdicional por tribunais e do direito de resistência constitucional. A seguir, procede-se a uma genealogia do direito de resistência, para melhor compreendê-lo, em razão de que este apresenta uma possibilidade de controle historicamente vinculada ao estado de exceção, como se pretende demonstrar, que traz com isso um grande potencial enquanto base normativa para determinadas práticas. No terceiro capítulo, busca-se verificar a realização de práticas sociais que possam preencher e dar concreção à essa categoria jurídica do direito de resistência como controle do estado de exceção, fornecendo substrato empírico, a partir de uma análise da historiografia brasileira, para uma genealogia prática do confronto à exceção por meio de práticas de resistência. A proposição teórica é então colocada à prova através da análise de acontecimentos na história do Brasil, colocando em teste para essa dada realidade o que foi desenvolvido em teoria nos capítulos anteriores.

Uma vez estabelecidos os elementos metodológicos e a estrutura do presente trabalho, pode-se passar sem mais delongas ao desenvolvimento. Inicia-se, assim, pela apresentação da genealogia do estado de exceção, desde suas origens mais remotas.

1 DEFININDO O ESTADO DE EXCEÇÃO

1.1 GENEALOGIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

1.1.1 A Ditadura: Origens do Estado de Exceção da Antiguidade e Idade Média até o Início da Era Moderna

O registro mais antigo no ocidente de algo com características de estado de exceção surge durante a antiga República Romana, na forma da *Dictadura*. Apesar do termo “ditadura” ser utilizado na atualidade como sinônimo de autoritarismo, esse é um significado muito recente, adotado principalmente após a primeira guerra mundial, como resultado de uma reação contrária ao governo socialista instaurado na Rússia e aos regimes fascistas e nazista na Europa, em que se buscava caracterizar esses governos e regimes como ‘ditaduras’ opondo-se às ‘democracias’ (BOBBIO, 1986, p. 155). Quanto à Rússia, em grande parte, isso se deveu ao próprio papel que o conceito de “ditadura do proletariado” foi tomando ao longo do processo de estabelecimento do regime soviético.⁹ Quanto ao regime nazista, neste sim, há uma associação mais direta, visto que a ascensão de Adolf Hitler ao poder se consolidou por meio de um uso continuado do art.48 da Constituição de Weimar, que previa uma concentração de poderes ao presidente do *Reich* em casos de emergência, e que foi associado por Carl Schmitt, como todo o conceito de estado de exceção (*Ausnahmezustand*), à Ditadura Romana (SCHMITT, 1999). Porém, anteriormente à criação dessa dicotomia democracia-ditadura, o termo “ditadura” não possuía a carga valorativa negativa que tem hoje. Nem tampouco a ditadura era contrastada como o contrário da democracia, sendo que era por vezes associada intrinsecamente com a

⁹ Não se pode falar em nenhuma conexão intrínseca entre o pensamento marxista (pelo menos até então) e a ideia de ditadura, visto que esta expressão é utilizada apenas uma única vez em todas as obras de Karl Marx, na Crítica ao Programa de Gotha: “Entre a sociedade capitalista e a comunista situa-se o período de transformação revolucionária de uma na outra. Correspondendo também a um período de transição política, cujo Estado não pode ser outro senão a ditadura revolucionária do proletariado”. “*Zwischen der kapitalistischen und der kommunistischen Gesellschaft liegt die Periode der revolutionären Umwandlung der einen in die andre. Der entspricht auch eine politische Übergangsperiode, deren Staat nichts anderes sein kann als die revolutionäre Diktatur des Proletariats*” (MARX, 1891, p. 28). Marx não desenvolve essa ideia, nem tampouco ela ressurgiu em nenhum outro momento de sua obra, de tal modo que a ditadura do proletariado permanecerá um conceito sem importância, pelo menos até a sua adoção no discurso socialista ao longo do século XX.

democracia, como sendo uma parte necessária desta e um de seus diferenciais frente a outras formas de governo. Assim, o significado do termo ditadura, previamente ao período entreguerras e pelo menos até a década de 1960, tem um significado bastante distinto do atual, significando diversas formas de concentração emergencial de poderes, em várias estruturas de governo na história ocidental, todas elas remontando à *Dictadura* romana.

A *Dictadura* romana surge como um mecanismo de concentração de poderes destinada a solução de situações específicas. O que a *Dictadura* implicava no sistema político romano é tema de um debate que atravessa praticamente toda a história do ocidente, desde os próprios juristas romanos até Giorgio Agamben na atualidade, entre tantos outros. Parece seguro afirmar, porém, que a *Dictadura* implicava na concentração, em um único cidadão romano, de uma série de poderes e competências que normalmente pertenceriam a vários magistrados diferentes. A principal característica do ditador romano é essa concentração de poderes, os quais não chegam a ser extraordinários, pois são exercidos por outros magistrados no restante do tempo, porém só ocorrem conjuntamente no cargo do ditador.¹⁰ Assim, o ditador era um magistrado extraordinário, que concentrava extraordinariamente funções ordinárias. Não era, tampouco, a única magistratura extraordinária, vez que na história romana também se registram como “magistraturas supremas extraordinárias” os *decemviri* (literalmente “dez homens”, que substituíram os cônsules nos anos 451-450 a.C.) e os *tribuni militum consulari potestate* (cargos exercidos colegialmente que, diferente do consulado, eram acessíveis a plebeus, e podiam substituir o consulado por decisão do Senado, entre 444 e 368 a.C.), além da ditadura (BURDESE, 1966, p. 68).

Segundo Mommsen, anteriormente ao termo *dictadura*, o cargo com as mesmas funções era denominado *magister populi*, “mestre do exército” na tradução

¹⁰ Mesmo Manoel Ferreira Filho, que define a ditadura romana como uma “magistratura extraordinária” (FERREIRA FILHO, 1964, p. 31), entende que ainda assim não se criavam poderes extraordinários, havendo apenas a concentração de poderes que pertencem, originariamente, às magistraturas ordinárias. “A proclamação da ditadura operava a confusão em favor de um só poder, que ordinariamente se dividia pelas várias magistraturas em geral colegiadas” (FERREIRA FILHO, 1964, p. 32-33). Logo, a magistratura era extraordinária, bem como o era a concentração, porém os poderes concentrados eram ordinários.

de Mommsen (MOMMSEN, 1942, p. 224).¹¹ De acordo com esse romanista, a ditadura surgiu com o consulado, e tinha a guerra como motivação de seu desenho institucional, pois buscava evitar temporariamente desvantagens que o poder dividido entre os Cônsules causava em situações de guerra (MOMMSEN, 1911, p. 252).

A primeira vez que se nomeou um ditador em Roma é tema controverso, porém parece ter ocorrido logo nas primeiras décadas da República, por volta do ano 500 a.C.. Segundo o historiador romano Tito Lívio, a primeira vez que se nomeou um ditador em Roma se deu por causa de um tumulto, causado pelo rapto de algumas mulheres romanas por alguns jovens sabinos, que resultou em uma briga entre sabinos e romanos, e que ameaçava ser o estopim de uma guerra entre Roma e vários povos vizinhos; diante disso, foi eleito o ditador, de acordo com o direito já vigente (LIVIUS, 1955, p. 104-105). É certo que o romano Tito Lívio via na ditadura uma medida que obrigava uma obediência maior do que a República normalmente poderia comandar, uma vez que os cidadãos poderiam recorrer da decisão de um cônsul ao outro, e da decisão de qualquer deles ao juízo popular (LIVIUS, 1955, p. 105). Por esse motivo, a grande diferença da ditadura para as outras magistraturas romanas era, na visão de Tito Lívio, a ausência de colegialidade e a irrecorribilidade da decisão. De fato, o enfoque romano na irrecorribilidade como forma de manter a disciplina militar se expressa significativamente nos primeiros anos da República romana, tanto que a Lei Valeriana, que instituiu a recorribilidade das decisões penais e a proibição de determinadas penas contra o cidadão romano, no mesmo ano da fundação da República, excluía de forma expressa e excepcional a recorribilidade de decisão pronunciada em sede de direito militar (MOMMSEN, 1911, p. 248).¹²

Sobre a forma de escolha do Ditador, há duas versões conflitantes. Mommsen sustenta que o Ditador era escolhido por um dos Cônsules, sem consulta a

¹¹ *Magister Populi* seria mais habitualmente traduzido por “mestre do povo”. Deve-se lembrar, no entanto, que povo e exército coincidiam na primeira fase da República romana, visto que a participação no exército era condição para a cidadania em Roma, e que aqueles que não eram cidadãos não eram considerados como parte do “povo romano” propriamente. *Dictator*, por sua vez, também possui conotações militares, pois significa “aquele que dita”, quem expede comandos, ou seja, um comandante.

¹² O termo utilizado na tradução inglesa é “*martial law*”, mas não se trata de uma referência à regulação de estado de exceção utilizada no Direito britânico moderno, pois diz respeito às sentenças originadas de crimes militares. Ainda assim, a atual nomenclatura de *Martial Law* nos países da tradição do *Common Law* tem vinculações com o direito militar, que tem uma relação muito própria com o estado de exceção nesses países, o que contém certos reflexos desta tradição romana.

comunidade, e que isto limitaria a duração da ditadura à do mandato consular (MOMMSEN, 1911, p. 252).¹³ Já segundo o romano Tito Lívio, a ditadura era declarada por uma eleição, na qual votavam os consulares, isto é, aqueles cidadãos romanos que já haviam sido cônsules, e que podiam apontar qualquer cidadão (LIVIUS, 1955, p. 105). Muitas vezes, porém, escolhiam um dos dois cônsules contemporâneos para evitar o constrangimento que era causado pela criação do ditador, praticamente uma prova da incompetência do cônsul para gerir os assuntos de estado ou de “temor” e “desconfiança” das atitudes dos cônsules (LIVIUS, 1955, p. 105). De qualquer maneira, essa criação do ditador só era realizada diante da existência de um *tumultum*, isto é, de uma perturbação à ordem política instaurada da República na cidade de Roma, normalmente representada por uma guerra ou ameaça estrangeira, e em um momento posterior, mesmo por alguma rebelião.

Além disso, havia uma certa percepção de que existiam limitações legais aos poderes do ditador, as quais podiam causar acusações que pressionassem pela renúncia do ditador.¹⁴ Mesmo Mommsen, que acredita que o ditador possuía a plenitude do poder, reconhece que este se limitava factualmente a exercer “faculdades determinadas” (MOMMSEN, 1942, p. 224).

Por fim, destaca-se que, usualmente, os ditadores declinavam seus poderes assim que cessava a causa do *tumultum*. Quase todos os que ocuparam o cargo de ditador renunciaram assim que cessou o tumulto para o qual foram comissionados, ou ainda antes, quando acusados seriamente pelo Senado. Assim, este cargo era limitado temporalmente, sendo uma importante característica da ditadura romana a temporariedade. Apenas extraordinariamente parecem ter sido levantadas questões quanto à duração do mandato ditatorial. Via de regra, o prazo era fixo de maneira clara.

¹³ Mommsen reconhece que a ditadura era limitada temporalmente a seis meses, além do mandato consular (MOMMSEN, 1911, p. 205). Assim, o ditador deveria renunciar de seu cargo dentro de seis meses ou ao fim do mandato consular, o que viesse primeiro, segundo essa interpretação de Mommsen.

¹⁴ Isso pode ser observado no exemplo da ditadura de Marcos Menênio, um ditador de origem plebeia a quem foi conferido um poder de investigação sobre quem se suspeitasse que pretendia ascender ao consulado por meios que não os ordinários em Roma. Menênio foi acusado pelos nobres, com base em que “tal autoridade era dada ao ditador contra a lei”, e acabou renunciando do cargo e sendo submetido ao “julgamento do povo” que, no entanto, o absolveu (MAQUIAVEL, 2007, p. 26).

A *dictadura* foi, durante séculos, uma prática política funcional para a defesa da soberania da cidade (especialmente nas guerras contra outros povos da península itálica) e manutenção da ordem (especialmente da estrutura de classes) em Roma. De fato, nos primeiros anos da República, os ditadores normalmente atuavam diretamente no campo de batalha, comandando as tropas, mais do que na cidade (LIVIUS, 1955, p. 104-108). O ditador surge, nesse período, como um comandante militar extraordinário, o qual é excetuado da colegialidade em defesa de uma maior disciplina no exército. A situação se complica quando surgem os conflitos de classes dentro da cidade de Roma. Após a garantia da autonomia da República romana contra os demais povos da região, os plebeus que lutaram nessas guerras se revoltavam contra a escravidão por dívidas em Roma (LIVIUS, 1955, p. 109). Muitas das dívidas haviam sido contraídas pelos plebeus justamente pela destruição causada pelas guerras. Diante da escalada do conflito de classes, que ameaçava não apenas a estrutura de classes, mas também a defesa militar da cidade ainda em guerra com os povos vizinhos, o Senado patrício resolveu que era necessário criar um ditador contra os plebeus dissidentes (LIVIUS, 1955, p. 115-116). Essa ditadura representa, assim, um momento inaugural de militarização da política em Roma, sendo a primeira vez que uma medida criada para a defesa contra a agressão de inimigos (externos à comunidade política) é voltada contra integrantes da própria comunidade política. De fato, a ameaça externa foi rechaçada às custas da disciplina imposta pelo ditador Manius Valerius. O Senado, porém, pretendia também manter a escravidão por dívidas inalterada e que Manius Valerius continuasse ditador para isso. Apesar disso, este renunciou à ditadura, pois já havia cumprido a missão militar e não pretendia combater a sedição dos plebeus, que de fato veio a ocorrer e resultou na criação do cargo dos Tribunos da Plebe em Roma. A ditadura, porém, já havia se tornado um meio de reprimir dissidências em Roma, tanto mais porque, usando do argumento da guerra externa como motivo para reprimir discordâncias internas, Roma permaneceria permanentemente em guerra até quase a sua decadência. Essa transformação proposital da política interna em conflito bélico, tratando-se os membros da comunidade política como inimigos internos, permanecerá como um forte elemento presente nas variadas regulamentações do estado de exceção ao longo da história.

Porém, o temor de que a ditadura fosse abusada, especialmente no contexto dos conflitos políticos internos, foi cercando a declaração da ditadura de formalidades

e limitações, ao final das quais o ditador romano foi reduzido a um magistrado temporário, responsável por funções rituais apenas. Um fator que parece ter contribuído para essa perda da funcionalidade da ditadura foi a submissão da escolha do ditador aos Comícios, durante as Guerras Púnicas (MOMMSEN, 1942, p. 224). Ocupando o lugar da *dictadura*, o Senado passou a adotar a prática do *senatus consultum ultimum*, isto é, uma proclamação do Senado, que recebia seu nome por ser a última medida a ser adotada, porquanto mais extrema, para a defesa da República. O *senatus consultum ultimum* era uma medida muito semelhante à ditadura, que o precedeu, porém não criava um magistrado extraordinário, como fora na ditadura, mas concedia poderes extraordinários ao Cônsul, que era um magistrado ordinário.

Com o golpe de Otaviano, que converteu Roma em um Principado monárquico, a instituição da ditadura e os poderes consulares por *senatus consultum ultimum* desapareceram da estrutura política romana. Isso porque o Imperador possuía todos os poderes nessa fase da história política romana. Não havia necessidade de concentrar poderes para as situações excepcionais, uma vez que esses poderes já se encontravam concentrados normalmente na figura do Imperador. Partindo dessa ótica, alguns autores afirmam que a ditadura foi a causa ou o instrumento de conversão da República romana em Principado. Porém, tal posição pode ser confrontada diante do fato de que Otaviano nunca foi ditador, tomando diretamente o posto de Imperador, com o título 'Augusto'. Mais além, a própria ditadura era um mecanismo cujo valor era justamente garantir, à República aristocrática, a flexibilidade da monarquia que lhe precedera. Com o desaparecimento da República em Roma, também o instituto da ditadura foi posto de lado. O conceito de ditadura só retornaria com força ao pensamento político na Renascença, com o surgimento de novas repúblicas, em especial nas cidades-estados italianas.

Porém, na Idade Média surgira uma outra instituição que é relacionada por alguns autores ao estado de exceção: os *comissarii soberani*, comissários do poder real (FRIEDRICH, 1968, p. 560). *Comisarii Soberani* eram funcionários a serviço dos monarcas na Europa medieval, especialmente nas regiões que hoje correspondem à Alemanha. Eram funcionários nomeados pelos monarcas com uma missão específica (daí seu nome de Comissários), para a qual podiam usar de meios irrestritos, isto é, de plenos poderes. Esses plenos poderes significavam que os Comissários poderiam

usar de todos aqueles poderes para os quais o monarca que os nomeou possuía competência. Tanto o faziam, que alguns Comissários criavam quase reinos próprios nas regiões enquanto perdurava a comissão, submetendo as populações locais ao seu domínio.¹⁵ Esses funcionários “delegados” ou “comissários”¹⁶ eram, essencialmente, executores de alguma missão, que lhes era incumbida pelo monarca. Constituíam cargos temporários e dependentes da sanção real, portanto tinham como limite único a instrução do monarca, a qual poderia ser ampla ou estreita. De tal modo, diante de instruções amplas o suficiente, englobavam o poder de suspender e desfazer o direito (FRIEDRICH, 1968, p. 559). As ações desses comissários eram avaliadas apenas tecnicamente, na sua capacidade de alcançar os fins comissionados, de acordo com a razão de estado (FRIEDRICH, 1968, p. 560). Por óbvio, o comissário não podia ser possuidor da mesma irresponsabilidade que acompanhava as premissas de infalibilidade do monarca, sendo, portanto, um meio do monarca exercer um extremo poder sobre o reino, mantendo a possibilidade de responsabilização do Comissário como “zona de amortecimento” que protegia a autoridade monárquica do desgaste da prática real da violência e do poder.¹⁷ Mesmo o Monarca detendo a totalidade dos poderes e da autoridade, costumava exercer esse poder indiretamente, tornado responsáveis seus comissários, os quais eram possuidores de plenos poderes (*plenitudo potestatis*), segundo a expressão medieval típica.

A expressão “plenos poderes” se origina no Direito Canônico, e designava a competência de um membro da igreja designado pelo Papa para uma determinada missão, normalmente de fundo diplomático, e cujos atos eram todos tomados em

¹⁵ Um bom exemplo desse domínio, que muitas vezes chegava a níveis absurdos, são os abusos de poder dos prepostos austríacos contra os *Waldstätten* suíços, no final do século XIII, os quais adquiriram praticamente um “poder soberano próprio” por cima dos monarcas austríacos (FEHR, 1949, p. 15).

¹⁶ O fato de os termos ‘comissário’ e ‘delegado’ sobreviverem no uso brasileiro da linguagem portuguesa atual como forma de designar certos postos de comando na polícia não apresenta uma necessária conexão genealógica com esse instituto, mas não pode tampouco ser ignorada de todo como uma simples coincidência. Agamben demonstra a proximidade intrínseca entre as figuras da soberania e da exceção com a da polícia, enquanto figuras que apresentam uma indistinção entre direito e violência (AGAMBEN, 2015, p. 97-99).

¹⁷ Nesse aspecto, o Comissário Real expressa de maneira clara aquela “estrutura dupla” de “elementos heterogêneos” que forma o direito, em uma “tensão” entre *potestas*, o poder exercido de fato, pela força; e *auctoritas*, a autoridade que não tem força, mas é usada para legitimar a força (AGAMBEN, 2010, p. 154). Toda a análise de Agamben do estado de exceção conduz ao delineamento da dialética *auctoritas-potestas*, no qual se centra a compreensão de Agamben sobre o Direito.

nome do Papa. O Direito Canônico foi praticamente o “laboratório” de testes do que viria a ser o direito público na Europa, onde se desenvolveram vários conceitos, inclusive o de *plenitudo potestatis*, isto é, os “plenos poderes” (AGAMBEN, 2010, p. 30). Com a passagem dos plenos poderes do plano eclesiástico para o plano dos Estados monárquicos, na figura dos *Comisarii Soberani*, os monarcas europeus adquiriram uma ferramenta jurídica útil para exercer um forte governo centralizado sobre seus reinos. Tanto mais que poderiam aplicar ilimitadamente seu poder, sem que com isto houvesse um desgaste da imagem de autoridade, pois o Comissário poderia ser deposto, mantendo a imagem real intacta. Essas figuras jurídicas dos *comisarii soberani* foram sendo progressivamente incorporadas na burocracia estatal dos Estados europeus modernos em formação. A distinção se tornou irrelevante com o tempo, sendo abandonada de todo. Porém, os plenos poderes são importantes na teoria do estado de exceção, visto que Carl Schmitt vê neles um retorno a um “estado kenomático” (sem normas, uma espécie de vazio jurídico) do exercício de poder, onde este não é separado, como se fosse um retorno ao estado de natureza (AGAMBEN, 2010, p. 30). Schmitt dá importância a estes comissários, que até então não eram relacionados por nenhum teórico com o estado de exceção, porque acredita ver na comissão (*comissio*) a origem de poderes extraordinários, quer dizer, da transmissão de poderes jurisdicionais a alguém que não os deteria na normalidade (SCHMITT, 1999, p. 79).

Deve-se observar, porém, que isso representava simplesmente uma faculdade dos monarcas absolutos de dispor dos cargos, com fundamento na própria soberania, sendo demasiado exagerada a conclusão de Schmitt de que estes comissários seriam um ponto genealógico que dá origem aos poderes extraordinários do ditador. A *plenitudo potestatis* é, de fato, um dos principais instrumentos de que os monarcas europeus puderam se valer para romper a hierarquia feudal e estruturar os estados nacionais como soberanos absolutos (SCHMITT, 1999, p. 78). Porém, é antes uma expressão da teoria da soberania que foi construída à época, na qual o Soberano é o monarca, nunca o comissário, de modo que pouquíssima relação pode ter com o estado de exceção, uma vez que se trata de um repasse de poderes (ao invés de uma concentração) e que os comissários não possuem poderes verdadeiramente extraordinários, mas apenas uma parcela daqueles que possui o monarca que os nomeia. Além de Schmitt, o único autor que vislumbra nos comissários reais um papel

na genealogia do estado de exceção é Carl Friedrich. Porém, pode-se notar da própria estrutura das considerações de Friedrich sobre a história estado de exceção uma influência, para não dizer um reflexo exato, da estrutura proposta por Schmitt em *A Ditadura*, ainda que sem ocorrer a citação direta. Por esse motivo, Agamben afirma que a obra de Friedrich “utiliza mais da teoria schmittiana da ditadura do que dá a entender” (AGAMBEN, 2010, p. 33).¹⁸ Assim, salvo por esse interesse de Schmitt em definir uma distinção entre Ditadura Comissária e Ditadura Constituinte, não há qualquer motivo para considerar-se os comissários reais como formadores da genealogia do estado de exceção. Coloca-se aqui, assim, uma crítica à genealogia de Schmitt, o qual inseriu estruturalmente o papel dos comissários reais na sua história do estado de exceção para fazer da comissão do ditador uma autorização ilimitada, quando ilimitados são apenas os poderes do monarca absolutista, por vezes transferidos a seus comissários. A comissão de um ditador, na república romana, é totalmente distinta da comissão desses comissários monárquicos, na passagem do feudalismo ao absolutismo. Ambos, porém, seguem limitados, se não em seus poderes, ao menos pela vontade de seus comitentes, qual seja, o monarca ou o Senado. Ultimamente, a vinculação proposta por Schmitt falha em seu objetivo, vez que não apresenta outra coisa que a limitação dos poderes dos comissários e sua submissão à vontade do verdadeiro soberano.¹⁹

Paralelamente a este movimento que ocorria nos países monárquicos da Europa, ocorria outra movimentação fundamental para a compreensão do estado de exceção. Durante o final da Idade Média e o início da Era Moderna, ressurgiram na Europa formas não-monárquicas de governo, como aristocracias e democracias, que formavam o que hoje podem ser denominadas Repúblicas. A maior parte era formada

¹⁸ “*El libro de Friedrich utiliza mucho más de lo que da a entender de la teoría schmittiana de la dictadura, que en cambio el autor liquida como “un tratadito de parte”*”.

¹⁹ Aliás, é levado a reconhecer que, pelo menos no caso destacado do generalato de Wallenstein, nem o próprio Imperador usava de poderes excepcionais (SCHMITT, 1999, p. 129-131). Que a palavra “ditador” fosse por vezes usada (de maneira muito rara, diga-se de passagem) para se referir a Wallestein (SCHMITT, 1999, p. 113) e aos *intendants* da França monárquica (SCHMITT, 1999, p. 135) não significa muita coisa. O emprego do termo em tais contextos não diz respeito a uma ditadura nas formas romanas de concentração de poderes, mas no máximo refere ao papel de comando militar exercido por esses comissários. Essa ambiguidade marca, quando muito, uma ressurgência ocasional do sentido latino primitivo do termo *dictator*, de “aquele que comanda” o exército, sem maiores sentidos para a genealogia do estado de exceção e da Ditadura em sentido próprio. Para esse sentido linguístico primitivo da palavra *dictator*, cf. *supra*, p. 15, nota 2.

por cidades-estados (em especial na península itálica) ou por confederações de cidades (especialmente nos Alpes, onde viriam a formar a atual Suíça), quase sempre em pequena escala. Correspondentemente, dessas experiências republicanas surgiu a necessidade de soluções e arranjos políticos distintos daqueles monárquicos. Se as monarquias, tanto medievais quanto modernas, buscaram inspiração para seus arranjos legais no Direito Romano do período imperial, as repúblicas foram buscar inspirações e ferramentas jurídicas no acervo do Direito Romano do período republicano, pré-imperial. Talvez o mais relevante e um dos primeiros autores a fazer esse resgate foi Maquiavel. Nos *Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, Maquiavel analisa a história romana, a partir sobretudo dos registros do romano Tito Lívio, para buscar inspirações e soluções para diferentes desafios do governo, em especial do governo das repúblicas. Uma das principais preocupações de Maquiavel nos discursos é a salvação das repúblicas frente às crises. A solução apontada por Maquiavel como mecanismo de resposta à essas crises é, em boa medida, a ditadura romana. Maquiavel acredita que a ditadura, em meio a certas crises do Estado republicano, pode não apenas salvar como também regenerar o próprio Estado e a República (MAQUIAVEL, 2007, p. 106-109). Para tanto, porém, não basta a ditadura apenas, mas também joga um grande papel a *virtú*, tanto do povo quanto do ditador.

Muito depois, Rosseau, nascido na República de Genebra, onde o governo republicano ressurgira com força, na modalidade democrática, é outro que se volta às raízes romanas em busca de soluções para as repúblicas. Um dos institutos que Rousseau reencontra na história romana é justamente a ditadura, merecedora de um capítulo no seu *Contrato Social*. A preocupação de Rousseau é impedir que a “inflexibilidade das leis” leve à “perdição do estado”, pois há situações que “a lei não pode prever” (ROUSSEAU, 1964, p. 277). Apesar de uma referência a que “a própria Esparta deixou dormir as suas leis”,²⁰ o exemplo de Rousseau para como essa suspensão das leis para a “salvação da pátria” deve ocorrer está na história romana. Rousseau analisa a história para concluir que o uso excessivo da ditadura no começo da república romana havia desvalorizado a instituição, não pelo abuso, mas pela “aviltação” (*avilissement*) do uso da ditadura para tarefas banais que tornavam a

²⁰ “*Sparte elle-même a laissé dormir ses loix*”.

instituição menos temível nos tempos de necessidade (ROUSSEAU, 1964, p. 278-279). Porém, Rousseau censura, no fim da república romana, o pouco uso da ditadura, que poderia ter salvado o estado republicano sem colocar Roma em risco. Por fim, censura o Senado por ter entregue todo o poder aos cônsules, ao invés de a um ditador, usando o exemplo de Cícero, que foi ao mesmo tempo louvado como salvador da pátria e responsabilizado por ter cometido mortes para isso (ROUSSEAU, 1964, p. 280). Com base na experiência romana, Rousseau concebe duas formas para o problema das crises do estado que não podem ser previstas em lei. Uma é exemplificada pelo *senatus consultum ultimum*, quando basta “aumentar a atividade de governo” (*augmenter l’activité du gouvernement*) para afastar o perigo e concentra-se o governo em um ou dois homens, mudando a administração das leis sem alterar a autoridade das leis (ROUSSEAU, 1964, p. 278). A outra forma seria aquela em que as leis seriam um obstáculo a seu próprio cumprimento, logo, seria necessário nomear um chefe supremo (*chef suprême*) que suspenda as leis bem como a autoridade soberana (*l’autorité Souveraine*). Forma esta que Rousseau entende ser exemplificada pela ditadura, a qual não abole as leis, mas “pode fazer tudo, menos leis” (“*il peut tout faire, excepté des lois*”) (ROUSSEAU, 1964, p. 278).²¹ Rousseau destaca, por outro lado, determinadas cautelas a serem tomadas com relação à ditadura: que a duração seja de um mandato muito curto e não possa ser prolongada, para evitar que a ditadura se torne “tirânica e vã” (*tyrannique ou vaine*), lembrando

²¹ Essa interpretação de Rousseau quanto à ditadura romana, em que esta aparece com funções de suspensão, não pode ser tomada de plano como precisamente representativa do instituto romano. A existência da suspensão do Direito na Ditadura romana é questionável, não sendo corroborada nas fontes contemporâneas ao uso do instituto. As relações entre ditadura e suspensão da norma são elaboradas mais adiante no presente trabalho, em conjunto com a questão do *iustitium*. Assim, cf. p. 104 *et seq.* Há que se apontar, também, que talvez o impedimento, implicado na Ditadura, da *intercessio* (apelação da decisão para um outro magistrado) e da *provocatio ad populum* (apelação de sentenças penais aos comícios populares), poderia aparentar ser uma forma de suspensão do Direito. É nesse que Manoel Ferreira Filho, por exemplo, pretende ver um efeito de suspensão normativa na Ditadura romana (FERREIRA FILHO, 1964, p. 34). Porém, deve-se notar que isso é, antes, uma consequência do sentido geral de irrecorribilidade que permeia a ditadura romana, e que não se suspende propriamente o Direito que prevê esses recursos, vez que na verdade é apenas a competência para decidir que é retirada das “autoridades ordinárias” e concentrado no Ditador. Por mais que isso implique um impedimento, que dura o tempo da ditadura, não é uma suspensão, mas apenas uma impossibilidade de executar a norma. De outra parte, mesmo que se aceite que há uma suspensão, esta estaria limitada a essas ocasiões de recorribilidade, sendo por isso muito menos extensa do que pretende Rousseau. Certamente, a ditadura romana não atingia a própria soberania.

que os ditadores romanos tinham um prazo de seis meses e muitos renunciavam ainda antes ao cargo (ROUSSEAU, 1964, p. 280).

O fato de que Rousseau considera que a própria soberania é suspensa pela ditadura dá todo um novo sentido ao instituto, pois o ditador passa a ter quase todos os poderes sem possuir a autoridade para emitir leis. Ou seja, reconhece um fundamento para o poder que não está na legalidade, mas que não está também na simples necessidade do Estado, pois esta só ganha sentido porque pode-se presumir como sendo autorizada pela vontade geral.²²

Assim, a ditadura se apresenta como o grande foco do debate sobre estado de exceção na Idade Média até o início da modernidade, sendo entendida como um mecanismo essencialmente vinculado às repúblicas (democracias ou aristocracias) e capaz de realizar a salvação destas por meio de uma concentração temporária de poderes. Uma vez que não há, ainda, um conceito afirmado de constituição ou limitação do poder, o qual é exercido de maneira absoluta pelos reis nas monarquias e pelas assembleias nas democracias, não há também a ideia de suspensão do direito que se encontrará no momento tardio do estado de exceção, no século XX. Trata-se apenas de uma norma que causa uma redistribuição temporária de competências, e onde o ditador segue submetido ao Soberano que o institui, isto é, o povo (reunido fisicamente em assembleia).

Assim, o renascimento das formas republicanas de governo, em especial com o surgimento e expansão global da democracia representativa, trouxe consigo o renascimento da ditadura, como forma de assegurar a defesa desses regimes. O posterior desenvolvimento dos Estados-nação, governados por democracias representativas com sufrágio limitado, seria acompanhado por grandes transformações no estado de exceção. O principal desenvolvimento dessa nova fase será o surgimento do estado de sítio e suas aplicações.

²² «[...]nesse caso a vontade geral não é duvidosa, e é evidente que a primeira intenção do povo é que o Estado não pereça». «[...] en pareil cas la volonté generale n'est pas doutose, et il est évident que la premiere intention du peuple est que l'Etat ne périsse pas.» (ROUSSEAU, 1964, p. 278).

1.1.2 Estado de Sítio: A reinvenção do estado de exceção na Modernidade

O estado de sítio (*état de siège*) surge, originalmente, como uma definição militar a ser utilizada pelas forças armadas francesas, com base em um decreto da Assembleia Constituinte de 1791, para indicar que uma “praça de guerra” (povoação fortificada para a defesa militar) estava cercada, isto é, sitiada, por forças militares inimigas. Distingua-se entre um “estado de paz”, em que as autoridades civil e militar eram totalmente separadas e atuavam nas suas esferas típicas; “estado de guerra”, em que a autoridade civil e a militar deviam agir de maneira estrategicamente coordenada; e o “estado de sítio”, quando a autoridade militar assume as funções de polícia e segurança interna (AGAMBEN, 2010, p. 29). A definição de um “estado de sítio” implicava, portanto, que, na praça de guerra sitiada, os poderes de polícia eram transferidos ao exército, que assumia essas funções excepcionais determinadas para garantir a ordem com a finalidade de repelir o sítio o mais brevemente possível. Originalmente, era apenas aplicável a localizações estratégicas, como praças-fortes e portos, mas foi posteriormente expandida a qualquer cidade, em 1797, por duas leis sucessivas (AGAMBEN, 2010, p. 29).

Posteriormente, o estado de sítio se espalharia para legislações e Constituições em todo o mundo. O apelo político que leva a esse alastramento da regulamentação do estado de sítio não diz tanto respeito a essa situação militar, paradigma original e verdadeiro do conceito de estado de sítio, que pode ser denominada “estado de sítio efetivo” ou “estado de sítio real”. O que realmente motiva a adoção generalizada, nas Américas e na Europa, da regulamentação do estado de sítio é o uso deste contra situações de conflito interno, que não são propriamente militares, mas muito frequentemente políticas. Essa nova forma de exercer o estado de sítio, que podemos denominar de “estado de sítio fictício” ou “político” (AGAMBEN, 2010, p. 28), representa uma das mais significativas transformações no estado de exceção na história.²³ Para compreender como isto se deu, é necessário observar detalhadamente

²³ Ainda que houvesse na ditadura romana uma distinção formulaica entre a ditadura declarada para gerir a guerra com inimigos externos (*rei gerundae causa*) e aquela declarada para reprimir sedições (*seditiones sedandae causa*), essa diferença é apenas nominal, não se alterando em nada a essência do instituto entre uma causa e outra (FERREIRA FILHO, 1964, p. 32). Mais além, cf. *infra*, nota 23.

o surgimento do estado de sítio, e sua distinção entre efetivo e fictício, no direito público francês (AGAMBEN, 2010, p. 26).

O estado de sítio fictício (também chamado político) é, igualmente, uma criação francesa, baseada em um decreto de 1811, que permitia ao imperador da França declarar um estado de sítio “independentemente da situação efetiva de uma cidade atacada ou ameaçada diretamente por forças inimigas” (AGAMBEN, 2010, p. 29),²⁴ desde que o Imperador julgasse que havia a necessidade de ampliar as competências do poder de polícia aos militares na cidade. O estado de sítio era fictício, por isso, uma vez que não havia nenhuma força sitiando a cidade, mas se concediam os mesmos poderes aos militares nacionais como se a cidade estivesse sob sítio. A situação para a qual esse poder era usado era, evidentemente, a sufocação de movimentos políticos contrários ao Imperador. Evidencia-se, desde aqui, a militarização da política como característica marcante do uso do estado de sítio para “emergências internas”, isto é, o uso de forças e táticas militares como saída para conflitos internos à comunidade política.²⁵ A partir disso, o estado de sítio fictício tornou-se muito mais recorrente que o estado de sítio efetivo, tornando-se a principal forma de combater dissidências políticas e desordens internas no mundo ocidental.²⁶ Como diz Agamben:

²⁴ “*Se remonta a la doctrina francesa, en referencia al decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, que preveía la posibilidad de un estado de sitio que el emperador podía declarar, independientemente de la situación efectiva de una ciudad atacada o amenazada de forma directa por las fuerzas enemigas (...)*” (Grifei).

²⁵ Militarização da política esta que já havia surgido, ainda que de forma primitiva, na *dictadura* romana. cf. *supra*, p.17. Porém, ao passo que os exemplos romanos remetem, ainda, à ideia de preservar a disciplina interna para enfrentar ameaça militar externa, no estado de sítio há o tratamento do causador da “emergência interna” como inimigo bélico, mesmo sem que haja qualquer referência a uma ameaça externa.

²⁶ Há que se notar que o Estado de Sítio fictício tem se alargado de maneira significativa, até para além da emergência política propriamente dita. Ao longo do século XX, a ideia da emergência econômica vai se tornando cada vez mais destacada nas práticas de exceção. A tal ponto que grande parte das decisões fundamentais sobre política econômica no século passado e no atual foram tomadas graças a medidas excepcionais. Um exemplo é a ampliação dos poderes presidenciais com fundamento em “estado de emergência econômica” na Colômbia na década de 1960 (GARGARELLA, 2014, p. 230). Na Constituição venezuelana atual está presente até hoje a previsão do “estado de emergência econômica” (GARGARELLA, 2014, p. 316). Uma série de situações nos últimos séculos em que uma situação de “choque” causada por crises (econômicas, políticas ou ambientais) levou à adoção de políticas econômicas controversas à margem de qualquer participação democrática (KLEIN, 2008). Em que pese a categoria da urgência e o “choque” das crises terem sido utilizados para a imposição de políticas impopulares de viés “neoliberal”, nos casos abordados por Klein, a mesma crítica à utilização de poderes excepcionais oriundos de situações de emergência para impor uma política econômica também foi feita anteriormente por Friedrich Hayek, porém contra a inserção de traços de planejamento estatal na economia que vinha ocorrendo a partir do contexto emergencial das duas Guerras Mundiais (HAYEK, 1944, pp. 3, 211-13) . As afirmações de Klein e de Hayek não são conflitantes entre si, pois demonstram o uso de poderes de emergência para impor políticas econômicas, tanto no sentido de um Estado social quanto de um Estado liberal.

A história posterior do estado de sítio é a história do seu sucessivo emancipar-se da situação bélica à qual estava originalmente ligado, para ser usado como medida extraordinária de polícia frente a desordens e sedições internas, transformando-se assim de efetivo ou militar em fictício ou político (AGAMBEN, 2010, p. 29).²⁷

O papel do estado de sítio, na sua origem francesa, como defensor da ordem social e imposição do poder político da classe dominante, é refletido na crítica que Marx faz ao papel do estado de sítio para a criação do cenário do golpe de 18 Brumário:

O estado de sítio foi a parteira da Assembléia Constituinte em seus trabalhos de criação republicana. Se a Constituição foi subsequente liquidada por meio de baionetas, é preciso não esquecer que foi também por baionetas, e estas voltadas contra o povo, que teve de ser protegida no ventre materno e trazida ao mundo. Os precursores dos “respeitáveis republicanos” haviam mandado seu símbolo, a bandeira tricolor, em uma excursão pela Europa. Eles próprios, por sua vez, produziram um invento que percorreu todo o Continente, mas que retornava à França com amor sempre renovado, até que agora adquirira carta de cidadania na metade de seus departamentos – o estado de sítio. Um invento esplêndido, empregado periodicamente em tôdas as crises ocorridas durante a Revolução Francesa (MARX, 1978, p. 34)

O que Marx observa aqui é que a democracia parlamentar, conforme praticada na Europa no Século XIX (muitas vezes sob restrições censitárias e limites oligárquicos), apenas conseguia se afirmar contra a pressão dos setores politicamente excluídos da população através do uso do controle militar, pelo estado de sítio. De fato, sendo que a maior parte da população na Europa era excluída até mesmo do voto, inclusive pelas restrições censitárias do sufrágio, a pressão social causada por essa massa de excluídos políticos só poderia ser contida pela violência militar. Isso explica a rápida disseminação do estado de sítio na Europa. O conflito surgido da tensão entre a ampliação das liberdades civis e suas garantias nas constituições e a manutenção de liberdades políticas muito restritas exigia, para a continuação da

Ainda que com sentidos diferentes, está presente o mesmo movimento de aplicar a política por meio de poderes de exceção, evitando assim a maior oposição que essas políticas sofreriam para serem aprovadas por meios não extraordinários. No Brasil, não está menos presente a questão do estado de exceção econômico, sendo que até mesmo já foi defendida, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nos anos 1990, a inclusão de uma espécie de “estado de sítio econômico” na Constituição, o qual se denominaria “estado de crise econômica” e conteria além da suspensão de direitos fundamentais, a suspensão das limitações temáticas às medidas provisórias (FERREIRA FILHO, 1990).

²⁷ “*La historia posterior del estado de sitio es la historia de su sucesivo emanciparse de la situación bélica a la cual estaba originalmente ligado, para ser usado como medida extraordinaria de policía frente a desórdenes y sediciones internas, deviniendo así de efectivo o militar en ficticio o político*”.

estrutura social colocada, que essas liberdades e garantias civis fossem também restritas (preservando, porém, o exercício amplíssimo do direito de propriedade) para preservar-se a restrição dos direitos políticos, que mantinha a estrutura da democracia representativa com voto censitário, qualificada por Marx de “burguesa” em razão da classe social dos votantes.²⁸ Dito de outro modo, a massa de excluídos políticos, na medida em que recebia nominalmente as liberdades e garantias individuais, podia valer-se dessas como veículo para suas demandas de inclusão. Assim, para bloquear os avanços das demandas de inclusão política sem assumir explicitamente o caráter oligárquico excludente da estrutura de governo (ou seja, mantendo formalmente as declarações de direitos e liberdades), foram criados mecanismos que permitiam tornar sem efeitos as liberdades públicas no momento em que estas fossem direcionadas contra a ordem social estabelecida.

Não por acaso, em 1799, a Constituição francesa criada após o golpe de 18 Brumário inventa a suspensão da constituição, algo até então desconhecido no Direito. Com o tempo, esta invenção, criada para assegurar o poder político de Napoleão II, vai se fundir com as disposições do estado de sítio, em instituto único (AGAMBEN, 2010, p. 28). Assim, há dois elementos no que veio a ser chamado de “estado de sítio”, na sua origem francesa: de um lado uma suspensão (total ou parcial) da Constituição; e de outro a militarização da política, com a possível assunção de funções administrativas e de polícia pelas forças armadas, e a colocação da lógica militar subordinando a política. A aplicação desse novo instituto assumiu o lugar da ditadura na tradição jurídica do *Civil Law*. Um dos motivos que concorrem para essa mudança é, conforme o apontado acima, o conflito entre o surgimento de Constituições com liberdades e garantias positivadas, pretensamente gerais (ou mesmo universais), e a continuidade das estruturas políticas excludentes. A ditadura não foi, porém, de todo abandonada, e a concentração extraordinária de poderes continuaria encontrando lugar nas Constituições, sob novas formas, até a atualidade.

²⁸ Esse modelo de liberdades civis amplas e liberdades políticas restritas também ocorreu de maneira característica na América Latina, principalmente no modelo constitucional de fusão liberal-conservador, como forma de blindagem para manter a ordem econômica desigual, através de discursos de defesa da “ordem” e da “autoridade” (GARGARELLA, 2014, p. 151-155).

A região onde a ditadura e o estado de sítio mais foram utilizados em defesa de modelos de Constituição com Direitos Políticos restritos, ainda que com declarações de direitos individuais por vezes extensas, foi na América Latina. O modelo que acabou se estabelecendo na América Latina no momento pós-colonial, no século XIX, é aquele da “liberdade imperfeita”, ou “democracia limitada”, isto é, um sistema de direitos políticos limitados e liberdades civis amplas, que se supunha transitório, para levar a uma nova fase de ordem social e prosperidade que permitiria uma liberdade mais perfeita (GARGARELLA, 2014, p. 150-155). Os mesmos problemas de restrição do sufrágio e exclusão política que se via na Europa, também haviam nos estados independentes das Américas, onde a situação era por vezes ainda mais agravada, além das restrições censitárias e de sexo, pelas restrições de fundamento étnico (contra nativos e contra descendentes de populações escravizadas, mesmo após a abolição da escravidão), resultando em democracias limitadas em todo o continente. A partir do final do século XIX, as tensões colocadas nesse modelo de democracia limitada levariam a arranjos institucionais autoritários em muitos países, como consequência do modelo chamado de “ordem e progresso”, isto é, regimes em geral autoritários, com fortes restrições dos direitos políticos e individuais, mas com “liberdades econômicas”, dentro de uma política de liberalismo estritamente econômico (GARGARELLA, 2014, p. 173). Na América Latina do final do Século XIX e início do Século XX, quando o modelo das liberdades imperfeitas entrava em decadência após seu ápice em nos anos 1880, muitos Estados latino-americanos utilizaram a chamada “saída autoritária” para manter o pacto conservador-liberal e a sua estrutura de governo inalterada (GARGARELLA, 2014, p. 203-204). O estado de sítio tem um grande papel nessa “saída autoritária”, em especial naqueles países com democracias limitadas mais estáveis, onde a declaração reiterada de estados de sítio permitia aos governos restringir ainda mais os direitos individuais para manter a ordem intacta, muitas vezes se prolongando no tempo a ponto de “converter os estados de exceção em estados regulares, normais” (GARGARELLA, 2014, p. 204).²⁹ Além disso,

²⁹ “*Tales declaraciones de estado de sitio resultaron agravadas a través de dos medios, en particular. En primer lugar, por medio de su prolongación en el tiempo, que vino a convertir a los estados de excepción en estados regulares, normales*”.

destaca-se o papel inicialmente omissos dos tribunais frente a eventuais abusos do estado de sítio, graças ao desenvolvimento de uma “doutrina das questões políticas” pela qual excluía da sua competência as violações decorrentes do sítio, alegando se tratarem de matéria política na qual o judiciário não podia intervir (GARGARELLA, 2014, p. 204).

No Brasil, as influências do positivismo comtiano na República Velha e os mandatos presidenciais dos marechais Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto expressam esse modelo de “ordem e progresso”, na sua vertente mais extrema, adotado como solução para impor uma ordem social e econômica em um cenário ainda de considerável exclusão e marcado por eleições fraudulentas. Ao longo do desenvolvimento da República Velha, com a Constituição de 1891, o estado de sítio se tornaria o mecanismo usual para solução de conflitos sociais, sendo realmente banalizado. De fato, o estado de sítio é recorrente na República Oligárquica. A tal ponto que 88% do mandato de Arthur Bernardes (15/11/1922-14/11/1926) transcorreu sob estado de sítio, sendo o governo todo um estado de exceção permanente (ver Figura 1). Logo após o governo de Washington Luís, seu sucessor, a Constituição de 1891 foi abandonada com a Revolução de 30.

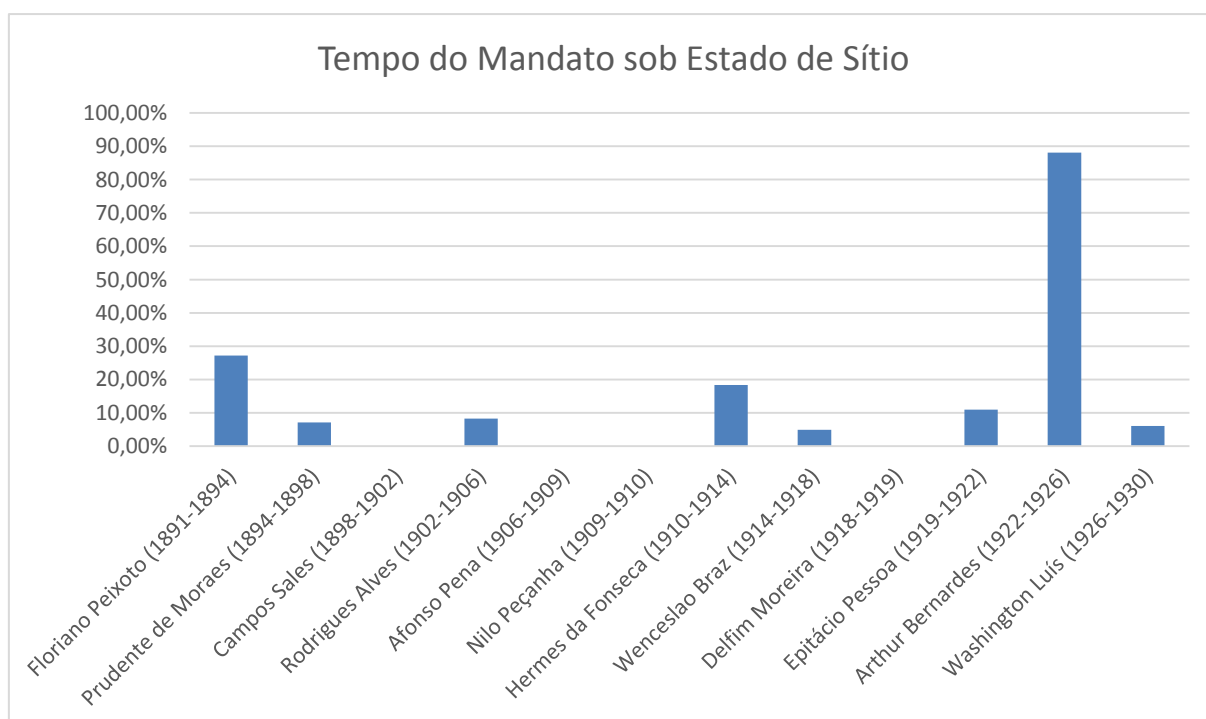


Figura 1 – Contagem percentual de dias em que alguma parte do território nacional esteve sob estado de sítio, ao longo de cada mandato presidencial da República Velha. Gráfico elaborado pelo autor do presente trabalho, com base nos dados da série de trabalhos realizados por Naud sobre o estado de sítio no Brasil (NAUD, 1965a; 1965b; 1965c).

A prática dos estados de sítio durante a República Oligárquica brasileira é significativa, sendo exemplar da banalização deste instituto e dos desenvolvimentos jurisprudenciais ao redor da doutrina da “questão política”. A Constituição Federal brasileira de 1891 adotou o estado de sítio, em grande medida, a partir de inspirações na Constituição argentina de 1853, da Constituição chilena de 1833, e de certos desenvolvimentos constitucionais dos Estados Unidos da América ao longo do século XIX, como a restrição do *habeas corpus* e a doutrina da questão política.

A doutrina da questão política tem origem nos Estados Unidos da América, e baseia-se na ideia de uma separação entre as esferas política e jurídica, em que as questões jurídicas são resolvidas pelos tribunais e as políticas apenas pelo Presidente ou pelo Congresso (LYNCH, 2012, p. 151). As crises políticas que surgiam eventualmente eram resolvidas pelo poder moderador no Império, de modo que com a extinção desse poder na Constituição de 1891 e diante da vedação colocada pela doutrina da questão política ao uso de um Tribunal Constitucional para resolver essas crises, a solução que restou à República Oligárquica contra crises era o estado de exceção, tanto pela intervenção federal quanto pelo estado de sítio (LYNCH, 2012, p. 152). Como o Brasil adotou tardiamente, em relação ao restante das Américas, esse modelo norte-americano de separação de poderes e doutrina da questão política, a inspiração americanista da Constituição de 1891 veio junto com o conhecimento de outros experimentos similares no restante da América do Sul. Em especial, as adaptações argentinas do modelo republicano americano atraíram os constituintes brasileiros, em razão de ser um país vizinho e que experimentou um grande crescimento econômico na década de 1880, tornando mais aceitável para as elites brasileiras o modelo de federalismo republicano com tripartição de poderes (LYNCH, 2012, p. 153).

O modelo adotado pela Constituição Argentina de 1853, sob a influência do jurista Juan Baptista Alberdi, refletia em grande medida o pacto conservador-liberal, buscando equilibrar o liberalismo federativo norte-americano com algum nível conservador de poder unitário forte, que realizasse o projeto de “europeização” proposto por Alberdi (LYNCH, 2012, p. 153). Se o federalismo liberal entrava na Constituição argentina desde a origem americana, os mecanismos conservadores que colocavam um poder central forte foram buscados na Constituição Chilena de 1833.

Em especial, Alberdi via no estado de sítio, adotado pela Constituição chilena, uma solução para o chamado “problema da ordem” (LYNCH, 2012, p. 154), isto é, um meio de manter a ordem social e a estrutura econômica intactas mesmo diante do quadro de crescente insatisfação popular e exclusão política. Na verdade, a constituição chilena trazia algumas diferenças significativas em relação a regulação de estado de sítio mais comum até então: era facultado ao presidente suspender não apenas parte da constituição, mas a constituição em sua totalidade, na região abrangida pelo decreto de sítio (art.161);³⁰ o que, combinado com o breve tempo de funcionamento anual do Congresso chileno (4 meses, segundo o art.52), investia o presidente em poderes quase monárquicos (LYNCH, 2012, p. 154). A proposta de Alberdi se valia da Constitucionalização desse poder quase monárquico do presidente por acreditar que assim daria saída legal às situações em que antes os povos americanos se socorriam de ditaduras inconstitucionais ou monarquias (ALBERDI, 2005, p. 157), preservando ao mesmo tempo a legalidade e possibilitando a defesa da ordem. Porém, esse traço especial do estado de sítio chileno não passou explicitamente à Constituição argentina, que restringiu a suspensão às garantias constitucionais e manteve as sessões do Congresso com maior frequência. O estado de sítio, ainda assim, viria a ser utilizado de maneira recorrente na Argentina, assim como ocorrera com sua inspiração chilena (LYNCH, 2012, p. 155). O que isto sugere é que o estado de sítio, mais pela suspensão das garantias individuais do que pela suspensão total da Constituição, era bastante para manter o regime de democracia limitada adotado pela maioria dos países latino-americanos. A consequência, porém, é que ao se resolver um problema estrutural perene (isto é, a insatisfação popular advinda da exclusão política) por um mecanismo excepcional, esse mecanismo excepcional tinha de ser utilizado de forma cada vez mais recorrente, resultando na sua banalização ou no seu abuso.

³⁰ No Brasil, esse mecanismo seria incorporado apenas na Constituição de 1937, com o nome de “estado de emergência”. Trata-se, de fato, de uma significativa inovação na regulação do estado de sítio na América Latina, que anteriormente apenas se prestava a suspender determinadas garantias constitucionais, mas nunca o todo da Constituição. Essa suspensão total, que é observada pela primeira vez na Constituição francesa de 1779, tem sua adaptação latino-americana na Constituição chilena, portanto. A opção da Constituição brasileira de 1937 em dar um novo nome a esse tipo de regulamentação reflete justamente que a natureza do instituto se altera de maneira essencial quando a suspensão não atinge parcelas determinadas, mas a própria Constituição na sua integralidade.

No Brasil, a adaptação argentina do modelo de república norte-americano, com a sua inclusão de um estado de sítio conservador para garantir a “ordem” e a unidade no federalismo liberal, foi tomada em grande conta para o desenvolvimento do estado de sítio brasileiro. O americanismo presente na cultura jurídica à época da proclamação da república é evidente, como exemplifica o Decreto nº848/1890, que estabeleceu a justiça federal e determinava, no seu art.386, que:

Art.386 - Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiarios da jurisprudencia e processo federal.

Porém, a influência que vai se mostrar mais decisiva na política brasileira do período diz respeito à relação entre estado de sítio e *habeas corpus*. Nos Estados Unidos da América, país da tradição jurídica do *common law*, a única suspensão de garantia possível, nos casos de rebelião ou invasão, era a suspensão do Habeas Corpus. A Constituição argentina de 1853, porém, previa a suspensão de todas as garantias, numa inspiração limitada do modelo chileno. A Constituição brasileira adotou a suspensão das garantias com uma regulação idêntica à argentina, ou seja, muito mais extensa que a norte-americana, ao mesmo tempo que o Supremo Tribunal Federal (STF) construiu inicialmente um bloqueio de traços norte-americanos ao *habeas corpus* sobre as medidas de sítio com base na doutrina da questão política. Com base nessa divisão estanque entre política e direito, o STF se recusava a julgar os abusos cometidos no estado de sítio, pois entendia que as decisões do Executivo no sítio apenas podiam ser julgadas pelo Congresso.³¹ Ao longo de toda a República Oligárquica no Brasil, a interpretação do estado de sítio vai ser disputada politicamente, de acordo com qual das inspirações (argentina, chilena ou americana) acreditava-se predominante (LYNCH, 2012, p. 159-64). A crítica a essa versão da doutrina da questão política coube a Ruy Barbosa, jurista e advogado, que protocolou a maioria dos recursos contra as medidas tomadas no estado de sítio. Explicando a questão política, o autor apresenta duas acepções para a expressão “questão

³¹ Essa postura foi estabelecida em dois recursos de Habeas Corpus (HC): HC 300 e confirmada no HC 406, julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como consequência do estado de sítio declarado contra a Revolta da Armada, em 1892.

política”: uma acepção ampla, que acabaria abrangendo toda a soberania constitucional, e uma acepção restrita, em que a questão política o é “pela natureza do assunto, pela forma que a controvérsia assumir, pelos termos em que a resolverem” (BARBOSA, 2010, p. 103). Questões políticas no sentido estrito seriam as que versam sobre a conveniência ou oportunidade de exercitar os poderes que a constituição confere a um determinado cargo, enquanto a questão jurídica diz respeito a se o ato praticado pelo detentor de um cargo público estava dentro das competências e faculdades que a lei prescreve ao cargo, isto é, se o agente possuía ou não os poderes que exerceu, independente da conveniência. Diante das críticas, da banalização do estado de sítio e dos progressivos abusos, o STF vai modificando lentamente sua jurisprudência, até acolher essa doutrina da questão política restrita. Porém, tal definição da jurisprudência só se assenta já na década de 1910, e mostra-se incapaz de resolver a crise da República Oligárquica, tanto que o tempo passado sob estado de sítio aumenta significativamente nos anos finais daquele modelo de governo sem que com isso a Constituição de 1891 pudesse ser salva.

Deste modo, divisámos ao longo da evolução do estado de sítio no Século XIX a regulação do instituto sob formas diversificadas, porém contendo um núcleo comum de suspensão da eficácia de determinadas provisões constitucionais. A extensão e a determinação das provisões constitucionais suspensas é que faz variar o tipo de regulação do estado de sítio, bem como os efeitos do seu exercício.

Há uma forma de suspensão parcial e indeterminada, como nas Constituições oligárquicas brasileira e argentina, que autoriza a declaração de estado de sítio para que esta suspenda garantias constitucionais, sendo que a cada decretação podem ser determinadas as suspensões de quaisquer garantias. Essa suspensão parcial, apesar de indeterminada, é limitada à seção de direitos e garantias da Constituição, mantendo sempre intacta a organização do poder.

Uma das formas de regular o estado de sítio é a suspensão total da constituição, expressa no modelo francês napoleônico e que encontra sua maior expressão latino-americana na Constituição de 1833 do Chile. O decreto de estado de sítio atinge, assim, não apenas a seção de direitos, mas suspende integralmente a Constituição, inclusive sua sessão de organização do poder. Com isso, a autoridade que recebe os poderes de sítio adquire uma grande concentração de poderes ilimitados, motivo pelo qual esta é a forma mais extrema de regulamentação do estado

de sítio. Tão extrema é que, ao adotar essa forma de regulamentação, a Constituição de 1937 do Brasil a denomina de “estado de emergência”, demarcando que se trata de uma forma tão diferente de regulamentação que é necessário um nome que a diferencie do estado de sítio limitado da constituição anterior.

Também há regulações que adotam a forma da suspensão parcial e determinada. Nesses casos, a Constituição elenca explicitamente um rol das garantias que podem ser suspensas pelo estado de sítio, ou proíbe que se suspendam determinadas garantias mais essenciais. Esse modelo foi adotado pela atual Constituição Brasileira para o chamado “estado de defesa” (que na verdade é uma forma de estado de sítio, como será apresentado mais adiante) e para o estado de sítio declarado por motivos de comoção interna. A forma da suspensão parcial e determinada parece não ser habitualmente adotada sozinha, mas se mostra de grande utilidade diante de outra evolução do estado de sítio, já no século XX: a gradação compartimentada das regulações do estado de sítio, expressa sobretudo nas constituições portuguesa de 1979 e brasileira de 1988.

A Constituição brasileira de 1988 trouxe uma interessante abordagem na regulamentação do estado de exceção. Essa Constituição reconhece formas diversas de institutos voltados ao estado de exceção, como a medida provisória, a intervenção federal e o estado de sítio. O estado de sítio, porém, vêm acompanhado de um novo mecanismo, o estado de defesa. Trata-se de uma inovação que modifica profundamente a essência da regulamentação do estado de sítio. O estado de defesa funciona como uma espécie de “estado de sítio atenuado”, isto é, tem as mesmas características básicas do estado de sítio, como a suspensão de garantias e a concentração de competências ao cargo de Presidente, porém concede essas competências em um grau muito mais restrito e suspende menos garantias. A ideia por trás disso é possibilitar uma determinação mais proporcional do estado de exceção, com relação à gravidade da emergência enfrentada. Assim, quando não é necessário suspender todo o conjunto de garantias que o estado de sítio prevê, mas ainda assim é necessário suspender algumas garantias, tem-se o estado de defesa.

Também é notável que, ainda que sem utilizar a terminologia, a Constituição de 1988 apresenta a diferenciação entre o estado de sítio fictício e efetivo.³² Tanto que a regulação do estado de sítio quando motivado por “declaração de guerra” ou “agressão armada estrangeira” é diferente da regulação adotada para quando a motivação se dá por “comoção grave” ou “ineficácia do estado de defesa”.

Deste modo, pode-se falar em três regulações diferentes, que se enquadram teoricamente na definição de estado de sítio *lato sensu*: estado de sítio político, também dito fictício (art. 147, I); estado de defesa, que é um “estado de sítio” fictício atenuado (art. 136, I); e o estado de sítio efetivo, também chamado real ou bélico (art. 137, II). Dessa maneira, temos uma regulação que cria três “compartimentos” de exceção, que afetam as garantias de maneira mais ou menos grave, de acordo com uma proporcionalidade à gravidade da emergência e da “ameaça” à Constituição (ver tabela 1). O estado de defesa e o estado de sítio variam apenas no número e no tipo de poderes conferidos e garantias afetadas, mas são ambas formas de regulamentação que seguem a suspensão parcial determinada, e que são voltadas ao estado de sítio fictício, isto é, à emergência interna. Porém, a compartimentação destinada ao estado de sítio quando este é efetivo, isto é, bélico, adota a forma de uma suspensão também parcial, porém indeterminada. Assim, responde-se à maior gravidade da ameaça colocada pela declaração de guerra ou agressão armada com uma forma diferente de estado de sítio, mais grave.

Essa graduação do estado de sítio *lato sensu* também pode ser verificada em outras Constituições, anteriores à brasileira de 1988, mas principalmente na Constituição Portuguesa de 1976, atualmente em vigor, que chama de “estado de emergência” o estado de sítio atenuado (art. 19º, 2). A constituição portuguesa, porém, não diferencia o estado de sítio efetivo do fictício, adotando igual regulação, independente da motivação da decretação do estado de sítio ou emergência. Mais além, a decisão entre adotar como medida o sítio ou a emergência deve se dar de acordo com o princípio da proporcionalidade (art. 19º, 4), e ser devidamente fundamentada (art. 19º, 5). As medidas específicas adotadas em cada caso, no

³² A nomenclatura dessa classificação do estado de sítio, diferenciando-o em “fictício” e “efetivo” é consistente com a já explanada anteriormente no presente trabalho. cf. *supra*, p.24.

entanto, são deixadas à critério do Presidente da República, que deve especificá-las no decreto. De todo o modo, a fronteira entre estado de emergência e o estado de sítio não se deixa ver de maneira tão clara na Constituição portuguesa, apenas pela limitação quanto ao estado de emergência, que pode suspender apenas alguns direitos e garantias, mas sem especificar quais.

	Estado de Defesa	Estado de Sítio (Fictício)	Estado de Sítio (Efetivo)
Fatos que servem para motivação	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Ameaça à ordem pública ou paz social, causada por grave e iminente instabilidade institucional ✓ Calamidade de grandes proporções na natureza 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Comoção grave de repercussão nacional ✓ Comprovada ineficácia das medidas tomadas no estado de defesa 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Declaração de guerra ✓ Agressão de Estado estrangeiro
Como é determinado	Decretado pelo Presidente	Decretado pelo Presidente, após autorização do Congresso Nacional	Decretado pelo Presidente, após a autorização do Congresso Nacional
Quais garantias podem ser suspensas	Liberdade de Reunião	Liberdade de Reunião	Não há limitação às garantias suspensas, podendo atingir potencialmente toda e qualquer uma delas.
	Sigilo de Correspondência	Sigilo de Correspondência	
	Sigilo das comunicações	Sigilo das Comunicações	
		Liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão	
		Obrigação de prestação de informações pelo Estado	
Outras medidas permitidas, além da suspensão das garantias	Ocupa�o e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública.	Intervenção nas empresas de serviços públicos	Não há restrição das medidas passíveis de serem adotadas
	Prisão por crime contra o estado, durando até 10 dias, a ser comunicada imediatamente ao poder judiciário, que pode relaxar a prisão;	Detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns	
		Obriga�o de permanência em localidade determinada	
		Requisição de bens Busca e apreensão em domicílio	
Duração (dias)	30	30	Enquanto perdurar a guerra ou agressão armada estrangeira
Prorrogável?	Uma única vez, por 30 dias	Indefinidas vezes, prorroga até 30 dias por vez	Enquanto perdurar a guerra ou agressão armada estrangeira

Tabela 1 - Tabela comparativa dos estados de sítio e do estado de defesa na Constitui o brasileira de 1988.

Nesse aspecto, o texto constitucional brasileiro é muito mais explícito e determinado, realizando plenamente essa ideia de gradação proporcional do estado de exceção trazida pela Constituição portuguesa, mas usando de uma técnica legislativa mais fechada. Além disso, a Constituição brasileira tem a vantagem de inserir, a partir dessa proporcionalização, a diferença entre o estado de sítio efetivo e o fictício, criando assim uma gradação tripla do estado de sítio *lato sensu*.

Assim, o estado de sítio passa por uma larga evolução, ganhando as variadas formas de regulação conhecidas até a atualidade. Podem adotar a suspensão total da Constituição ou parcial, suspendendo apenas garantias ou direitos fundamentais. Quando adotada a suspensão parcial, essa pode ser determinada ou indeterminada, de acordo com se a constituição impõe ou não limitações quanto a quais garantias ou direitos podem ser especificamente suspensos. Mais além, esses tipos diferentes de suspensão constitucional podem ser combinados, através de uma compartimentação proporcional, criando regulações indo desde um grau mais leve a um mais grave de afetação dos direitos e garantias fundamentais proporcionalmente à gravidade da emergência enfrentada.³³ Assim, com todo esse âmbito de possibilidades e utilidades, é que o estado de sítio se tornou a principal regulação do estado de exceção na modernidade até a atualidade. Porém, o estado de sítio não é a única forma atual de estado de exceção, e muitas vezes coexiste com outras provisões excepcionais dirigidas contra emergência, como os poderes legislativos de emergência concedidos ao executivo.

1.1.3 Poderes Legislativos do Executivo: Medida Provisória e Decreto-lei como Mecanismo Excepcional

O outro grande desenvolvimento do estado de exceção, de importância semelhante ao sítio, é o surgimento de mecanismos de estado de exceção baseados

³³ Há ordenamentos, como a Constituição colombiana de 1991, que tipificam formas variadas de estado de exceção, mas sem estabelecer uma proporcionalidade e uma gradação da gravidade. O resultado é que são possíveis estados de exceção diferentes ocorrendo simultaneamente, e que não há uma adequação à proporcionalidade da dimensão da crise a ser enfrentada, pelo que um sistema compartimentado proporcional teria sido preferível (GIL, 2011, p. 263-264).

na delegação de poderes legislativos emergenciais ao Executivo. Esse desenvolvimento começa a se consolidar na primeira metade do Século XX, na Europa, e vem se globalizando desde então, a nível comparável ao alastramento do estado de sítio no Século XIX. O conceito por trás desses poderes é simples: trata-se de uma autorização, de caráter excepcional e transitório, para que uma autoridade do ramo Executivo possa exercer funções legislativas, normalmente reservadas ao ramo Legislativo. Nesse caso, podemos dizer, adotando a terminologia de Friedrich, que o titular do Poder Executivo recebe poderes legislativos de emergência (FRIEDRICH, 1968, p. 563). Segundo a história desse instituto traçada por Friedrich, o uso de poderes legislativos precede inclusive à sua legalização. Nas palavras do autor:

A maioria das constituições modernas [até 1968] são silentes sobre o assunto. Mas uma vez que a necessidade é proeminente, poderes de emergência vieram à existência, às vezes por usurpação, em outras vezes por delegação expressa (FRIEDRICH, 1968, p. 563).³⁴

Uma das situações mais antigas desse tipo de prática seria, nessa leitura, a formação de um exército pelo Presidente americano Abraham Lincoln na Guerra Civil Norte-Americana, feita sem a autorização do Congresso exigida pela Constituição, mas posteriormente escusada por meio de uma anistia e autorização posterior pelo Congresso (FRIEDRICH, 1968, p. 563). Porém, essa disposição de reconhecer ilegalidades como juridicamente aceitáveis, sob o argumento da necessidade, resulta muito mais como reflexo daquela dependência da teoria schmittiana da ditadura que perpassa em alguns pontos a obra de Friedrich. No entanto, o conceito de poderes legislativos de emergência expressa adequadamente um tipo de regulação do estado de exceção cada vez mais importante na atualidade.

Desconsiderando as ilegalidades, usurpações e medidas inconstitucionais, a primeira vez que os poderes legislativos de emergência são reconhecidos sob forma jurídica como realmente lícitos é no decorrer da ascensão do Fascismo na Europa. A esse respeito, o instituto dos decretos-lei criados pelo governo fascista italiano é uma das principais origens deste tipo de regulamentação do estado de exceção, sendo um

³⁴ “Most modern constitutions are silent on the subject. But since the need is paramount, emergency powers have come into existence, sometimes by usurpation, at other times by express delegation”

verdadeiro “laboratório político-jurídico” do processo de banalização desses poderes que se seguiria (AGAMBEN, 2010, p. 48).

O contexto é de fato uma tentativa de burlar o Estatuto Albertino, que funcionava como norma constitucional vigente à época na Itália, e que não continha nem provisões que autorizassem o estado de sítio, quanto mais que permitissem poderes de emergência. Porém, na prática política da monarquia italiana, o governo habituou-se a decretar estados de sítio sempre que ocorriam situações de emergência, sob o argumento da necessidade, contando com a posterior anuência do parlamento (AGAMBEN, 2010, p. 48). Com o tempo, essa usurpação continuada e autorizada se incorporou ao direito público italiano, sob a forma de decretos reais urgentes, cujo conteúdo nada mais era do que uma declaração de estado de sítio, resguardada sempre sob o argumento da necessidade e da existência do estado (AGAMBEN, 2010, p. 49). Com isso, a monarquia italiana criou o embrião dos decretos-lei, uma vez que esses decretos urgentes recebiam, em razão da “urgência” ou “necessidade”, o mesmo *status* normativo das leis.

Em um determinado caso emblemático, já em 1924, no auge da crise do Estado parlamentar italiano, o parlamento converteu em lei alguns milhares de decretos, pendentos de apreciação desde o ano anterior, em uma única sessão legislativa (AGAMBEN, 2010, p. 49). Com a derrocada da democracia parlamentar italiana e a ascensão do regime fascista ao poder *de facto*, sob a liderança de Benito Mussolini, este usou amplamente de reiterados decretos-lei para consolidar o golpe de Estado e dar forma jurídica ao novo regime. Como o regime fascista dependia profundamente desses decretos para adquirir a aparência de legitimidade jurídica, foi aprovada uma lei em 1926 que regulava expressamente os decretos-lei pela primeira vez na história (AGAMBEN, 2010, p. 49). Essa lei efetivamente é a definição originária dos poderes legislativos de exceção, criando duas figuras jurídicas, fortemente conectadas entre si: a lei delegada e o decreto-lei. Ambas representam uma autorização para o Executivo legislar, concentrando os poderes que pertenceriam, normalmente, ao legislativo.

Os mecanismos, no entanto, se diferenciam de maneira importante. Decreto-lei não exige autorização prévia do Poder Legislativo, entrando em vigor no momento da sua edição pelo executivo, o que corresponde mais plenamente à lógica de urgência colocada pela ideia de emergência e estado de exceção.

A lei delegada, no entanto, precisa ser autorizada pelo Legislativo, para ser editada pelo Executivo, não tendo o aspecto de urgência e emergencialidade, mas ainda assim permitindo essa concentração de poderes no executivo. Logo, a lei delegada não se deixa reconduzir facilmente à ideia de estado de exceção, apesar de ser criada no mesmo contexto que o decreto-lei, o qual é certamente um mecanismo institucional que segue a lógica do estado de exceção.

Ambos os mecanismos de poderes legislativos emergenciais, ainda assim, se afirmariam em diversas constituições ao longo do tempo, resultando que essa criação, tão vinculada em sua origem aos aspectos centralistas e autoritários do fascismo italiano, se tornaria uma nova forma de regulamentação do estado de exceção tão difundida quanto o estado de sítio.

De fato, a própria Constituição italiana de 1947, criada como forma de superação do fascismo e de transição para um Estado de Direito Democrático, mesmo assim manteve os decretos-lei e as leis delegadas no seu bojo. A Constituição da Itália de 1947 constitucionaliza oficialmente o que havia sido primeiro uma usurpação tolerada de competências e posteriormente uma legislação ordinária que se colocou à frente da constituição, por meio da desestruturação do estado de direito pelo fascismo. Diz o artigo 77 desta constituição:

O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, emitir decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em caso extraordinário de necessidade e urgência, o governo adota, submetido à sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei, deve, no mesmo dia, apresentá-la, para conversão, às Câmaras que, mesmo que em recesso, serão imediatamente convocadas e se reunirão dentro de cinquenta dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não são convertidos em lei dentro de sessenta dias de sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto não convertido.³⁵

³⁵ “Art. 77 - Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e d’urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti”. Tradução livre.

Porém, mesmo onde o fascismo não influenciou diretamente, encontra-se essa prática, de conferir poderes do legislativo ao executivo. Na Grã-Bretanha, onde o direito constitucional se dá por normas esparsas e *common law*, sem constituição escrita, o *Defense of the Realm Act* (DORA) conferiu ao Rei “em conselho” o poder de editar decretos, que eram equiparados a atos legislativos, enquanto durasse a II Guerra Mundial, ainda que fossem abrangidos nesses decretos temáticas cada vez mais distantes do conflito bélico em si, de tal modo que se trata da concessão de poderes legislativos mais extrema da época (FRIEDRICH, 1968, p. 564). Nos Estados Unidos, mesmo ao arripio da Constituição e dos padrões do constitucionalismo norte-americano, esses poderes foram sendo conferidos por delegações do legislativo, durante a Guerra Civil americana e durante as Guerras Mundiais, com apenas umas poucas limitações pela Suprema Corte (FRIEDRICH, 1968, p. 563-564). Esses dois casos, que não se originam da fonte italiana, mas que refletem a consolidação de uma lógica de guerra que se estende a tempos de paz, são ilustrativos da tendência generalizada na modernidade a adotar esses poderes legislativos emergenciais do Executivo, e cuja banalização implica na desvalorização da separação de poderes, uma vez que marca a “absorção” parcial do Legislativo pelo Executivo (AGAMBEN, 2010, p. 50).

O Brasil é um caso paradigmático das relações desses poderes emergenciais com o estado de exceção e com o desgaste da democracia, do Estado de Direito e da separação dos poderes. A primeira aparição desse tipo de poder na histórica constitucional brasileira é no Estado-novo, sob os auspícios da Constituição de 1937, de notória inspiração fascista. Essa constituição autorizava o Presidente a emitir decretos-lei, todos de igual força normativa, mas para as situações mais variadas. Por um lado, havia decretos-lei para a organização interna do executivo, semelhantes aos Decretos comuns sob a constituição atual (salvo pela hierarquia normativa, equiparada a lei, dentro dos traços hiper-executivos da Constituição de 1937). Por outro, porém, esses decretos podiam ser adotados sobre qualquer matéria, mediante uma autorização prévia do congresso (art.12), o que representa o surgimento da Lei Delegada na história constitucional brasileira, ainda que sob a forma e nome do Decreto-Lei. Além disso, o Presidente ganhava poderes para editar decretos-leis, mesmo sem autorização, e com imediata eficácia, durante o período recesso do parlamento, sendo que esse período seria consideravelmente grande, dentro das

previsões da Constituição de 1937. Com isso, o decreto-lei ficou marcado como o instrumento que viabilizou a usurpação de poderes pelo executivo, característica marcante do autoritarismo do Estado-novo, a tal ponto que a Constituição democrática que se seguiu, em 1946, não previa mais esse instrumento. Porém, com o golpe militar em 1964, a figura do decreto-lei retornaria, sob novas formas, mas com o mesmo nome e a mesma característica de prática de governo autoritária. A Constituição de 1967, criada sob o regime militar para dar uma aparência de legalidade ao seu exercício do poder *de facto*, trazia a figura do decreto com força-de-lei no seu artigo 58:

Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

Há aí uma grande inspiração nos Decretos-lei italianos de 1947. De fato, os decretos-lei italianos, os decretos-lei da Constituição brasileira de 1967, e a medida provisória da atual constituição possuem elementos nucleares em comum: Uma permissão de legislar com uma determinada caracterização (a “força-de-lei”, isto é, a equiparação às leis na hierarquia normativa), que surge numa hipótese específica ligada à ideia de emergência (urgente ou necessário), é dada ao Poder Executivo (destinatário da norma), tendo vigência imediata, mas sob a condição de posterior apresentação ao Poder Legislativo. Os demais aspectos, como a restrição de matérias que podem ser afetadas, apesar de importantes, são acidentais, e não constituem o núcleo essencial desse tipo de normatização de estado de exceção, que podemos denominar “Decreto com Força-de-lei”. A denominação destes atos como “medida provisória”, na Constituição brasileira atualmente vigente, busca desvincular simbolicamente o instrumento do autoritarismo do regime militar antecedente, mas não introduziu nenhuma mudança capaz de conter o aspecto hiperpresidencialista de tal dispositivo. Ao contrário, a Constituição de 1988 originalmente extinguiu certas limitações temáticas previstas para o Decreto com Força-de-lei na Constituição de

1967, podendo estas atingir um âmbito ilimitado, *prima facie*. Apenas em 2001, a Emenda Constitucional nº 32 estabeleceu restrições temáticas à edição de medidas provisórias. As restrições de 2001 implicaram em um grande fechamento do âmbito de competências da medida provisória, de modo que a norma demonstra ter cumprido, ainda que apenas parcialmente, o seu objetivo aparente: reduzir o uso excessivo da medida provisória. Pode-se ver, no caso brasileiro, a evolução da banalização da medida provisória ao longo dos anos 90, chegando a um pico em 2000 em que a Medida Provisória era a principal forma de legislação nacional, sendo mais utilizada do que a lei ordinária, até que se vê uma grande queda, a partir de 2001, no volume de medidas provisórias relativamente a outras espécies normativas, mantendo-se em uma proporção limitada.

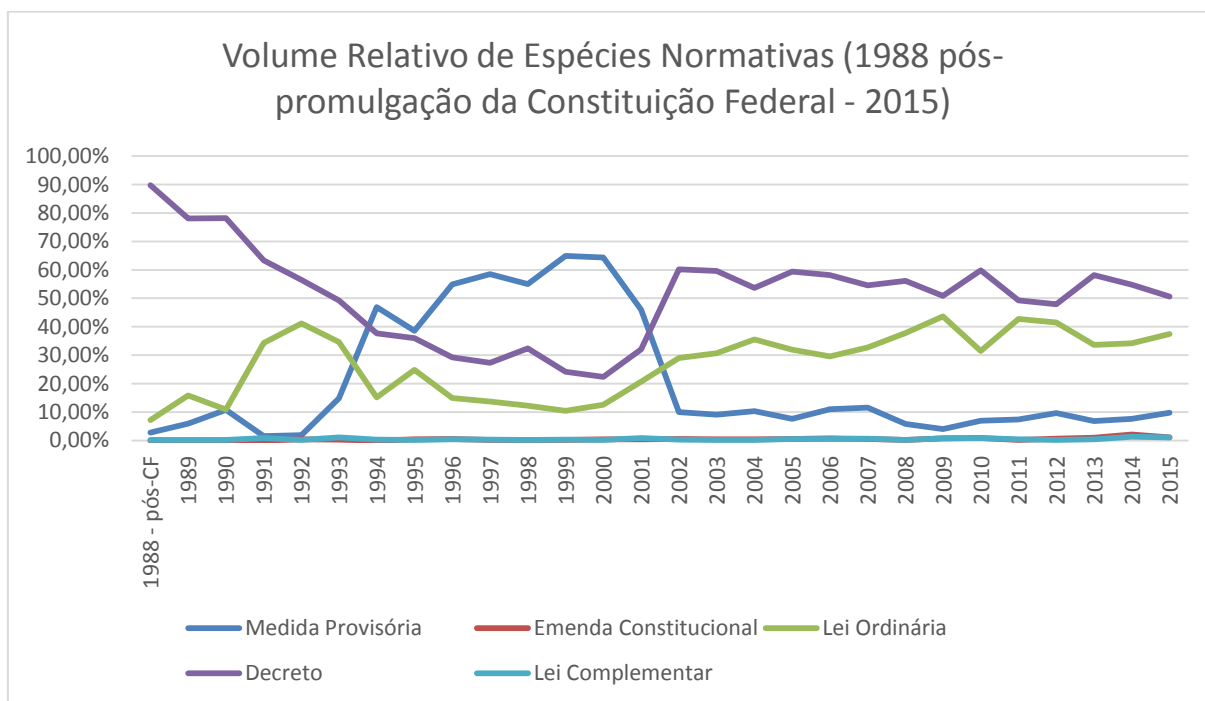


Figura 2 - Volume Relativo de Espécies Normativas Editadas por Ano (1988-2015)

Ainda assim, a Medida Provisória segue sendo banalizada na prática normativa brasileira, uma vez que medidas provisórias são recorrentemente decretadas para assuntos em que não há nem a relevância nem a urgência, requisitos constitucionais da Medida Provisória. Tal banalização de poderes legislativos de emergência não é, certamente, uma exclusividade brasileira, ainda que a funcionalidade desse instituto no presidencialismo brasileiro seja ainda mais gravemente afetada do que em regimes parlamentaristas, como o italiano, em razão de que a rejeição de um Decreto-lei no parlamentarismo pode levar à queda do Governo, gerando um incentivo a que o

Executivo não use dos poderes legislativos emergenciais de maneira tão usual. Assim, os poderes legislativos de emergência em sistemas presidencialistas são muito mais facilmente banalizados do que em sistemas parlamentaristas, sendo um traço que conduz a uma considerável predominância do Executivo naqueles sistemas.

Porém, o parlamentarismo também tem sua estrutura de governo afetada pelo uso excessivo desses poderes legislativos de emergência. Tomando como exemplo a Itália, onde a prática se originou, a legislação através de decretos-lei não é mais exceção, mas sim é a regra (AGAMBEN, 2010, p. 50). Isso resulta em que o parlamento deixe de ser o “órgão soberano”, com poderes exclusivos de obrigar os cidadãos, pela lei, e fique sujeito a simplesmente revisar e ratificar as medidas do Executivo (AGAMBEN, 2010, p. 50).³⁶ Nesse sentido, “a República não é mais parlamentar, mas governamental” (AGAMBEN, 2010, p. 50-51).³⁷ Dessa maneira, a consolidação dos Poderes Legislativos do Executivo em diversas Constituições de todo o mundo, ao longo do tempo, significa que a separação de poderes é desequilibrada, permitindo um acúmulo maior de poderes pelo Executivo, tanto no presidencialismo quanto no parlamentarismo, ainda que em graus diferentes. Tal mecanismo, inserido a partir da lógica de estado de exceção, ao ser banalizado e se tornar normal, ao invés de excepcional, resulta em um dos maiores impactos sobre a estrutura constitucional nos últimos séculos.

Os Poderes Legislativos do Executivo têm características de estado de exceção. São flexibilizações, que se pretendem excepcionais, da Constituição por meio de uma exceção ao princípio da separação de poderes. Há uma hipótese específica (relevância e urgência, no caso da Medida Provisória) que justifica essa excepcionalidade. Ainda que na prática esses poderes sejam usados (ou mesmo abusados) para muito além dessa hipótese de incidência, a estrutura normativa segue o funcionamento da exceção, na medida em que não formaria a estrutura de tempos de normalidade da Constituição, mas apenas surge em tempos de emergência. A

³⁶ No caso da Itália, as medidas provisórias são tomadas pelo chefe de governo, o Primeiro-Ministro (oficialmente denominado Presidente do Conselho de Ministros da República).

³⁷ “*En sentido técnico, la República ya no es más parlamentaria, sino gubernamental*”. Segundo Agamben, essa transformação, que passa despercebida aos olhos do cidadão, implica que a cultura política ocidental se perdeu do seu “cânone”, isto é, do sentido que a democracia guarda nessa tradição (AGAMBEN, 2010, p. 51).

própria ideia de “relevância e urgência” conduz à ideia da emergência, isto é, da defesa da constituição em uma situação de necessidade. Com isso, os Poderes Legislativos do Executivo são mecanismos de flexibilização para a defesa da constituição em situações emergenciais, que podem ser entendidos como formas específicas do estado de exceção. É uma forma de regulação do estado de exceção bastante atenuada, se comparada com o estado de sítio. Ambos afetam direitos fundamentais do cidadão, pois os poderes legislativos do executivo criam obrigações que só poderiam surgir da lei, sem contar com o adequado processo legislativo que legitima as leis.³⁸ Porém, o estado de sítio suspende explicitamente, mesmo nas suas versões mais limitadas, parte das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, ao passo que os Poderes Legislativos do Executivo apenas afetam a questão da legalidade em sentido estrito, isto é, apenas suspendem o direito de não ser obrigado senão em virtude de lei. Assim, os direitos fundamentais são atingidos, mas apenas indiretamente, por meio da afetação da estrutura orgânica normal do Estado, nos poderes legislativos de emergência. Em ambos os casos, temos mecanismos que a Constituição prevê para ganhar elasticidade e defender-se contra situações emergenciais inesperadas, o que significa dizer, são duas formas distintas de regulamentações do estado de exceção. Entre essas duas formas, sendo a do estado de sítio (entendido de maneira ampla, incluindo o estado de defesa) a mais gravosa, não há uma relação de exclusão, podendo coexistirem em um dado sistema constitucional os Poderes Legislativos do Executivo e o estado de sítio. Onde há um “sistema de emergência” guiado pela proporcionalidade, como ocorre em Portugal e no Brasil, esses poderes legislativos do executivo podem inclusive ser avaliados como uma forma proporcionalmente menos grave de defesa da constituição face a emergências. Assim, haveria a possibilidade de uma escala de proporcionalidade do estado de exceção, tendo o Decreto-lei (ou Medida Provisória, a depender da terminologia) como forma menos gravosa do que o estado de defesa (ou estado de emergência, na terminologia portuguesa), o qual é menos grave, por sua vez, que o

³⁸ Principalmente diante do fato de que não há representação da minoria (aqui entendida em termos numéricos) no Executivo, via de regra, e de que os debates no legislativo, mais rigorosos e exaustivos, podem contribuir com um grau mais elevado de verificação racional à legislação do que o Executivo, pela discussão mais plural.

estado de sítio e o estado de guerra (que seria a emergência mais extrema, por exemplo). O resultado disso é que surge uma série de “compartimentos” constitucionais escalonados que são ativados, proporcionalmente à gravidade da emergência, para dar flexibilidade à Constituição e permitir a defesa do estado. O resultado, se por um lado limita a flexibilidade, é por outro um meio interessante de evitar o desgaste excessivo da força normativa da constituição por medidas muito extremas em situações pouco relevantes. Assim, os Poderes Legislativos do Executivo também podem adentrar no “sistema de emergência” constitucional como parte desse sistema de “compartimentos”, que regularizam e tornam mais proporcional o uso do estado de exceção.

Por fim, há que se observar que os Poderes Legislativos do Executivo seguem duas formas diferenciadas quanto a ordem do processo de criação da norma. Por um lado, há a forma da “Lei Delegada”, em que o Poder Legislativo edita um ato com autorização explícita ao executivo para este expedir normas com força-de-lei, e apenas após essa autorização legal e dentro dos limites dela pode o Executivo criar normas com força-de-lei. De outro, há a forma da “Medida Provisória”³⁹, em que o Executivo simplesmente cria a norma com força-de-lei, que passa a ser válida e produzir efeitos de imediato, até que a norma seja apreciada pelo Poder Legislativo. Nesses casos, é importante notar, que a rejeição da Medida Provisória pelo Legislativo não é uma declaração de nulidade da norma e não gera qualquer efeito retroativo por si. A rejeição da medida provisória toma a forma, em geral, de uma nova norma que derroga a norma criada pelo Executivo, com efeitos *ex nunc*. Eventualmente, a depender do sistema constitucional, o Legislativo pode ter o poder de regulamentar positivamente os efeitos da medida provisória quando da apreciação desta. Pode inclusive criar efeitos *ex tunc* a depender das particularidades do sistema jurídico, mas isso apenas representa uma perda de eficácia, com efeito retroativa, da norma

³⁹ De acordo com a terminologia brasileira da Constituição de 1988, que corresponde em geral a ideia de decretos-leis, mas com a vantagem terminológica de não coincidir com eventuais decretos com força-de-lei autorizados na forma de lei delegada. Por esse motivo, o presente trabalho usa da terminologia brasileira atual como forma de apresentar maior definição e precisão de nomenclatura. A mesma estrutura, com outras nomenclaturas ou sem nomenclatura tão específica, parece se apresentar em sistemas jurídicos que não o brasileiro, no entanto, bastando para isso encontrar-se os nomes dos institutos equivalentes em cada tradição jurídica.

afetada. Não implica na desconstituição desta, porém, na medida em que a norma da medida provisória era válida e chegou a produzir efeitos, não sendo nula *ab initio*.

1.1.4 Intervenção Federal: Federações e o Estado de Exceção

Além dos poderes legislativos de emergência e do estado de sítio, alguns países adotam um outro mecanismo excepcional em suas constituições nacionais, qual seja, a Intervenção Federal, que é por vezes vista como uma forma de estado de exceção própria das federações.

A intervenção federal seria, a princípio, um mecanismo dos Estados federais para garantirem a não-violação das normas que regem e organizam a Federação. A execução desta intervenção federal é normalmente levada a cabo pelo Poder Executivo da União, contra o estado-membro, que sofre a intervenção.

A exata essência do que é a intervenção federal é objeto de grande debate, o qual coloca também sua caracterização como tipo de estado de exceção em questão. Para Kelsen, por exemplo, a intervenção federal é simplesmente um ato de coerção determinado pela Constituição total (quer dizer, pela distribuição de competências constitucionais entre estados-membros e União, no caso das federações), em razão do ato ilícito de um dos entes federados ao descumprir um dever jurídico que a Constituição total lhe coloca (KELSEN, 2007b, p. 50). Nesta concepção normativista, a intervenção federal não representa um tipo de estado de exceção, visto que segue a legalidade normal e é determinado deonticamente na Constituição total, de modo que não há qualquer suspensão da constituição, criação de competências excepcionais ou mesmo concentração de poderes, visto que a ideia de Constituição total permite a Kelsen entender que não há uma um papel centralizador da União na intervenção federal (KELSEN, 2007b, p. 56-60). Dessa maneira, diante de tal concepção normativista, não há porque considerar a intervenção federal como um tipo de estado de exceção. Porém, deve-se observar que Kelsen chega a essa perspectiva a partir de uma análise centrada na Constituição da Alemanha de 1919 e na Constituição Austríaca de 1920, sendo que aquilo que ambas determinam como intervenção federal indireta é muito mais um controle de competência das normas à luz da distribuição de competências federais (KELSEN, 2007b, p. 65-7), que eventualmente chega a se aparentar a uma “guerra” na sua execução (KELSEN, 2007b, p. 83), mas segue sendo um simples ato legal de coerção.

Mesmo os autores que intitulam a intervenção federal como “medida excepcional”, apenas o colocam porque há a exceção, no sentido de um caso específico em que a regra geral não se aplica, ao princípio da autonomia dos entes federativos.⁴⁰ Porém, ao contrário do que poderia ser pensado, não se trata de uma suspensão da parte da Constituição que determina a autonomia federativa. A intervenção federal é simplesmente um conjunto de normas constitucionais, as quais entram em um conflito lógico-deôntico com as normas constitucionais que determinam a autonomia federativa, e que apenas prevalecem por serem mais específicas do que aquelas que determinam a autonomia como norma geral. Trata-se de uma “exceção” no sentido lógico-normativo do termo, porém não parece ser realmente adequado enquadrar-se na ideia de estado de exceção, porquanto não há o uso da técnica da suspensão temporária da Constituição nem de uma concentração temporária de poderes, as quais poderiam caracterizar um estado de exceção. Mais além, a intervenção federal se distingue do estado de exceção pela sua finalidade.

Enquanto as medidas do estado de exceção obedecem à finalidade de manter a força normativa Constituição, a intervenção federal obedece a uma finalidade diferente, tratando-se de uma forma de execução com coerção contra o estado-membro, motivada por um ato ilícito praticado por este (KELSEN, 2007b, p. 50). Assim, enquanto o estado de exceção teria por finalidade afastar uma ameaça à Constituição e à ordem por esta determinada, a intervenção federal é justamente a previsão do uso da força que a Constituição possui para fazer valer sua autoridade sobre o estado membro, em plena normalidade. Se isso implica em uma quebra da coordenação entre União e estados-membros ou se o que se apresenta é uma mera paridade das esferas federais ante uma “Constituição total”, é uma questão para a teoria do estado federativo, que não cabe ao presente trabalho desenvolver. Aqui basta entender as relações e diferenças entre estado de exceção e intervenção federal.

⁴⁰ Como um exemplo mais extremado dessa concepção, porém, temos a interpretação de André Tavares, que vê na intervenção federal uma “punição política” que “rompe” a autonomia dos entes federativos (TAVARES, 2012).

A questão da especificidade também é importante nessa diferenciação. A autonomia federativa surge como a norma geral, e a intervenção de um ente no outro como a regra especial, na formulação *lex specialis derogat legi generali*. A mera presença de uma norma especial prevalecendo sobre uma norma geral não significa, em si, um estado de exceção. Há diversas ocasiões nas quais o critério da especialidade é aplicado para resolver conflitos de normas, e nem por isso diz-se que na solução desses conflitos há um estado de exceção. A determinação de uma intervenção federal não tem, por si, o efeito de suspender direitos ou garantias (que devem permanecer válidos e eficazes também frente à autoridade interventora).⁴¹

Questão mais complexa pode ser colocada quanto à concentração de poderes. Afinal, o ato de intervenção federal pode conter em si a nomeação de um interventor pelo Presidente da República, sendo que este último pode determinar normas para o interventor. Em primeiro lugar, cabe apontar que o interventor não possui mais poderes do que possuiria o governador, enquanto chefe do executivo estadual, pois seguirá limitado pelas mesmas regras, salvo com relação à união, sendo que ainda será submetido às condições da intervenção determinados pelo Presidente da República no ato de intervenção. Ou seja, o interventor em si não concentraria poderes excepcionais, pois opera em um quadro normativo mais limitado do que aquele do Governador. A questão da concentração só poderia ser colocada quanto ao Presidente da República, portanto, na medida em que este adquire poderes para determinar a gestão do executivo estadual (inclusive para determinar quem ocupará o cargo de chefia deste), sendo que esses poderes só competiriam geralmente ao conjunto dos cidadãos durante as eleições estaduais. Porém, nem toda intervenção federal implica necessariamente na suspensão de funcionários eleitos no cargo (que somente pode afetar o governador na prática). Portanto, a única possibilidade de situação em que subsiste na intervenção federal alguma concentração de poderes com aspectos similares àquela de um estado de exceção não é uma consequência necessária da intervenção federal. Por isso, e pelas razões descritas nos parágrafos

⁴¹ A intervenção afeta apenas a autonomia do estado-membro, sendo a “(...) incursão da entidade interventora nos negócios da entidade que a suporta” (SILVA, 1998, p. 483), ou seja, afeta apenas a relação entre a entidade pública interventora e a entidade que a intervenção. Assim, não atinge as relações entre os cidadãos e as entidades do Estado, mas apenas as relações de entidades do estado entre si.

anteriores deste trabalho, a intervenção federal enquanto instituto não aparece como uma forma de estado de exceção, em sentido próprio.

A duradoura confusão teórica entre intervenção federal e estado de exceção parece ter origem em três pontos. Primeiramente, porque ambos apresentam, ao menos aparentemente, algum nível de militarização da vida política interna, pelo emprego da força contra uma situação de origem interna à própria comunidade política. Em segundo lugar, por comumente serem ambos os institutos decretados pela mesma autoridade, isto é, pelo Chefe de Estado, algumas constituições optam por regular ambos os institutos na mesma seção ou artigo do texto constitucional.⁴² Por fim, pelo fato de tanto o estado de exceção quanto a intervenção federal serem atos que implicam em um exercício forte e não-usual do poder coercitivo do Estado, o que significa que esses institutos são causadores de uma certa tensão política e de um medo de abusos tal que, muito comumente, a Constituição impõe limitações comuns a ambos para evitar que sejam utilizados como meio de perseguição e violência política.⁴³ Apesar dessas semelhanças, em que os institutos se aproximam por usarem do poder coercitivo em níveis graves, incluindo o emprego das Forças Armadas, e por serem decretadas pelo comandante-em-chefe destas (na maioria das constituições, o Presidente), a intervenção federal não se apresenta adequadamente no conceito de estado de exceção, pelos motivos anteriormente levantados. Desfazer tal confusão teórica pode ser de certo modo relevante no desenvolvimento da teoria do direito constitucional com relação a ambos os institutos, pois permite considerar esses fenômenos jurídicos de forma mais precisa, sem buscar em um as características do outro, ou seja, trazendo maior clareza conceitual às investigações sobre estado de exceção e sobre intervenção federal.⁴⁴

⁴² Exemplo paradigmático é o da Constituição de Weimar, adotada pela Alemanha em 1919, que regulava, no mesmo artigo 48, a autorização ao Presidente de obrigar os estados a cumprirem dever jurídico através das Forças Armadas e a autorização do presidente para suspender direitos fundamentais em defesa da segurança e da ordem.

⁴³ Um bom exemplo é o do artigo 60, §1º da Constituição Federal brasileira de 1988, que impede que se façam emendas à Constituição na vigência da intervenção federal assim como na vigência do estado de defesa ou de sítio.

⁴⁴ Ainda que possam vislumbrar-se problemas comuns a ambos institutos, como por exemplo a questão da limitação de sua duração e a questão da banalização dessas medidas.

1.2 A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO: EXCEÇÃO PERMANENTE, EXCEÇÃO SOBERANA E OS RISCOS À MOLDURA CONSTITUCIONAL ASSOCIADOS AO EXERCÍCIO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Tendo-se a genealogia do estado de exceção, e levando em conta a história e a diversidade de tradições jurídicas e formas de regulamentação do estado de exceção, é possível defrontar-se com a teoria do estado de exceção com alguns apontamentos em direção a uma compreensão um pouco mais clara e sistemática: tem-se a recondução do estado de exceção ao problema da ditadura romana (com o questionamento da suposta origem do estado de exceção no *iustitium*), coloca-se a crítica à colocação da tradição dos comissários medievais na teoria do estado de exceção, bem como se esclarecem alguns conceitos (como estado de sítio e poderes legislativos do executivo) que serão necessários na continuidade da investigação. Com isso, passa-se a abordar as questões mais teóricas, a partir de sua relação com as práticas normativas, conforme analisadas na genealogia. No presente capítulo, abordar-se-á a teoria do estado de exceção com foco no problema central que este coloca às ordens jurídicas constitucionais, qual seja, os riscos que o estado de exceção apresenta à continuidade da Constituição. Para isso, defrontam-se variados conceitos do estado de exceção, verificando-se como cada um deles pode contribuir para a compreensão do problema, sempre tendo em vista a realidade da formação do estado de exceção na modernidade a partir da genealogia já observada. O primeiro problema que se plantea é, certamente, o da possibilidade de diferenciação entre normalidade e exceção, que é especialmente abordado por Giorgio Agamben com base em um “método arqueológico” que em muito se assemelha a metodologia genealógica do presente trabalho.⁴⁵ Em segundo lugar, se coloca a problemática do

⁴⁵ Em ambos os métodos, há uma semelhança na medida em que buscam revelar a historicidade dos objetos analisados, a partir da recondução das instituições jurídicas à suas formas mais ancestrais, analisando as transformações que as formaram do modo que são hoje. Porém, há diferenças. A genealogia, no sentido aqui utilizado (observado a partir das genealogias de Foucault), foca-se nas práticas discursivas como estabelecimento de relações entre saber e poder (FLYNN, 1994, p. 33-37). A arqueologia de Agamben, como o próprio dá a entender, tem como objetivo identificar dicotomias e reinterpretar essas dicotomias como bipolaridades, em meio às quais busca propor um terceiro elemento que conecta os polos conceituais propostos em um contínuo, tornando menos discerníveis as fronteiras entre os conceitos (COSTA, 2010, p. 12-13). Ou seja, os objetivos específicos e os enfoques na observação diferenciam a genealogia conforme proposta aqui da arqueologia

estabelecimento de critérios objetivos para a avaliação da regulamentação de exceção em sua relação com a Constituição. Além disso, faz-se necessário compreender a possibilidade de um sentido normativo real para o estado de exceção nas dogmáticas constitucionais atuais, tendo especial ênfase nas ideias de flexibilidade do quadro normativo constitucional e de força normativa, trabalhadas detalhadamente por Konrad Hesse. Por fim, diante da persistência de certos aspectos da teoria schmittiana da exceção na teoria jurídica atual, faz-se necessária também a avaliação crítica da compreensão de Carl Schmitt sobre o estado de exceção, em especial no que diz respeito à ideia da “ditadura soberana”.

1.2.1 Exceção que se Torna a Regra: o diagnóstico da normalização da exceção, de Walter Benjamin a Giorgio Agamben

O diagnóstico de que “o estado de exceção se tornou a regra” é habitualmente atribuído a Agamben, inclusive pelo fato de que tal conclusão é um dos pontos principais ao redor dos quais Agamben desenvolve sua filosofia política. Porém, Agamben encontra suporte para essa afirmação em uma série de teóricos anteriores que se defrontaram com a questão do estado de exceção. Desses, o mais importante para essa ideia do “estado de exceção permanente”, e que exerceu o maior impacto sobre a teoria de Agamben, é certamente Walter Benjamin. Benjamin enunciou explicitamente a ideia do estado de exceção que se torna a regra, em sua oitava tese sobre o conceito de História nos seguintes termos:

A tradição dos oprimidos ensina-nos que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese dele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas a que assistimos “ainda” poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de

proposta por Agamben. Deve-se observar, também, que há também uma diferenciação da genealogia aqui procedida com relação àquelas mais propriamente foucaultianas, na medida em que se leva em conta também o ponto de vista interno do saber jurídico, reconhecendo-se esse trabalho como participante desse complexo de saber, ao mesmo tempo em que se busca lançar um olhar crítico sobre o mesmo.

conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável (BENJAMIN, 2013, p. 13, tradução de João Barrento).⁴⁶

A enunciação de Benjamin é pouco clara, tendo uma polissemia proposital. É característico do próprio método de Walter Benjamin que os seus textos sejam compostos por “fragmentos”, os quais criam um “mosaico”, com diferentes combinações e várias interpretações possíveis, “cujo sentido tem de ser reconstruído pelo leitor” (SAMPAIO, 1994, p. 9). De qualquer modo, busca-se aqui afirmar uma interpretação possível, dentre estas várias, a qual pode ser esclarecida por meio da existência de dois elementos nesse trecho: há um “estado de exceção” [*Ausnahmezustand*], colocado entre aspas, e um estado de exceção verdadeiro [*wirklich Ausnahmezustand*], sem aspas. Essa estrutura sugere uma oposição entre um “estado de exceção” em sentido impróprio (que se tornou a regra) e um estado de exceção verdadeiro que seria o sentido real do estado de exceção. Esse “estado de exceção” seria a regra, mas não apenas na conjuntura em que vivia Benjamin, isto é, na Europa da primeira metade do século XX com a ascensão do fascismo. A tradição dos oprimidos [*Tradition der Unterdrücken*] é que ensina que o “estado de exceção” é a regra, para Benjamin. Benjamin busca ressignificar a ideia de tradição, retirando-a do campo do “conformismo” (BENJAMIN, 2013, p. 12), para torná-la um instrumento de consciência diante da barbárie. Para Benjamin, o próprio “sujeito” desse saber da História é a “classe oprimida” (BENJAMIN, 2013, p. 16); todo o conceito de história parece ser, em grande medida, a história dos oprimidos sob o olhar destes. E para os oprimidos, esse “estado de exceção” é tradicionalmente a regra, o que aparentemente significa, para determinados sujeitos, que o que surgiu quando o “estado de exceção” se impôs na ascensão do nazi-fascismo nada mais é do que uma generalização do que já estava ali desde sempre, não excepcionalmente, mas que apenas atingia a

⁴⁶ “Die Tradition der Unterdrückten belehrt uns darüber, daß der >Ausnahmezustand<, in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht. Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des wirklichen Ausnahmezustands vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern. Dessen Chance besteht nicht zuletzt darin, daß die Gegner ihm im Namen des Fortschritts als einer historischen Norm begegnen. - Das Staunen darüber, daß die Dinge, die wir erleben, im zwanzigsten Jahrhundert >noch< möglich sind, ist kein philosophisches. Es steht nicht am Anfang einer Erkenntnis, es sei denn der, daß die Vorstellung von Geschichte, aus der es stammt, nicht zu halten ist” (BENJAMIN, 1991, p. 697).

esses oprimidos, como regra. Seguindo Benjamin, com a compreensão de que o “estado de exceção” é a regra, como sempre foi para os oprimidos, surge um “conceito de história” [*Begriff der Geschichte*] que coloca como tarefa [*Aufgabe*] que seja provocado o verdadeiro estado de exceção [*wirklich Ausnahmezustand*]. Essa tarefa surge como uma necessidade histórica para aqueles que se encontram em posição de luta contra o fascismo, quer dizer, esse conceito de história e essa tarefa são necessárias para um objetivo político de vencer o fascismo. O que poderia ser esse verdadeiro estado de exceção, para Benjamin? A resposta pode ser encontrada no seu ensaio “Para uma Crítica da Violência”, onde Benjamin delimita três tipos diferentes de violência⁴⁷ de acordo com a relação que estas guardam com o direito:

Mas toda violência mítica, instauradora do direito, que é lícito chamar de “violência arbitrária” [*schaltende Gewalt*], deve ser rejeitada. É preciso rejeitar também a violência mantenedora do direito, a “violência administrada” [*verwaltete Gewalt*], que está a serviço da primeira. A violência divina, que é insígnia e selo, nunca meio de execução sagrada, pode ser chamada de “violência que reina” [*waltende Gewalt*]” (BENJAMIN, 2011, p. 156, tradução de Ernani Chaves).⁴⁸

Há aqui, por parte de Benjamin, uma reprovação de qualquer uso da violência que faça dela um mero meio para o Direito, seja instaurando-o, seja administrando-o. Para Benjamin, a única forma de violência que escapa a esta reprovação é a violência divina, que não guarda qualquer relação de meios com nenhuma finalidade, sendo verdadeiro meio sem fim, que põe fim ao Direito em seu agir. Essa violência reinante [*waltende Gewalt*] não é determinada apenas no plano simbólico da tradição religiosa, mas também ocorreria na vida cotidiana, humana, se manifestando em uma execução do poder que não coloca nenhum direito (BENJAMIN, 1991, p. 200), isto é, na ação humana que não se submete à simples criação ou manutenção do direito. Este conceito, de uma ação humana que se coloca na tarefa de eliminar a estrutura do

⁴⁷ No original em alemão, o termo utilizado é “Gewalt”, palavra sem equivalente em português que possui distintos significados. Utilizamos aqui da tradução de Ernani Chaves, que traduz o termo como “violência”, mesmo reconhecendo que “Gewalt” associa-se de maneira muito estreita com o exercício do poder, isto é, da *potestas* ou poder político, ao mesmo tempo em que está relacionado com a violência bruta (BENJAMIN, 2011, p. 121, nota 51).

⁴⁸ “*Verwerflich aber ist alle mythische Gewalt, die rechtsetzende, welche die schaltende genannt werden darf. Verwerflich auch die rechtserhaltende, die verwaltete Gewalt, die ihr dient. Die göttliche Gewalt, welche Insignium und Siegel, niemals Mittel heiliger Vollstreckung ist, mag die waltende heißen*” (BENJAMIN, 1991).

Direito positivo sem instaurar um novo Direito, corresponde à ideia da greve geral revolucionária, que Benjamin encontra em Georges Sorel, e que surge em ambos os autores como uma espécie de “violência”, ou de exercício de força, capaz de causar uma ruptura nas oscilações entre a instituição de um Direito novo e a manutenção do Direito instituído (BARSALINI, 2013, p. 197). Benjamin encontraria uma “chave anárquica ou messiânica” nessa ideia soreliana da revolução, qual seja, uma greve geral que alcança acabar com o poder juridicamente instituído, sem criar um novo Direito para instituir-se no poder, e que significa “a interrupção de uma evolução histórica que leva à catástrofe” (BARSALINI, 2013, p. 201). Quando o Direito é forçado a revelar-se no fenômeno da violência, pela sua execução contra o exercício de um poder ou violência contrária a ele, o Direito tem sua autoridade enfraquecida, de certo modo, pelo aparecimento público da violência que lhe escapa:

Neste caso, com efeito, a violência que o direito atual procura retirar das mãos dos indivíduos em todos os domínios da ação, aparece como realmente ameaçadora, e mesmo vencida ainda suscita a simpatia da multidão contra o direito. Por qual função a violência parece ser no fundo tão ameaçadora ao direito, e pode ser tão temida por ele, irá se mostrar justamente onde, mesmo segundo a ordenação atual do direito, seu desdobramento ainda é admitido.

Esse é antes de mais nada o caso na luta de classes, na figura da garantia do direito de greve dos trabalhadores. Hoje, a classe trabalhadora organizada constitui, ao lado dos Estados, o único sujeito de direito a quem cabe um direito à violência (BENJAMIN, 2011, p. 127-128, tradução de Ernani Chaves).⁴⁹

Assim, nota-se de que maneira a greve dos trabalhadores, em especial a greve geral, tem um potencial de se colocar como poder (ou violência) sem nenhuma relação de meios com o direito, ou seja, como violência que reina, que desconstitui o jurídico, no marco do pensamento de Benjamin. A ideia central adota tons de um messianismo, explícito e proposital. Esse messianismo, ainda que sem a alusão explícita à greve,

⁴⁹ “*In diesem Fall tritt also wirklich die Gewalt, welche das heutige Recht in allen Bezirken des Handeins dem einzelnen zu nehmen sucht, bedrohlich auf und erregt noch im Unterliegen die Sympathie der Menge gegen das Recht. Durch welche Funktion die Gewalt mit Grund dem Recht so bedrohlich scheinen, so sehr von ihm gefürchtet werden kann, muß sich gerade da zeigen, wo selbst nach der gegenwärtigen Rechtsordnung ihre Entfaltung noch zulässig ist.*

Dies ist zunächst im Klassenkampf in Gestalt des garantierten Streikrechts der Arbeiter der Fall. Die organisierte Arbeiterschaft ist neben den Staaten heute wohl das einzige Rechtssubjekt, dem ein Recht auf Gewalt zusteht” (BENJAMIN, 1991, p. 183).

também ocorre na ideia da “política que vem” de Agamben (BARSALINI, 2013, p. 201), especialmente na medida em que esta “política que vem” representaria um conflito entre humanidade e Estado.⁵⁰ Por isso, o estado de exceção efetivo referido por Benjamin, como “tarefa”, parece ser justamente a provocação dessa situação em que a “violência que reina” desafia a ordem jurídica, representada naquele “estado de exceção” que seria na verdade a regra, e que se identifica com a violência instauradora ou administradora do direito. Assim, podemos fundar uma interpretação da tese benjaminiana sobre o estado de exceção, como sendo uma afirmação de que apenas com a compreensão de que o estado de exceção encerra em si a regra é possível afastar-se verdadeiramente o fascismo da ordem política, e que a isso corresponderia a “tarefa” de desafiar essa ordem jurídica por meio de uma “violência reinante”, expressa na luta de classes. Também por isso que a “tradição dos oprimidos” é que guarda esse conhecimento da relação entre regra e estado de exceção. Assim, a oposição entre o “estado de exceção” e o “verdadeiro estado de exceção” corresponde a uma oposição entre a violência-poder que funda e administra o ordenamento jurídico e uma violência-poder revolucionária, que não quer relação com o jurídico, expressa em uma destituição definitiva de todo e qualquer ordenamento jurídico.

Surpreendentemente, não apenas Benjamin, mas também Carl Schmitt reconhece na ideia de “luta de classes” a chave para compreender o “estado de exceção permanente”, ainda que de modo diferente:

O Estado sacudido pelas lutas de estamentos e de classes se encontra, com respeito à sua constituição, em um estado permanente de exceção e seu direito é, até o seu último elemento, um direito de exceção. Quem dominar o estado de exceção, domina com ele o Estado, porque decide quando deve existir esse estado e o que é que a situação das coisas exige. Assim, todo direito termina por ser referido à situação das coisas (SCHMITT, 1999, p. 49).⁵¹

⁵⁰ “Por isso, se é lícito avançar uma profecia sobre a política que vem, *esta não será mais a luta pela conquista ou controle do Estado por parte de novos ou velhos sujeitos sociais, mas a luta entre o Estado e o não-Estado (a humanidade), disjunção irremediável entre as singularidades quaisquer e a organização estatal*” (AGAMBEN, 2015, p. 84-85). Em itálico, no original.

⁵¹ “*El Estado sacudido por las luchas de estamentos y de clases se encuentra, con arreglo a su constitución, en un estado permanente de excepción y su derecho es, hasta en su último elemento, un derecho de excepción. Quien domine al estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuando debe existir este estado*”

Dessa maneira, Schmitt, que busca expandir as características jurídicas do estado de exceção ao conjunto do ordenamento jurídico como um todo, encontra no conflito de classes uma chave que possibilita sempre reativar o estado de exceção, enquanto houverem classes. Como Schmitt não acredita na possibilidade de uma sociedade sem classes, qualquer Estado a qualquer tempo estaria sob a possibilidade do estado de exceção. Esse é o mecanismo básico pelo qual o estado de exceção, na teoria schmittiana, se perpetua no tempo, para muito além da necessidade colocada pela ameaça real à Constituição. O estado de exceção, ao fim e ao cabo, não é um meio de defesa da Constituição (ou mesmo do ordenamento jurídico em si) para Schmitt, pois se revela como meio de defesa de uma determinada classe, à qual o Estado é submetido. Graças à essa dominação do Estado por meio do estado de exceção, na teoria schmittiana, o estado de exceção se torna, conseqüentemente, estado de exceção permanente. É nesse sentido que a soberania se relaciona com a exceção na famosa formulação de Schmitt: “quem decide sobre o estado de exceção é o soberano” (SCHMITT, 1922, p. 9).⁵² A ideia é que aquele que detém o poder de decretar o estado de exceção pode fazê-lo a qualquer momento, e mantê-lo por quanto tempo quiser, utilizando esse expediente para dominar o Estado. Como visto, o conflito de classes torna permanente essa possibilidade, ou seja, mesmo se o soberano schmittiano não decide instaurar o estado de exceção, ele ainda tem sempre esse poder em potência, graças à essa estrutura de ameaça incessante que a leitura schmittiana cria usando o conceito da luta de classes.

É a partir dessas relações teóricas entre as teses de Benjamin e Schmitt que Giorgio Agamben constrói a sua própria compreensão do estado de exceção permanente. Não por acaso, Agamben chega ao ponto máximo de desenvolvimento da formulação da ideia do estado de exceção permanente em um capítulo que denominou “Gigantomaquia em torno a um vazio”, no qual os “gigantes” que se encontram em luta na obra de Agamben são precisamente as figuras intelectuais de Schmitt e Benjamin (AGAMBEN, 2010, p. 103). Para Agamben, com base nesse

y qué es lo que la situación de las cosas exige. Así, todo derecho termina por ser referido a la situación de las cosas”. Trad. livre.

⁵² “*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”. Trad. livre.

debate, o estado de exceção se releva como um “espaço vazio”, que ainda assim é uma “dimensão constitutiva do direito” (AGAMBEN, 2010, p. 115). Em torno desse vazio é que se dá a disputa de Benjamin, interpretado por Agamben como uma tentativa de garantir a existência de uma “violência anômica” que permanece fora do Direito, contra Schmitt, que tenta incluir toda a violência (inclusive a que seria anômica) dentro da ordem jurídica, fazendo uso, para isso, do estado de exceção (AGAMBEN, 2010, p. 106). Esse estado de exceção é visto por Agamben como permanente. Isso não se deve apenas a simples evidências fáticas, ainda que Agamben traga vários exemplos de banalização do estado de exceção em diferentes Estados ocidentais.⁵³ Agamben deixa claro que, assim como o estado de exceção é dimensão do direito, a tendência desse a se tornar permanente é inerente à própria ideia de estado de exceção.

O estado de exceção, segundo Agamben, contém em si um paradoxo lógico, que coloca em uma situação paradoxal a própria soberania. O efeito desse paradoxo é o estado de exceção permanente. A estrutura da suspensão do direito feita pelo soberano, quando de um estado de exceção (e aqui deve-se notar que Agamben trabalha com categorias schmittianas, na medida em que aceita como dada a definição de soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção), defronta-se com um problema topológico. Para poder suspender o direito, o soberano teria de estar “fora” do direito. Porém, é o próprio direito que autoriza o soberano, inclusive a suspender o direito. Esse é o “paradoxo da soberania”: “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (AGAMBEN, 2010).

O que Agamben busca no confronto entre as relações dos escritos de Schmitt e Benjamin é justamente uma teoria da soberania. O estado de exceção entra no centro da atenção de Agamben vinculado à soberania, porque ambos seriam a chave para a

⁵³ Especialmente, ele se refere ao abuso dos decretos-lei na Itália até a atualidade (AGAMBEN, 2010, p. 77), à prática presidencial nos Estados Unidos, desde a Guerra Civil norte-americana até o *Patriot Act* de 2001 (AGAMBEN, 2010, p. 53-58), à França desde o fim da Segunda Guerra até a atualidade (AGAMBEN, 2010, p. 43-44) e, em muito menor medida, da Suíça (AGAMBEN, 2010, p. 47-48). Apesar de uma análise detalhada da crise da República de Weimar (AGAMBEN, 2010, p. 44-46), Agamben só observa muito rapidamente o estado de exceção na atual República Federal da Alemanha, considerando uma “ironia” que esta preveja o estado de exceção como defesa da Constituição democrático-liberal, para extrair apressadamente daí que a “democracia protegida” já estaria assentada como regra à época das alterações na Constituição alemã (AGAMBEN, 2010, p. 46-47).

compreensão do Direito, necessária para o projeto científico de uma “arqueologia da biopolítica” que o autor propôs a si mesmo (COSTA, 2010, p. 10). O raciocínio pelo qual os problemas da soberania e do estado de exceção se ligam de maneira tão forte com os problemas da biopolítica passa pela pergunta que Agamben coloca a respeito de como o Direito pode “incluir” em si a vida, isto é, como o direito pode normatizar a vida humana.⁵⁴ Apenas através da decisão sobre o estado de exceção é que o soberano consegue incluir a vida no Direito, isto é, fazer com o Direito possa exercer efeitos sobre a vida humana:

A afirmação segundo a qual “a regra vive somente da exceção” deve ser tomada, portanto, ao pé da letra. O direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta. Neste sentido verdadeiramente o direito “não possui por si nenhuma existência, mas o seu ser é a própria vida dos homens”. A decisão soberana traça e de tanto em tanto renova esse limiar de indiferença entre externo e interno, exclusão e inclusão, *nómos* e *phýsis*, em que a vida é originalmente excepcionada no direito. A sua decisão é a colocação de um indecível (AGAMBEN, 2010, p. 34).

Assim, a estrutura da tese de Agamben parte da tese schmittiana de que o ordenamento jurídico é possível através do soberano, que decide sobre o estado de exceção. Porém, Agamben apresenta o estado de exceção como uma inevitável aporia, expressa um “paradoxo da soberania”, que deixa o ordenamento jurídico no vazio. Logo, em conjunto, a tese de Agamben apresenta a própria existência de uma ordem jurídica capaz de atuar sobre a vida orgânica do homem como um paradoxo insolúvel, alcançando com isso seu objetivo: completar a crítica da biopolítica, através da arqueologia do “estado de exceção”, no sentido de uma crítica à própria estrutura inerente dos Estados ocidentais. Daí a “chave anárquica” da política que vem, e de sua oposição entre humanidade e Estado. Trata-se do o que autor acredita ser a exposição de uma falha lógica no mecanismo central pelo qual o Direito age a favor da biopolítica. O estado de exceção permanente surge como uma técnica de governo

⁵⁴ Agamben recoloca uma diferenciação, baseada na terminologia grega clássica e tomada de Aristóteles, entre a vida orgânica, o “simples fato de viver”, que se aplica a humanos e animais (*zoé*) e a vida do ser humano enquanto a maneira ou forma de viver própria de um indivíduo ou grupo humano (*bios*) (AGAMBEN, 2015, p. 9). A esses conceitos correspondem as ideias de vida nua, vida despida de forma que é reduzida a *zoé* (AGAMBEN, 2010, p. 12), e de forma-de-vida, que expressa a ideia de uma vida que não pode ser isolada de sua forma, como *bios* (AGAMBEN, 2015, p. 9).

pela qual o Estado consegue continuar exercendo sua biopolítica. Surge como um desenvolvimento em que se tornam absolutamente indistintos os âmbitos do Direito na normalidade com a violência extrajurídica, por meio de um processo em que a vida natural⁵⁵ é “capturada” no estado de exceção e inserida dentro do ordenamento, com o qual se torna progressivamente indiscernível. Agamben vê esse desenvolvimento com base na ideia de que há dois espaços diferentes, um que representa o estado de direito e o outro que representa o estado de natureza,⁵⁶ de modo que no estado de exceção o estado de natureza está dentro do estado de direito, e que os limiares entre ambos se confundem, tornando-se ambos indiscerníveis conforme o seguinte esquema:

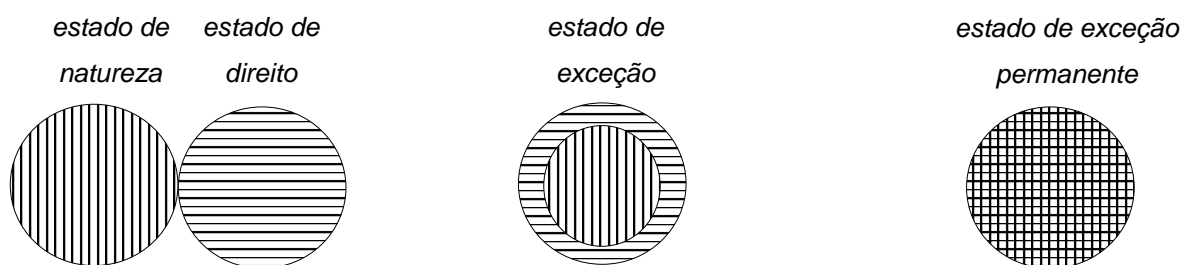


Figura 3 – Relação entre estado de direito, estado de exceção e estado de natureza (AGAMBEN, 2010, p. 44). Adaptado.

Assim, pode-se compreender a afirmação do estado de exceção permanente, para Agamben, como uma consequência inevitável do paradoxo da soberania, que implica que todos os Estados dependeriam do estado de exceção, ao menos em potência, para poderem tornar efetivo os seus ordenamentos jurídicos. Em razão disso, o estado de exceção, que vai se tornando indistinto do Direito na normalidade conforme continua sua vinculação a este, torna-se permanente de maneira inevitável enquanto houver um Estado, e enquanto este mantenha alguma pretensão “biopolítica” quanto a regular a vida humana. Trata-se aqui de uma vinculação filosófica mais do que da constatação de um simples desenvolvimento histórico, ainda

⁵⁵ O que em Agamben significa extra-política, pois pertence ao campo da *zoé*, não da *bíos*.

⁵⁶ A tentativa de Agamben de fundar a compreensão desse estado de natureza na teoria de Thomas Hobbes incorre em severos problemas de interpretação quando analisa-se o corpo teórico da produção de Hobbes como um todo. Para alguns desses problemas, especialmente no que diz respeito à diferença entre vida humana e animal, veja-se a crítica de Foisneau sobre a interpretação de Agamben quanto aos conceitos de Soberania e Animalidade (FOISNEAU, 2005).

que a análise do desenvolvimento histórico (sob a forma da “arqueologia” da biopolítica) forneça o substrato metodológico para o desenvolvimento dessa vinculação filosófica.

Porém, mesmo independente da avaliação filosófica de Agamben (à qual serão apresentadas críticas mais adiante no presente trabalho), se o estado de exceção permanente não é uma consequência intrínseca da própria ideia de Estado, ao menos na prática histórica recente a normalização do estado de exceção tem se apresentado, no mínimo, como risco e tendência, quando não como consequência intrínseca. Mesmo no campo da mais estreita dogmática do direito positivo constitucional este risco do estado de exceção se apresenta. No manual de Direito Constitucional Positivo de autoria de José Afonso da Silva, podemos ver o seguinte trecho, destacando a importância dos princípios da temporariedade e necessidade do estado de exceção na ordem jurídica brasileira:

Sem que se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe tempo limitado para a vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de ditadura. Então, sempre se põe a grave questão: quem guardará a ordem constitucional contra as investidas dos donos do próprio poder? (SILVA, 1998, p. 727).

A preocupação com os riscos do estado de exceção, de sua permanência, é inevitável diante da evolução histórica recente. A genealogia do estado de exceção apresentada aqui anteriormente deve bastar para se demonstrar que o estado de exceção possui sérios riscos e que muitas vezes vai se implantando progressivamente, a ponto de se confundir de algum modo com a normalidade. Ainda mais que não há um sistema de controles adequado, pensado para o problema do estado de exceção, com as peculiaridades que este implica ao exercício do poder.

De modo semelhante, Carl Friedrich inclui o que chama de ditadura constitucional no conjunto das técnicas dos governos constitucionais modernos, acreditando serem medidas necessárias. Especialmente, Friedrich atribui a necessidade destas a dois fatores: o “conflito de classes” e a “guerra massiva

moderna”.⁵⁷ Porém, como Friedrich se posiciona no marco teórico da continuidade do que chama de governo constitucional, ele adverte também para uma série de problemas que conduzem à necessidade de uma regulamentação adequada para evitar que a concentração de poderes acabe destruindo a ordem constitucional.⁵⁸ Friedrich cria, para a avaliação da adequação dessas medidas de “ditadura constitucional”, um teste de adequação para dar objetividade à avaliação das medidas de estado de exceção.

1.2.2 Teste de Adequação: avaliando qualitativamente a regulamentação do estado de exceção

Como Friedrich, diferentemente de Agamben (ou nesse ponto, de Schmitt ou Benjamin), não vê uma inevitabilidade do estado de exceção se tornar permanente, pode se colocar a questão de qual seria uma regulamentação do estado de exceção capaz de evitar a violação da Constituição pelo abuso do estado de exceção. Ainda no marco de sua nomenclatura de ditadura constitucional, Friedrich propõe que as previsões de estado de exceção sejam avaliadas com base em quatro critérios: (1) apontamento de um ditador, (2) determinação de uma emergência, (3) limite temporal preciso e (4) objetivo legítimo (FRIEDRICH, 1968, p. 566-570).

No que diz respeito ao apontamento de um ditador, Friedrich se refere à forma como é designado o agente público que concentra poderes no estado de exceção, ao qual ele chama “ditador”. Para esse critério do Teste de Friedrich, é necessário que a

⁵⁷ “*In the twentieth century the demand for such concentration has arisen once again from the emergencies with which we are confronted: the conflict between classes in our industrial society and the exigencies of modern mass warfare*” (FRIEDRICH, 1968, p. 558). [“No século vinte, a demanda por tal concentração surgiu uma vez mais das emergências com as quais somos confrontados: o conflito entre classes em nossa sociedade industrial e as exigências da guerra massiva moderna” (trad. livre)].

A presença do conflito de classes como motivação para a necessidade da ditadura constitucional mostra mais uma vez a influência, não declarada, de Schmitt no pensamento de Friedrich. Sobre essa influência cf. supra pp. 20-1 (no ponto da genealogia do estado de exceção) e p. 53 (para a vinculação schmittiana de luta de classes e estado de exceção).

⁵⁸ “*When the constitutional dictatorship becomes permanent, it becomes unconstitutional and leads to the perversion and eventual overthrow of the constitutional order. A concentration has replaced the division of powers*” (FRIEDRICH, 1968, p. 560). [“Quando a ditadura constitucional se torna permanente, ela se torna inconstitucional e leva à perversão e eventual derrubada da ordem constitucional. Uma concentração tomou o lugar da divisão de poderes” (trad. livre)].

nomeação dessa autoridade seja feita de acordo com formas constitucionais precisas, preestabelecidas (FRIEDRICH, 1968, p. 566-567).

A determinação da emergência é o segundo critério, segundo o qual o “ditador” não deve ter o poder discricionário de decidir por declarar ou encerrar o “estado de emergência” (FRIEDRICH, 1968, p. 567), isto é, aquela autoridade que concentrará os poderes excepcionais não pode receber a competência para avaliar se uma emergência é suficiente para a incidência do estado de exceção. Dessa maneira, esse critério avalia se o estado de exceção é declarado por uma autoridade diferente da que exerce os poderes de exceção.⁵⁹ Em sistemas parlamentaristas, Friedrich reconhece que há um problema maior para isso, uma vez que, se o Primeiro Ministro adquirirá os poderes de exceção, será meramente formal que o Parlamento seja quem declara o estado de exceção, em razão de que o Executivo é ligado à maioria parlamentar sempre nestes sistemas (FRIEDRICH, 1968, p. 567).⁶⁰ Esse segundo critério, portanto, já não será atendido por um grande número de países, permanecendo como um risco ao menos em potência, quando não se concretiza de fato.

O terceiro critério do Teste de Friedrich é a limitação de tempo precisa (FRIEDRICH, 1968, p. 568). É o que tem efeitos mais evidentes para o problema do estado de exceção. Não bastam limites indiretos, como duração do mandato do Presidente, esse critério demanda uma limitação temporal exata, prevista previamente, ao fim da qual cessará automaticamente o estado de exceção.

Por fim, Friedrich destaca também o que poderia constituir um quarto critério, quanto ao objetivo legítimo do exercício do estado de exceção. Este objetivo legítimo seria que o estado de exceção seja empregado para, de fato, defender a ordem constitucional (FRIEDRICH, 1968, p. 569). As “bases da Constituição”, quer dizer, o as normas que compõem sua estrutura mais fundamental, não podem ser atingidas

⁵⁹ O que representa uma possível tentativa de neutralização do problema da soberania em Schmitt, uma vez que com essa limitação, quem decide sobre o estado de exceção não adquire poderes, esvaziando o sentido da tese de Schmitt que o “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 1922, p. 9). [*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*].

⁶⁰ Em sistemas presidencialistas, como o adotado nos Estados Unidos, Friedrich também destaca que muitas vezes o Presidente tem um controle tal sobre a maioria do Legislativo a ponto de também tornar formal essa separação, mas nem sempre isso ocorre (FRIEDRICH, 1968, p. 567).

pelo estado de exceção (FRIEDRICH, 1968, p. 569). A definição exata de que medidas representam a violação dessa “base” da constituição e quais são necessárias para a defesa da constituição não é unívoca, sendo que grupos distintos podem acreditar em soluções distintas para a situação de crise (FRIEDRICH, 1968, p. 569). Friedrich acredita que o Judiciário pode ter algum papel, principalmente “arbitral”, no controle das medidas do estado de exceção para que estas não se voltem contra o objetivo legítimo de defesa da Constituição (FRIEDRICH, 1968, p. 569). Porém, reconhece que também o Judiciário é sujeito a abusos e que as cortes muitas vezes aparecem incapazes nas situações de emergência, não sendo uma salvaguarda institucional suficiente para evitar os abusos do estado de exceção (FRIEDRICH, 1968, p. 569-570). Para este controle, apenas a “determinação do povo” é capaz de colocar alguma limitação, sendo que, para exercer esse controle, o povo precisa que a Constituição traga limitações funcionais efetivas.⁶¹ Dessa maneira, os três critérios anteriores, quanto à nomeação precisa de acordo com as formalidades constitucionais, à distinção entre a autoridade declarante do estado de exceção da que recebe poderes especiais e à limitação temporal, são condição prévia para que o último critério possa ser preenchido. O controle do objetivo legítimo pode até ser exercido em parte pelo Judiciário, porém reconhecendo as falhas e limitações deste. Mas sobretudo, esse controle só poderia ser exercido plenamente pelo povo.⁶²

Tendo por base esse teste, Friedrich avalia que nenhuma Constituição à época⁶³ possuía regulações adequadas que pudessem evitar a degeneração do estado de exceção em ruptura constitucional (FRIEDRICH, 1968, p. 570). Inclusive, alerta que mesmo que alguma Constituição fosse adequada em todos os critérios do teste de adequação, ela ainda não estaria plenamente garantida, a menos que a Constituição tivesse o apoio da comunidade dos cidadãos.⁶⁴ Aqui, Friedrich consegue superar o

⁶¹ “*Only the people’s own determination to see them so used can make sure of that, provided the constitution has placed the limitations upon the exercise of dictatorial emergency powers which have been discussed. Unhappily, all modern constitutions are defective in this respect. Yet, how are the people to exercise their restraint, when the constitution does not contain effective working limitations?*” (FRIEDRICH, 1968, p. 570).

⁶² Que forma um tal controle poderia tomar é questão fundamental, que será abordada mais adiante no presente trabalho. cf. *infra*, p. 20 *et seq.*

⁶³ A quarta edição foi editada em 1968.

⁶⁴ “*To repeat: even such provisions are merely technical improvements, and no constitutional order can maintain itself which is not supported loyally by its citizens*” (FRIEDRICH, 1968, p. 570); “*Rigid constitutional*

legado schmittiano que pesa no restante de sua análise, uma vez que reconhece a vontade popular como a força constitucional determinante e capaz de se expressar autonomamente. Nesse ponto é que o Teste de Adequação de Friedrich surge como uma contribuição genuína ao desenvolvimento de uma teoria do estado de exceção.

1.2.3 Objeções e Restrições ao Diagnóstico do Estado de Exceção

Permanente

Tendo visto as diversas posições, convergentes ou antagônicas, que concluem pela existência de um estado de exceção permanente, é também necessário levantar as objeções a esta ideia, bem como as restrições a tal “diagnóstico”. Em primeiro lugar, cabe destacar que o estado de exceção permanente é observado a partir de dois pontos de vista distintos, um empírico e contingente, outro abstrato e geral. De um lado há aqueles que baseiam esse diagnóstico não em uma consequência universal da própria estrutura do estado de exceção, mas na realidade empírica dada, de maneira que este é apenas contingente, dependendo de situações e condições específicas. Nessa posição se encontra a maior parte da dogmática jurídica, quando chega na conclusão do estado de exceção permanente, uma vez que a própria metodologia da dogmática implica em que, como pressuposto, se supõe racional a existência dos fenômenos jurídicos, sendo inaceitável para a dogmática a visualização de aporias essenciais a estruturas normativas como o estado de exceção.⁶⁵ Carl Friedrich pode ser colocado como representante dessa categoria, por exemplo. Por outro lado, há teorias de viés crítico, como a de Agamben, que promovem a visão de que o estado de exceção permanente é uma consequência inevitável da estrutura do estado de exceção (ou mesmo da estrutura da soberania ou do próprio Estado), sendo

limitations such as the one suggested by the present analysis will not save a constitutional regime which prevents the realization of what is considered right by the community” (FRIEDRICH, 1968, p. 571).

⁶⁵ Deve ser observado que a pergunta colocada no presente trabalho acaba direcionando esta investigação a um ponto de vista próximo a este, na medida em que busca uma possibilidade de controle para o estado de exceção. Para um tal controle ser possível, é preciso fazer a crítica do ponto de vista abstrato-geral, que pressupõe impossível impedir as consequências do estado de exceção permanente. Porém, busca-se adotar um ponto de vista capaz de absorver o potencial crítico dessas objeções em abstrato, para empreender a investigação em busca de um potencial controle do estado de exceção, ainda que adotando perspectiva mais próxima daquelas empírico-contingentes.

que esse diagnóstico é, de certo modo, sustentado desde o plano abstrato e adquire um caráter universal, por decorrer de maneira lógica da estrutura.

Do mesmo modo, as objeções ao diagnóstico do estado de exceção permanente podem seguir também essas duas vias, do plano empírico ou do plano abstrato, para fundamentar sua objeção. Visto isso, analisemos primeiro as críticas que podem ser levantadas no plano abstrato, para em seguida prosseguir à busca de objeções baseadas em dados empíricos.

Uma das objeções que se pode levantar quanto ao diagnóstico do estado de exceção permanente, na forma em que Agamben o coloca, pode ser baseada em que Agamben toma como dado a existência de um problema da soberania no Estado. Contra isso, poderia ser argumentado que uma teoria do Estado que conseguisse estruturar um modelo explicativo do fenômeno estatal de maneira independente da afirmação de uma Soberania seria capaz de evitar o “paradoxo da soberania” e, por conseguinte, a consequência do estado de exceção permanente. No máximo, vingando uma tal teoria, a tese de Agamben se reduziria consideravelmente, mantendo-se apenas como crítica da teoria da soberania ou mesmo como simplesmente uma aporia da vinculação entre soberania e estado de exceção. Mas, é possível uma tal teoria ser estruturada? Sendo possível, a ausência do conceito de soberania no modelo teórico significa a ausência do problema da realidade prática?

Em primeiro lugar, quando procuramos uma teoria do Estado em que não há o conceito de soberania, destaca-se logo o positivismo de Kelsen, especialmente pela recondução do sistema normativo à uma norma fundamental, e não a um soberano.⁶⁶

⁶⁶ O conceito de norma fundamental é o de uma norma, tomada como pressuposta, que autoriza a norma positiva mais elevada (em geral a Constituição) que pode ser encontrada em sistema de hierarquia de normas. “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)” (KELSEN, 2009, p. 56). Nesse sentido, Kelsen não admite a ideia de soberania, ou pelo menos não como tendo um titular, pois “(...) não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal (...)” (KELSEN, 2007, p. 150).

Porém, Agamben prevê uma resposta possível à solução normativista, uma vez que se coloca a questão de como a Constituição se vincula à realidade. A teoria do poder constituinte pouco esclarece, nesse ponto, pois o Poder Constituinte, ao colocar uma Constituição sem nenhuma norma prévia, acaba se situando com o mesmo problema do soberano. Na melhor das hipóteses, configura-se a troca do “paradoxo da soberania” por um paradoxo do poder constituinte. (AGAMBEN, 2010, p. 46-47). Da mesma forma, o conceito kelseniano de norma fundamental só resolve a questão se isolado de problematização por ser um pressuposto necessário da proposta positivista de ciência jurídica. Porém, se tomamos que o ponto de vista de Agamben não é a tarefa de uma ciência jurídica por si, isso apenas coloca em questão a própria possibilidade de uma ciência jurídica no sentido positivista. Quando se busca entender a norma fundamental como pressuposto metodológico, o mesmo paradoxo da soberania se colocaria novamente, ainda que alterado, na forma de que o Direito não consegue se vincular à vida, senão por meio da pressuposição. Isto é, o nexó entre o Direito e a vida por ele regulada se torna incognoscível, pois é pressuposto, não podendo ser analisado. A vantagem aqui, porém, é que o estado de exceção deixa de ser o problema central. Em uma tal concepção normativista com hierarquia de normas, o mecanismo de nexó entre vida e direito que pode ser problematizado, isto é, a norma fundamental, não implica necessariamente no problema do estado de exceção permanente, uma vez que o estado de exceção é apenas uma norma entre outras tantas normas ordenadas.

Mesmo em concepções positivistas em que a questão da soberania é confrontada, como a colocada por Hart, o problema da soberania se coloca de modo distinto do colocado por Schmitt (o qual é pouco usual, inclusive). A questão se coloca não na decisão sobre o estado de exceção, mas na decisão sobre as normas secundárias do ordenamento, em especial quanto à competência para interpretar normas e para legislar irrestritamente (HART, 2012, p. 67-98). Nesse caso, a teoria da soberania apresenta uma “inadequação conceitual geral”, pois há Estados sem soberano, como Hart demonstra (HART, 2012, p. 98-102). Nesse caso, o estado de exceção deixa de jogar um papel decisivo, não tendo nada de especial com relação às demais normas constitucionais. Nesse sentido, a Teoria de Agamben deixa sem resposta todas as teorias do Direito em que o estado de exceção não joga um papel tão central quanto na teoria de Schmitt, contra a qual se direciona a crítica de

Agamben. Porém, de uma forma ou outra, toda teoria jurídica encontra um de seus maiores problemas justamente nonexo entre o sistema normativo e a sua efetividade na vida humana. Porém, não há como pretender-se que a crítica de Agamben possa ser ampliada a todos os modelos teóricos, de maneira que o problema do estado de exceção permanente só se colocará nos termos de Agamben caso o Estado esteja organizado em moldes “schmittianos”, quer dizer, apenas se houver uma autoridade que age como soberana com base em poderes derivados do estado de exceção.

Em muitos países, talvez seja possível vislumbrar empiricamente um aumento do uso de poderes de exceção constitucionalmente previstos. A genealogia anteriormente apresentada no presente trabalho é um forte indício desse fato. Porém, mesmo com o diagnóstico do estado de exceção permanente se mostrando adequado no nível empírico, deve-se tomar o cuidado de reconhecer que o grau em que cada Estado está tomado pelo paradigma de governo da exceção será certamente distinto. Ao passo que há países que mantêm continuamente grandes porções do seu território sob estado de sítio por um longo período de tempo (o exemplo mais emblemático seria a Colômbia), há outros em que o estado de exceção permanente se expressa na forma, muito mais leve, da perda do espaço do legislativo para decretos do executivo com força de lei. Mesmo países em que os poderes legislativos de emergência são abusados para muito além de seu paradigma emergencial, a intensidade da substituição da atividade legislativa pode variar grandemente no tempo, de acordo com alterações normativas (como o ocorrido no Brasil, com a emenda constitucional 32, que limitou as competências da Medida Provisória e reduziu significativamente a perda de espaço da legislação ordinária).⁶⁷ Assim, é ao mesmo tempo evidenciado que o estado de exceção é um paradigma de governo central na maioria dos Estados atuais e que, no entanto, nem todos os mecanismos do estado de exceção tem igual intensidade. Há que se restringir, por isso, a avaliação do estado de exceção permanente, para reconhecer os nuances que recobrem as variadas formas pelo qual os Estados adotam em diversos graus o paradigma do estado de exceção em seu governo. É um fato, porém, que o estado de exceção se tornou um traço praticamente universal nos ordenamentos jurídicos atuais, recaindo a questão principalmente sobre

⁶⁷ Vide Figura 3, *supra*, p. 42.

a forma e os mecanismos de controle do estado de exceção, que alteram grandemente os impactos deste sobre o sistema político e o ordenamento jurídico como um todo.

Uma vez que o estado de exceção que se torna permanente surge como um problema atual, mas que não é necessariamente essencial ao instituto ou inevitável, uma compreensão normativista do direito que não seja atingida pelo problema da exceção soberana pode se manter mesmo diante da crítica colocada por Agamben. Cabe levar em conta, em razão do acima elencado, uma concepção normativista que seja capaz de alinhar o estado de exceção de uma maneira coerente com o sentido da Constituição um Estado de Direito democrático, desde que compreendidos os riscos graves à ordem constitucional democrática que o estado de exceção representa.

1.2.4 Estado de Exceção como Elasticidade da Constituição

Uma compreensão fundamental para o sentido que o estado de exceção pode encontrar numa constituição moderna é o colocado por Hesse. Apesar de restringir sua análise à norma constitucional da República Federal da Alemanha (Lei Fundamental) tomada de modo “individual-concreto” (HESSE, 1998, p. 25-6), algumas considerações de Hesse podem ser de interesse para a teoria do estado de exceção nas Constituições em geral. Partindo do ponto de vista dogmático, sem colocar a questão da legitimidade da Constituição e tomando como fim necessário da Constituição que esta busque a sua própria continuidade, Hesse busca sistematizar o estado de exceção como mecanismo pelo qual a constituição busca sua própria defesa. Deve-se destacar que Hesse inclui como “asseguramento da ordem fundamental liberal e democrática” duas medidas, muito próprias da Lei Fundamental alemã, que não são tão habituais em outros ordenamentos, como a proibição de partidos políticos e a perda de direitos fundamentais, ambos através de sentença do Tribunal Constitucional Federal (HESSE, 1991, p. 517-524). É nesse conceito, de “asseguramento da ordem fundamental liberal e democrática”, que Hesse também inclui o estado de exceção, ainda que com um aspecto distinto que diferencia daquelas duas medidas:

O artigo [sic] 18 e 21, alínea 2, da Lei Fundamental [que tratam da perda de direitos fundamentais e proibição de partido, respectivamente], estão restringidos ao rechaço a aspirações “de baixo” que são adequadas para pôr em perigo a existência da Constituição de dentro. Seu alcance não compreende as ameaças ao Estado e à Constituição de fora e não seu asseguramento contra situações de exceção internas que ultrapassam um abuso de direitos fundamentais ou a atividade de um partido anticonstitucional ou que nada têm a ver com esses fatos. Ameaças ou prejuízos dessa índole podem conduzir a uma perturbação constitucional ou a uma situação de emergência estatal. Ao seu rechaço servem o instituto da situação de emergência legislativa e uma série de instituições que devem ser incluídos no direito do estado de exceção (HESSE, 1998, p. 525).

Assim, Hesse distingue o estado de exceção como uma proteção contra ameaças externas à Constituição. Por motivos ligados à estrutura da Lei Fundamental alemã, a ordem liberal e democrática é que é protegida, mas em uma Constituição não tão específica ainda poderia ser direcionado à proteção da Constituição em si. Hesse também preserva o sentido de excepcionalidade do estado de exceção, pois reconhece que este apenas ocorre quando há

(...) perigos sérios para a existência do Estado ou a segurança e ordem pública, que não podem ser eliminados pelos caminhos previstos pela Constituição, senão cujo rechaço e eliminação somente com meios excepcionais é possível (HESSE, 1991, p. 526).

Apesar da limitação muito rígida e repressiva que a defesa não apenas da Constituição, mas da “ordem liberal e democrática”, da “segurança e ordem pública” e da “existência do Estado”, implica em Hesse, esses são aspectos mais individualizados da compreensão da Lei Fundamental alemã e da prática constitucional daquele país. Deixando de lado esses aspectos a principal inovação colocada por Hesse nos debates sobre estado de exceção é o papel que joga a “elasticidade constitucional”.

O direito do estado de exceção apresenta uma estrutura voltada à garantia da “força normativa da constituição”, porquanto se direciona à defesa da Constituição. É o que possibilita a aplicação e a efetividade da Constituição nas situações de emergência, isto é, nas situações inesperadas. A força normativa só pode ser alcançada por uma Constituição que “(...) não deve assentar-se numa estrutura unilateral”, mas “deve ela incorporar, mediante meticolosa ponderação, parte da estrutura contrária” (HESSE, 1991, p. 5). É justamente por conta desse mecanismo de inclusão de “estruturas contrárias” que a forma excepcional é tão importante. Ou seja, ela permite que a Constituição simultaneamente apresente garantias de direitos

fundamentais amplos e possa reprimir essas garantias para manter-se enquanto Constituição. O que surgia em Agamben como paradoxo surgirá em Hesse como uma técnica de inclusão dos contrários. Essa técnica normativa, que encontra uma grande expressão no instituto do estado de exceção, possibilita ao Estado uma grande elasticidade para se adequar à realidade social, ao mesmo tempo em que, realiza sua pretensão normativa. A Constituição se apresenta em inevitável tensão entre pretensão normativa e realidade social, de modo que apenas consegue afirmar-se normativamente sendo capaz de adaptar-se às mudanças na realidade social e política, para não ultrapassar a sua própria força normativa. Essa peculiar visão da Constituição afirma a necessidade de que a mesma seja “elástica”, isto é, possa ser modificada sob a pressão das alterações na realidade concreta, mas mantendo uma tensão que exerce força no sentido da normatividade pretendida. A situação em que a Constituição mais precisaria demonstrar essa elasticidade é justamente na “situação de emergência”, onde ocorre o que Hesse chama de “prova de força”.⁶⁸ Ou seja, é no estado de exceção que a Constituição chega ao máximo de sua tensão, “testando” sua capacidade elástica. Assim, o direito do estado de exceção se esclarece, em Hesse, como uma incorporação de elementos contrários que permitem à Constituição se adaptar na situação de emergência, onde sua tensão é testada ao máximo. “A Constituição deve afirmar-se não só em tempos normais, mas também em situações de emergência e de crise” (HESSE, 1998, p. 528), nas quais o estado de exceção encontra sua “tarefa”, isto é, seu objetivo primordial de defender a constituição (HESSE, 1991, p. 528).

A metáfora da elasticidade é ainda mais propícia porque conduz à compreensão da consequência de uma Constituição que não consegue se adaptar à realidade: o rompimento da moldura constitucional, na prática. O risco associado com o rompimento constitucional está presente com grande peso na compreensão de Hesse, que destaca na facilidade de rompimento formal da Constituição de Weimar um fator que contribui para a ascensão do regime nazista (HESSE, 1998, p. 507-508). Por isso,

⁶⁸ “Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade” (HESSE, 1991, p. 6).

se o estado de exceção apresenta essa elasticidade, como mecanismo de defesa da Constituição contra a ameaça externa a ela (seja a da guerra, da rebelião ou de outra situação extraordinária), o mesmo estado de exceção ameaçará romper a ordem constitucional, desde dentro, caso não haja um retorno rápido à normalidade. Hesse tem esse outro perigo em conta, e por isso destaca que as medidas de exceção devem se dar de acordo com o objetivo constitucional. Isto significa que devem ser usadas tão somente os meios necessários e proporcionais para a “eliminação da perturbação”, isto é, para afastar logo o perigo de ruptura colocado à Constituição desde fora (HESSE, 1998, p. 527), sem ameaçar a ruptura desde dentro. O estado de exceção só pode evitar esse risco à moldura constitucional se segue rigidamente o objetivo estabelecido constitucionalmente (HESSE, 1998, p. 529).

O ponto fundamental reside, portanto, em que a Constituição possa ser defendida de uma ameaça a ela mesma sem que sua força normativa seja danificada. Por isso que Hesse visualiza nas normas do direito de estado de exceção uma característica especial, que as diferencia sobretudo das demais normas constitucionais. A sua estrutura jurídico-normativa é mais aberta, permitindo “desvios” à normalidade constitucional, em que o objetivo determina o conteúdo mais do que limites pré-estabelecidos (HESSE, 1998, p. 529). Obviamente, também a capacidade de suspender temporariamente partes da Constituição para a preservação do todo da Constituição também diferencia a norma de estado de exceção das demais normas (HESSE, 1998, p. 529). Assim, com base na ideia de elasticidade constitucional e de força normativa, Hesse alcança colocar o problema do estado de exceção de maneira distinta.

Por um lado, Hesse coloca dogmaticamente, de certa maneira, o que Agamben pretendia demonstrar desde o ponto de vista da filosofia, isto é, que o direito só pode “capturar a vida” ou adquirir e manter sua “força normativa”⁶⁹ mediante o estado de exceção. Mas com isso, Hesse refletiria também a problemática do “paradoxo da soberania” criticado por Agamben? No caso, isso não ocorre graças à capacidade da teoria jurídico-constitucional de Hesse para abordar princípios contrários dentro do

⁶⁹ A diferença de terminologia entre os autores corresponde aos distintos pontos de vista, mas ambas as ideias, apesar de diferentes, conduzem ao problema da conexão entre normatividade jurídica e realidade concreta.

mesmo ordenamento. Algo que na maioria das abordagens normativistas encontraria-se como um problema de contradição de princípios, encontra-se em Hesse como um fortalecedor da Constituição, na medida que a “inclusão de estruturas contrárias” se mostra como o mecanismo pelo o qual a Constituição consegue mediar a tensão entre realidade e normatividade. Essa tensão, que se reflete na elasticidade constitucional em especial no estado de exceção, permite à concepção de Hesse garantir o sentido de um estado de exceção sem cair no “paradoxo da soberania” de Agamben. Assim, o “paradoxo da soberania”, que Agamben denuncia criticamente como ponto de vinculação do ordenamento jurídico, não representará problema especialmente difícil para uma dogmática que adote a questão da tensão e elasticidade conforme colocada em Hesse. Porém, se uma tal solução consegue salvar a possibilidade de uma dogmática jurídica do estado de exceção, isso não reduz em nada o reconhecimento que daí decorre de que o direito está vinculado inevitavelmente a um espaço de violência muito mais frouxamente regulada ou limitada do que deixaria transparecer normalmente.

1.2.5 Estado de Exceção, Ditadura Soberana e Ditadura Comissária: críticas a Schmitt

Feitas as considerações já elencadas, é necessário retomar o debate para colocar em questão um ponto da teoria do estado de exceção: a suposta distinção entre Ditaduras Soberanas e Comissárias, conforme introduzida por Schmitt. Tendo-se em vista que a obra de Schmitt sobre a ditadura foi de grande influência na teoria do estado de exceção no Direito Constitucional (como exemplificado anteriormente pela atitude de Friedrich), não é possível realizar uma compreensão do significado do estado de exceção que não se defronte com a distinção schmittiana entre Ditadura Soberana e Comissária. Essa distinção é o ponto central em torno do qual se articula a teoria schmittiana do estado de exceção.

A conexão entre soberania e ditadura é fundamental para Schmitt. Para apresentar um primeiro substrato para tal conexão, Schmitt coloca em primeiro lugar

a questão da ditadura de Júlio Cesar.⁷⁰ Isso porque todas as ditaduras romanas são claramente magistraturas submetidas a determinados limites, colocados pelo Senado, de maneira que o ditador nunca poderia ser um soberano, uma vez que ele mesmo se submete a uma autoridade superior, exercida no Senado. Apenas dois ditadores na história romana não devolveram os poderes concentrados imediatamente após finda a emergência: Silas e César.

A remissão à história romana, porém, é apenas uma maneira que Schmitt encontra de vincular sua hipótese ao conhecimento clássico do direito romano. Schmitt aponta a conexão entre soberania e ditadura principalmente a partir da experiência moderna da Revolução Francesa, em especial na chamada “ditadura jacobina” (SCHMITT, 1999, p. 153). Com a ditadura jacobina, se coloca em prática o que Schmitt considera uma nova teoria da ditadura, em que o ditador não é mais um comissário, mas se converte em um “poder pleno absoluto”, que não se limita mais por nenhuma das competências anteriormente estabelecidas (SCHMITT, 1999, p. 153). Não seria mais uma magistratura especial, porque concentradora de poderes, mas sim uma magistratura que faz desaparecer todas as demais (SCHMITT, 1999, p. 153). Os teóricos que Schmitt aponta como sendo os formuladores dessa nova forma de Ditadura são Mably (SCHMITT, 1999, p. 153), em menor grau, e principalmente Rosseau, em parte pela influência que ambos tiveram sobre o pensamento revolucionário francês.⁷¹ Cabem assim, algumas observações sobre a leitura que Schmitt faz de Rousseau e do papel que essa interpretação joga na ideia de Ditadura Soberana.⁷² Em primeiro lugar, destaca-se que Schmitt se coloca em uma postura aparentemente bastante crítica à obra de Rousseau, adjetivando-a desde o primeiro momento de “contraditória” (SCHMITT, 1999, p. 154). Ao longo de uma larga exposição, Schmitt tenta expor uma suposta contradição entre o conceito de vontade

⁷⁰ “Porque o grande precedente histórico, a *lex regia*, mediante a qual era cedido o poder aos césares, adotou em César a forma de uma ditadura permanente y poderia ter feito aparecer ao soberano como ditador” (SCHMITT, 1999, p. 148). [*Porque el gran precedente histórico, la lex regia, mediante la cual era cedido el poder a los césares, adoptó en César la forma de una dictadura permanente y habría podido hacer aparecer al soberano como dictador*”. Trad. livre].

⁷¹ Schmitt chama o livro “*Du Contrat Social*” de Rousseau de “bíblia dos jacobinos”, mas alerta que acredita que esse livro é importante mais que pela influência, pelo conteúdo, ao qual Schmitt imputa o “terror” como consequência do “individualismo continental” (SCHMITT, 1999, p. 154).

⁷² A contribuição de Rousseau para a retomada da Ditadura nas Repúblicas já foi abordada anteriormente no presente trabalho; cf. supra p. 22-3.

geral e os dois tipos de ditadura que Rousseau elenca, baseando-se na ideia de que a vontade geral não pode decidir o específico. A ditadura “autêntica” (aquela do Ditador romano, na divisão de Rousseau) exigiria uma compreensão “dialética” do “direito que suspende a si mesmo”, que não é colocada por Rousseau (SCHMITT, 1999, p. 166). Resultaria daí uma contradição entre a suspensão específica e excepcional do direito e o caráter geral e abstrato da vontade geral (SCHMITT, 1999, p. 158-159, 161, 164, 165-166). A ditadura seria reconhecida, mas sem argumento jurídico que lhe fundamente, na teoria de Rousseau. Porém, a leitura de Schmitt de que em Rousseau o “conteúdo da atividade do ditador é puramente fático” e “não tem nada que ver com a legislação” (SCHMITT, 1999, p. 166) apenas se mantém quando não se toma com atenção a relação proposta por Rousseau entre a existência do Estado e a Vontade Geral. A legislação para Rousseau é apenas um meio pelo qual o corpo político formado no contrato social age:

Pelo pacto social demos a existência e a vida ao corpo político: trata-se agora de dar-lhe o movimento e a vontade pela legislação. Pois o ato primitivo pelo qual esse corpo se forma e se une nada determina também do que ele deve fazer para conservar-se.⁷³

Ou seja, a legislação depende antes de tudo que haja um corpo político. E essa legislação tem um fim, qual seja, encontrar o meio específico pelo qual pode ser alcançada a conservação desse corpo político. A legislação é indeterminada, podendo buscar esse fim de conservação por vários meios, porém é ligada à finalidade de sobrevivência do próprio corpo político que a possibilita. Sem corpo político, não pode haver nenhuma legislação. Na primeira edição do *Du Contrat Social*, essa conservação do corpo social é o “grande objeto ao qual se direciona a ciência da Legislação”,⁷⁴ ou seja, é a finalidade da lei. Por isso, a salvação do Estado ganha tons

⁷³ «Par le pacte social nous avons donné l'existence et la vie au corps politique : il s'agit maintenant de lui donner le mouvement et la volonté par la législation. Car l'acte primitif par lequel ce corps se forme et s'unit ne détermine rien encore de ce qu'il doit faire pour se conserver» (ROUSSEAU, 1964, p. 134, 200). Esta parte do texto é comum a ambas as versões da obra. Foi de grande valia no presente trabalho a edição utilizada, que apresenta o texto integral tanto da primeira versão do *Contrat* (de subtítulo *Essai sur la Forme de la République*) quanto da edição posterior (que modificou o subtítulo para *Principes de Droit Politique*, além de conter alterações no texto).

⁷⁴ Logo após o trecho da nota anterior, na primeira edição do *Du Contrat Social*: «C'est à ce grand objet que tend la science de la Législation (...)» (ROUSSEAU, 1964, p. 134). Esses trechos iniciam o Capítulo I do Livro II, intitulado «Fin de la Législation». Na versão posterior da obra, o capítulo trata apenas das leis em sentido

superiores à legislação em Rousseau. É a esta salvação do Estado, ou seja, sua conservação para que não se perca face às crises, que se direciona a ditadura:

A inflexibilidade das leis, que as impede de se ligarem aos eventos, pode em certos casos torná-las perniciosas, e causar por meio delas a perda do Estado na crise. A ordem e a lentidão das formas demandam um espaço de tempo que as circunstâncias recusam às vezes. Podem se apresentar mil casos aos quais o legislador não podia prever, e é uma providência muito necessária sentir que não podemos prever (ROUSSEAU, 1964, p. 277).⁷⁵

Através disso, podemos ver que a teoria de Rousseau da ditadura se baseia em um argumento muito mais simples do que Schmitt faz crer. Ocorre que para Rousseau a conservação do corpo político determina a finalidade das leis. Como a concepção rousseaiana de lei é também menos abstrata e absoluta do que Schmitt parece crer, a suspensão das leis na Ditadura se dá em razão do reconhecimento de que o caráter geral das leis por vezes não é capaz de apreender soluções para todas as ameaças possíveis. Assim, a lei é suspensa porque ela perde sua finalidade na situação de crise que leva à ditadura, uma vez que a sua “inflexibilidade” não alcance o objetivo de preservação do corpo político. Sem corpo político, não há como se alcançar a Vontade Geral, de modo que o pacto social pressupõe, unicamente, a sua própria existência, obrigando à sua defesa antes de tudo. Rousseau presume que a vontade geral será a de que se preserve o Estado, por isso:

Que, se o perigo é tal que o aparelho das leis é um obstáculo à sua garantia, então nomeia-se um chefe supremo, que faça calar todas as leis e suspenda um momento a autoridade soberana; em semelhante caso, a vontade geral não é duvidosa, e é evidente que a primeira intenção do povo é de que o Estado não pereça (ROUSSEAU, 1964, p. 278).⁷⁶

Tal é a operação pela qual Rousseau faz compreender a sua defesa da ditadura, simplesmente colocando a existência do corpo político acima do produto desse corpo,

mais genérico, mas mantém essa finalidade da lei, apesar de não adotar uma formulação tão explícita (ROUSSEAU, 1964, p. 200).

⁷⁵ « *L'inflexibilité des lois, qui les empêche de se plier aux événements, peut en certains cas les rendre pernicieuses, et cause par elles la perte de l'Etat dans la crise. L'ordre et la lenteur des formes demandent un espace de tems que les circonstances refusent quelquefois. Il peut se présenter mille cas auxquels le Législateur n'a point pourvu, et c'est une prévoyance très-nécessaire de sentir qu'on ne peut tout prévoir* ».

⁷⁶ « *Que si le péril est tel que l'appareil des lois soit un obstacle à s'en garantir, alors on nomme un chef suprême qui fasse taire toutes les lois et suspende un moment l'autorité Souveraine ; en pareil cas la volonté générale n'est pas douteuse, et il est évident que la première intention du peuple est que l'Etat ne périsse pas* ».

ou seja, acima das leis. A ditadura surge para Rousseau, assim, apenas como uma maneira de dar flexibilidade à defesa do corpo político, que seria demasiado rígido se dependesse apenas das leis.⁷⁷ Schmitt, por sua vez, opera uma complicada tentativa de demonstração que passa por cima desses pontos para tentar extrair uma diferença qualitativa na ditadura rousseaiana que, simplesmente colocado, não existe propriamente no texto. Não se trata de uma ditadura soberana no *Du Contrat Social*, ou mesmo de uma nova teoria da ditadura, mas sim do mesmo modelo romano clássico do estado de exceção.⁷⁸ Ambos os institutos que Rousseau classifica como “ditadura” são extraídos do direito romano clássico: o *senatus consultum ultimum* e a *dictadura*, propriamente dita. Do *senatus consultum ultimum*, Rousseau tira o seu primeiro tipo de “ditadura”, em que basta “aumentar a autoridade do governo” de maneira que se altera não a “autoridade das leis”, mas a “forma de sua administração”, autorizando ao governo constituído que adote medidas executivas excepcionais (ROUSSEAU, 1964, p. 278). Por outro lado, Rousseau identifica na nomeação do *Dictator* como magistrado extraordinário um outro tipo de “ditadura”, em que o *Dictator* faz “calar” as leis,⁷⁹ pela suspensão destas, mas não pode fazê-las “falar”, pois não lhe é permitido legislar (ROUSSEAU, 1964, p. 278).

Realmente, o que se destaca na interpretação rousseaiana da ditadura romana é o surgimento desse conceito de “suspensão” a partir da ideia da lei “calada”. A ideia

⁷⁷ O foco dado por Rousseau à questão da flexibilidade como motivo do estado de exceção é interessante, pois adianta em certos pontos a ideia da “elasticidade constitucional”, apresentada anteriormente no presente trabalho. Sobre a elasticidade constitucional e o estado de exceção, cf. supra, p. 65 *et seq.*

⁷⁸ Nem mesmo a suposta oposição “dialética” colocada por Schmitt entre o Ditador e o Legislador em Rousseau se mantém sem que a interpretação exceda em muito os significados possíveis do texto. Schmitt afirma que, de acordo com o *Du Contrat Social*, ao Legislador seria dado a competência sobre um Direito sem poder e o Ditador seria titular de um Poder sem Direito, “poder ajurídico”, “onipotência sem lei” e ilimitado (SCHMITT, 1999, p. 171). Ocorre, porém, que o Legislador (que em Rousseau é apenas aquele que cria a estrutura da constituição, mas não necessariamente quem dá validade à mesma) não tem poder, mas o Direito que ele cria aspira a ter esse poder. O Legislador propõe a Lei (sem ter poder legislativo) ao povo, para que o povo (que tem poder legislativo) decida e dê obrigatoriedade a lei através da vontade geral (ROUSSEAU, 1964, p. 205). Ou seja, não há uma lei sem poder, há apenas um Legislador que está antes da lei, mas a lei pretende adquirir poder. Sobre a importância da existência do corpo social como antecedente à atividade legislativa, cf. supra p. 71 *et seq.* Igualmente, o ditador não é onipotente, pois mesmo com as leis caladas, ele ainda obedece à limitação colocada pelo objetivo de sua magistratura, qual seja, a conservação do corpo social. Assim, essa oposição “dialética” que Schmitt pretende encontrar na obra de Rousseau expressa a visão de Schmitt, antes que uma estrutura da obra de Rousseau.

⁷⁹ A suposta oposição “dialética” entre o Ditador e o Legislador em Rousseau, em que ao Legislador seria dado a competência sobre um Direito sem poder e o Ditador seria titular de um Poder sem Direito, “poder ajurídico”, “onipotente” e ilimitado.

de suspensão da lei no estado de exceção certamente não encontra lugar na tradição romana mais conhecida.⁸⁰ De fato, a *dictatura* romana não suspendia as leis nem os cargos, apenas concentrava poderes em um cargo temporário e extraordinário. Do mesmo modo, o *senatus consultum ultimum* apenas concedia poderes temporários ao ocupante de um cargo ordinário, isto é, ao Cônsul. Em uma primeira vista, parece ser a definição teórica da suspensão de normas jurídicas como estrutura da ditadura que representa a diferença mais substancial da teoria rousseaniana da ditadura. Porém, não é essa questão relativa à suspensão que leva Schmitt a buscar introduzir a ideia de uma Ditadura Soberana, distinta da forma de ditadura anterior, que passa a nomear comissária. Para Schmitt, a ditadura comissária se caracteriza justamente pela suspensão da norma para a proteção da constituição (SCHMITT, 1999, p. 183). Dessa maneira, toda a busca schmittiana de fundar em Rousseau a separação teórica da ditadura entre comissária e soberana mostra-se infrutífera. Não há uma formulação especialmente transformadora da ditadura em Rousseau, em que pese o *Du Contrat Social* representar o ressurgimento de uma tradição republicana do pensamento político europeu. Portanto, cabe colocar o que Schmitt entende, na prática, por Ditadura Soberana, para compreender o sentido do conceito, ainda que já se vislumbrando, a partir do acima exposto, que há nesse conceito de Ditadura soberana uma conexão indevida entre o instituto da ditadura com outros fenômenos normativos que lhe seriam alheios, a princípio.

Na prática constitucional, Schmitt coloca como primeiro caso da problemática da Ditadura Soberana o exercício do poder por Cromwell após a Revolução Gloriosa (SCHMITT, 1999, p. 174-178). Por um momento, Cromwell surge como um ditador comissário do parlamento, constituído por este e agindo em seu nome (SCHMITT, 1999, p. 176). Porém, quando Cromwell dissolveu o parlamento, ainda ocupando esse cargo, cria-se uma questão jurídica: como um comissário poderia dissolver o órgão comitente? A resposta consequente, à luz do direito, seria simples: Tal ato não é juridicamente autorizado, de modo que a ação de Cromwell foi simplesmente ilegal. Seria um simples regime de força, e Cromwell deixa de ser um “ditador” no sentido mais jurídico do termo, para se tornar um monarca *de facto*. Para que o regime de

⁸⁰ cf. supra, p. 14 *et seq.*

Cromwell após a dissolução do parlamento fosse um estado de exceção seria necessário algum nexó mínimo com o jurídico que permanecesse, coisa que não ocorreu, uma vez que o ato foi pura e simplesmente ilegal, e a dissolução do comitente (parlamento) arrastaria consigo a validade da autoridade do comissionado (ditador). Assim, há um golpe de Estado, em que se perdem todos os vínculos com o direito vigente, inclusive com a ditadura, a ponto de que Cromwell veio a receber um novo título (*Lord Protector*) que representa um novo cargo.⁸¹ Entretanto, Schmitt vê aí uma ditadura soberana, apenas porque busca extrair demasiadas conclusões dessa dissolução e do fato de que Cromwell recusou assumir formalmente a continuidade da monarquia inglesa (SCHMITT, 1999, p. 176-177). Como já pesavam históricas restrições jurídicas ao poder das monarquias estabelecidas no direito constitucional britânico (a mais conhecida delas é a *Magna Carta*), ao recusar a legalização do regime através da sua coroação, Cromwell mantinha-se em uma zona de anomia, como regime *de facto*, podendo exercer o poder sem maiores limitações, tendo em vista que a tradição tem um grande peso no direito constitucional britânico do *common law*. Assim, a recusa de Cromwell à coroação não significa que ele se torne soberano sendo ditador, mas apenas que era soberano sem querer se vincular a qualquer forma

⁸¹ A única referência de Schmitt para vincular Cromwell nessa fase à ditadura é uma citação assumidamente obscura de Gneist e algumas poucas passagens ocasionais de outros autores posteriores (SCHMITT, 1999, p. 176, nota 6). Não há nenhuma referência britânica conhecida que seja contemporânea à Cromwell e que use o termo “ditadura” para o mandato dele após a dissolução, ou como *Lord Protector*. Os autores citados por Schmitt já escrevem em uma época em que o uso do termo ditadura já é muito mais amplo e desgastado, se aproximando do esvaziamento que o termo sofreria, para significar antes “despotismo” ou “tirania” do que o sentido preciso ligado à origem romana. Gardiner afirma em sua biografia política de Cromwell que após a dissolução do parlamento, Cromwell buscou exatamente se afastar até mesmo de qualquer aparência de ditadura (GARDINER, 1899, p. 167). O próprio Carl Schmitt referencia, na obra sobre a Ditadura, essa passagem de Gardiner, reconhecendo que Cromwell abandonou a forma da ditadura (SCHMITT, 1999, p. 178, nota 7). A obscura passagem de Gneist não traz tampouco qualquer fundamentação para chamar de “ditadura militar” a forma de governo na Inglaterra após a dissolução do parlamento, considerando-a como tal apenas após a dissolução do parlamento e não antes e reconhecendo que o parlamento era a única vinculação legal de Cromwell com o ordenamento prévio (GNEIST, 1886, p. 258). Porém, em outra passagem da mesma obra, Gneist explica a “ditadura militar” de Cromwell como tendo sido assumida por seu posto de Capitão Geral (*Captain General*) do exército, mas sendo seguida em poucas semanas pela transferência de poderes do parlamento breve para Cromwell, em comissão, por aquele mesmo parlamento (GNEIST, 1886, p. 271). Assim, o termo “ditadura militar” nessa obra de Gneist parece dizer respeito tão somente ao interregno causado pela ausência de autoridade juridicamente válida, em que o exército acabou assumindo a reorganização jurídica do Estado graças às peculiaridades do direito costumeiro britânico, ou seja, é um aspecto do *martial law* na ausência de Estado legítimo, não tendo a concentração de poderes ou aumento da atividade estatal que aparecem na ditadura. Antes de tudo, se vê um emprego inadequado do termo “ditadura militar” em Gneist para traduzir o conteúdo do *martial law*.

legal previamente limitada. Nisso, mesmo Schmitt considerando os onze gerais, por meio dos quais Cromwell executou determinações em dado período, como “ditadores comissários”,⁸² é forçado a reconhecer que Cromwell abandonou a estrutura da ditadura (SCHMITT, 1999, p. 178). Mais uma vez, a tentativa de demonstração da ideia de ditadura soberana mostra-se infrutífera, e até mesmo contraditória, agora na análise da prática histórica do direito constitucional. Schmitt apresenta Cromwell inicialmente como o melhor exemplo de ditador soberano, para logo em seguida se ver forçado a reconhecer apenas muito limitadamente e de maneira inconsistente que Cromwell só foi ditador no sentido “comissário”, no máximo. Resta apenas compreender-se o conceito de Ditadura Soberana colocado por Schmitt, para compreender porque Schmitt insiste tanto em um conceito que dificilmente encontra fundamento, tanto na teoria quanto na prática.⁸³

Apesar de partir da ditadura romana, Schmitt constrói um conceito bastante incomum de ditadura. Por um lado, ditadura significaria a atuação imediata do poder estatal concentrado:

Politicamente, pode qualificar-se de ditadura a todo exercício do poder estatal que se realize de uma maneira imediata, quer dizer, não mediatizada através de instâncias intermediárias independentes, entendendo por ela o centralismo, por oposição à descentralização (SCHMITT, 1999, p. 179).⁸⁴

Isso se relaciona com a abolição da separação de poderes, surgindo como uma maneira peculiar de expressar esse entendimento, mas ainda vinculada àquela ideia de concentração de poderes que existe desde a origem romana do instituto. O ponto em que a definição de Schmitt para a ditadura começa a apresentar elementos estranhos à tradição jurídico-política anterior é em relação à ideia de obstáculos e inimigo. Para Schmitt, o que diferencia a atividade ditatorial, quanto à “natureza

⁸² Classificação que já esbarra em uma série de problemas, porque temos antes um caso de comissários monárquicos que uma verdadeira ditadura, e como já vimos (cf. supra p. 20 *et seq.*) a caracterização desse tipo de instituto como ditadura é questionável e, de um modo geral, inadequada.

⁸³ Ainda que talvez se possa atribuir justamente uma prática de “Ditadura Soberana” posterior à Schmitt no regime nazista, sendo que é conhecida a influência teórica que Carl Schmitt teve sobre a política nazista. Nisso podemos ver mais um efeito da teoria da ditadura soberana do que sua comprovação.

⁸⁴ Trad. livre. “*Políticamente, puede calificarse de dictadura a todo ejercicio del poder estatal que se realice de una manera inmediata, es decir, no mediatizado a través de instancias intermedias independientes, entendiéndose por ella el centralismo, por oposición a la descentralización*”.

jurídica” desta, é que ela elimina “*in concreto*” as “barreiras e impedimentos jurídicos” à realização da situação buscada como fim da ditadura (SCHMITT, 1922, p. 180). Não é qualquer finalidade que pode ser fim da ditadura, seria necessário que o fim tivesse um “conteúdo preciso”, na “noção de adversário concreto, cuja eliminação tem que ser o objetivo imediato da ação” (SCHMITT, 1999, p. 180).⁸⁵ Seguindo essa linha de raciocínio chega à seguinte afirmação:

Para o conceito de ditadura há que se ter em conta a realidade imediata de uma situação a eliminar e isso no sentido de que dita eliminação aparece como tarefa jurídica, que fundamenta juridicamente um poder pleno, determinado unicamente pela situação das coisas e pelo fim da eliminação (SCHMITT, 1999, p. 181).

A teoria schmittiana do estado de exceção é fundamentalmente vinculada, por isso, ao conceito de política schmittiano, que se define a partir da ideia da eliminação do inimigo político. De fato, a distinção entre amigo e inimigo é o critério que determina o conceito de político (SCHMITT, 2014, p. 59). A caracterização do inimigo político é justamente que ele é o outro, ou seja, que ele é “existencialmente distinto e estranho em um sentido particularmente intenso” (SCHMITT, 2014, p. 59-60). Aliás, é através desse delineamento do inimigo político como eliminando (mais do que eliminável, pois a eliminação não é apenas possível na ditadura schmittiana, mas é obrigatória) que aparece o fundo violento e genocida que é parte necessária da visão de Schmitt (BUENO, 2011, p. 1397-1415). Schmitt compara a ditadura com a legítima defesa, na medida em que seria não apenas ação, mas “contra-ação”, em que o adversário não se atém às formas jurídicas as quais o ditador se refere como “fundamento”, mas que não limitam o ditador enquanto “meio técnico objetivo” (SCHMITT, 1999, p. 181). Assim, tanto o ditador schmittiano quanto o “inimigo” a ser eliminado agem por meios não jurídicos, porém Schmitt apenas reconhece na ação do inimigo a antijuridicidade,

⁸⁵ “*El Estado policial tiene desde luego en el principio de su organización, en la comisión administrativa general, un elemento de carácter fundamentalmente comissarial, por lo que tiene una analogía con la dictadura. Pero le falta lo que da a la acción su contenido preciso, que es la noción de un adversario concreto, cuya eliminación tiene que ser el objetivo inmediato de la acción*”. Grifei. [“O Estado policial tem, desde logo, no princípio de sua organização, na comissão administrativa geral, um elemento de caráter fundamentalmente comissário, pelo que tem uma analogia com a ditadura. Mas lhe falta **o que dá a ação seu conteúdo preciso, que é a noção de um adversário concreto, cuja eliminação tem de ser o objetivo imediato da ação**”. Trad. livre].

uma vez que bastaria ao Ditador se referir à defesa do próprio ordenamento jurídico para mantê-lo vinculado a este ordenamento de maneira significativa. Aqui, surge com maior clareza a questão do “paradoxo da soberania” apontado por Agamben a partir de sua crítica de Schmitt. Na teoria schmittiana, o ditador ocupa por definição esse limiar topológico paradoxal, estando ao mesmo tempo dentro do ordenamento (por seu fundamento de suposta finalidade de defesa do Direito) e fora do ordenamento (por não seguir o Direito como meio técnico). A avaliação de Agamben, de que o estado de exceção é o nexó entre o direito e a vida, se aplica à ditadura conforme definida por Schmitt. A implicação é que o “paradoxo da soberania” surge aqui com máxima força, mostrando que a teoria de Schmitt só pode se apoiar sobre um vazio sem sentido, na medida em que adota essa formulação do estado de exceção.

A teoria da ditadura de Schmitt revela-se, assim, como um complexo esquema teórico que visa garantir a existência de um poder que seja ao mesmo tempo livre de qualquer limite jurídico, mas que tenta capturar em si a autoridade do Direito para fazer-se legítimo. Tal construção apresenta todas as dificuldades e inconsistências até aqui criticadas. O conceito de “ditadura soberana” é um elemento fundamental dessa construção, pois é o que permite a Schmitt trabalhar essa particular topologia do ditador que está fora do alcance do ordenamento jurídico ao mesmo tempo que se relaciona com o ordenamento de maneira essencial.

A “ditadura soberana” é o conteúdo do poder constituinte, conforme entendido por Schmitt. A diferença entre as formas soberana e comissária de ditadura seriam que a ditadura comissária se liga ao ordenamento jurídico preexistente para buscar sua legitimidade, ao passo que a ditadura soberana invoca o poder constituinte para esse motivo (SCHMITT, 1999, p. 185). Toda a questão da ditadura soberana é colocada porque Schmitt não vê sentido na ideia de poder constituinte, uma vez que coloca na origem do Estado certos fundamentos de teologia política que excluem a possibilidade de um poder constituinte legitimado pela participação popular ser capaz de dar uma constituição por si (SCHMITT, 1999, p. 185-186, 190). Assim, para lidar com o problema do poder constituinte, Schmitt só consegue concebê-lo como uma ditadura, no sentido de um estado de exceção, que cria a condição para um Direito a constituir, sem ser limitado por esse Direito. Com isso, Schmitt liga a questão do poder constituinte com a ditadura, apenas em razão do modo como a questão é colocada. Tal operação se dá em razão do objetivo político da teoria de Schmitt, qual seja,

garantir um espaço de atuação desregulada do poder estatal para eliminar inimigos políticos. Conforme já mostrado acima, o raciocínio para classificar-se a atuação direta do poder constituinte como “ditadura soberana” não se deixa fundamentar, tanto no plano teórico quanto no empírico, pelos motivos expostos por Schmitt em sua obra sobre a ditadura. A aceitação de uma ditadura nos termos da teoria de Schmitt, portanto, eleva fortemente os riscos associados ao desgaste da Constituição pelo exercício do estado de exceção, pois o ditador imediatamente se encontra livre de todo limite jurídico, inclusive da Constituição, o que evidentemente implica na eliminação da força normativa da Constituição sobre o próprio Estado. A Constituição suspensa só sobrevive como um precário argumento de legitimidade, como um objetivo abstrato em um plano ideal, sendo que na prática não há mais qualquer Direito Constitucional com força normativa no estado de exceção schmittiano.

2 MECANISMOS DE CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO E OBSTÁCULOS À RUPTURA DO QUADRO CONSTITUCIONAL

Tem-se, assim, que o estado de exceção, em que pese ser instituto fortemente vinculado à tradição dos Estados republicanos aristocráticos ou democráticos, representa um imenso risco à continuidade da forma constitucional dos Estados de Direito democráticos. O abuso e a banalização das medidas de exceção, a medida em que estas vão se tornando permanentes e são convertidas em 'paradigma de governo' desgasta a ordem constitucional dada pela flexibilização desta. Por outro lado, os Estados modernos dependem em grande medida de mecanismos de elasticidade constitucional como o estado de exceção para se manterem, conforme conclui-se da análise da abordagem de Hesse. Com isso, tem-se um instituto de altíssimo risco para a estrutura constitucional dos ordenamentos jurídicos na forma de Estado de Direito democrático, mas que ao mesmo tempo surge da lógica interna dos sistemas jurídicos para a sua própria garantia e defesa (por mais que em alguns casos a sobrevivência da ordem jurídica se dê apenas mediante a perda ou a distorção de sua finalidade). Com essa estrutura em mente, podemos colocar mais adequadamente o problema. Entendendo que alguma forma de previsão normativa para o estado de exceção é um ponto fundamental na Constituição de um Estado de Direito constitucional atual, coloca-se a questão da possibilidade de reduzir ou mesmo eliminar os riscos que tal previsão normativa traz consigo. Como a estrutura interna da previsão normativa do instituto do estado de exceção não parece prover respostas particularmente eficazes por si, é necessário se voltar para outros institutos, que se prestem ao papel de controle constitucional do estado de sítio. Obviamente não há, *a priori*, a necessidade de optar-se por apenas um tipo de instituto de controle, sendo possíveis variadas combinações em variados arranjos constitucionais que reflitam as particularidades de cada ordenamento jurídico ou sociedade. Porém, se pretende apresentar um desses institutos de controle como sendo de maior importância para a compreensão da questão, por sua relação genealógica com a estrutura do estado de exceção. Tal instituto, que será analisado mais a fundo, pode ser encontrado no direito de resistência.

Convém antes, no entanto, realizar uma diferenciação entre as espécies de mecanismos de controle constitucional. Trata-se da diferenciação entre controles endógenos e exógenos (GARGARELLA, 2014, p. 117). Há aqueles mecanismos que

são baseados no controle dos Poderes de Estado entre si, que podem ser chamados de endógenos, pois ocorrem entre os Poderes estabelecidos do Estado, e cuja formulação mais notória é a estrutura de freios e contrapesos (*checks and balances*). De outra parte, há mecanismos que se direcionam para o controle dos Poderes pela sociedade, denominados exógenos, na medida em que tem origem “fora” das autoridades constituídas nos três Poderes, sendo oriundas da sociedade ou do “povo”. Enquanto os mecanismos endógenos se estruturam como “controles horizontais”, dos Poderes do Estado entre si, os mecanismos exógenos se estruturam como “controles verticais”, pelos quais a cidadania controla sua própria representação (GARGARELLA, 2014, p. 119). Em certa medida, a opção por dar enfoque a mecanismos de controle exógenos ou endógenos corresponde a visões antropológicas distintas, que por sua vez correspondem à divisão fundamental entre liberais e republicanos (também ditos “radicais”) nas matrizes constitucionais do constitucionalismo nas Américas (GARGARELLA, 2014, p. 113-117).

No caso do estado de exceção, como este normalmente é exercido pelo Executivo, os controles endógenos são oriundos ou do Legislativo ou do Judiciário. Quanto ao controle exógeno, este plantea uma série de questões tanto mais complexas quanto relevantes.

2.1 MECANISMOS ENDÓGENOS DE CONTROLE DO ESTADO DE EXCEÇÃO

2.1.1 Decisões do Legislativo sobre as Medidas Do Estado De Exceção

O papel reservado ao Legislativo em meio à estrutura dos estados de exceção parece desenvolver-se ao redor de dois pontos: 1) a aprovação da declaração do estado de exceção em si e 2) a avaliação posterior das medidas tomadas no estado de exceção.

Como o estado de exceção corresponde, em geral, a uma demanda de elasticidade constitucional para responder a emergências inesperadas, muitas constituições atribuem a declaração do estado de exceção ao próprio poder executivo. Contudo, algumas constituições o fazem determinando que o estado de sítio declarado pelo executivo terá de ser, posteriormente, aprovado ou reprovado pelo

Legislativo. Porém, quando se busca uma opção de regulamentação que resguarde em maior grau o processo democrático, em que pese os ganhos em flexibilidade e rapidez de resposta serem reduzidos, pode haver a opção por exigir a autorização do legislativo para a declaração do estado de exceção ou mesmo que o próprio legislativo o declare. Tais formas se mostrariam mais adequadas diante do segundo critério do Teste de Adequação de Friedrich, na medida em que o poder que decide o estado de exceção não é o mesmo que concentra os poderes no estado de exceção.⁸⁶ Um exemplo de constituição que opta por este mecanismo é a brasileira de 1988, a qual determina que a declaração do estado de sítio é decretada pelo presidente, mas apenas mediante autorização do Congresso nacional (art.137).

Buscando uma forma mais flexível, há constituições que preveem que a decretação do estado de sítio exigirá autorização do Congresso apenas quando este estiver reunido; quando o Legislativo não estiver reunido, o Executivo decretará o estado de exceção, submetendo-o à aprovação futura pelo Legislativo. Exemplo disso é a Constituição argentina vigente, que prevê que o Congresso decreta o estado de sítio nos casos de comoção interna, mas que o Presidente tem a faculdade de decretar o estado de sítio nesses casos quando o Congresso se encontra em recesso (art.16). A Constituição Imperial brasileira, de 1824, previa essa sistemática também, na medida em que as garantias de liberdade individual eram suspensas por “ato especial” do legislativo, mas que podiam também ser suspensas pelo Governo em “medida provisória e indispensável”, caso a Assembleia não estivesse reunida (art179, XXXV).

Há ainda arranjos que prezam pela flexibilidade imediata, restringindo mais a deliberação democrática, em que o estado de exceção é sempre decretado pelo Executivo, e só é aceito ou recusado pelo Legislativo posteriormente. Um exemplo é a Constituição venezuelana de 1999, atualmente vigente, que prevê que o estado de exceção seja decretado pelo Presidente em Conselho de Ministros, e que este submeta o decreto, em até oito dias, à uma apreciação política de aprovação pela Assembleia Nacional (ou Comissão Delegada desta) e de constitucionalidade pela Sala Constitucional do Supremo Tribunal de Justiça (art. 337 e 339).

⁸⁶ cf. *supra*, p.59 et seq.

Existem casos ainda mais extremos de constituições que não preveem aprovação do estado de exceção pelo legislativo, ou que só a preveem para a prorrogação. Esta estrutura é exemplificada pela Constituição peruana de 1993, que apenas exige a aprovação no caso de prorrogação do estado de sítio (art.137º, 2).

Com todas essas estruturas possíveis de atuação do Legislativo sobre a declaração ou decretação do estado de exceção, podemos ver que esse tipo de controle surge em uma ponderação tensa entre a realização da flexibilidade do estado de exceção e o resguardo da deliberação democrática. Nota-se que apenas a primeira forma, em que o estado de exceção deve ser declarado ou aprovado anteriormente à sua vigência efetiva, cumpre plenamente o critério de definição da emergência por outra autoridade no Teste de Adequação. A segunda forma de regulação apenas incidentalmente cumprirá esse critério, dependendo da ocorrência temporal da emergência (que não se pode pretender planejada) coincidir ou não com o período de reunião do Legislativo. As demais formas, obviamente, já se mostram assim de pouca valia para a limitação dos riscos associados ao estado de exceção. Ainda assim, mesmo adotando a exigência de aprovação prévia pelo Legislativo, o estado de exceção ainda conterà os riscos que já foram enunciados, eis que estes surgem, em grande medida, do abuso dos poderes excepcionais durante o exercício de um estado de exceção já em curso.

Para o problema do abuso das medidas de exceção, o controle endógeno pelo Legislativo pode tomar a estrutura da responsabilização do Executivo pelas medidas. Denomina-se aqui de “escrutínio” essa prática, que é realizada após as medidas avaliadas serem tomadas e que vincula o agente à medida. Ela toma formas variadas, de acordo com cada sistema de governo, mas a questão fundamental se refere à ideia de responsabilidade. Em sistemas parlamentaristas, o abuso de medidas de exceção pode vir a causar a queda do gabinete, através da responsabilidade do Governo perante o Parlamento. Como exemplo, a Constituição Italiana de 1947 prevê que a adoção dos *provvedimenti provvisori* (medidas provisórias) é feita sob responsabilidade do Governo (art.77), o que implica que sua posterior rejeição no parlamento (sem a conversão em lei) ensejará a queda do Governo, uma vez que naquele sistema há a responsabilidade de natureza política, que não há no presidencialismo (TEMER, 2007, p. 153). Assim, o Governo tem de assumir um risco para o seu Gabinete ao editar a medida provisória, o que em tese deveria conter a

banalização dessa forma de estado de exceção. Porém, tal coisa não se confirma na prática, pois esse mesmo sistema italiano sofre de tal maneira a ascensão da medida provisória como paradigma normal de governo que se tornou a regra mais do que a exceção (AGAMBEN, 2010, p. 50). Tal fenômeno mostra um problema fundamental do controle do estado de exceção pelo Legislativo no sistema parlamentarista, no sentido de que há uma relação necessária entre a maioria do parlamento e o Governo, resultando em uma mera formalidade antes que em um verdadeiro controle funcional (FRIEDRICH, 1968, p. 567).

Nos sistemas presidencialistas, o quadro não é tão mais propício ao controle do estado de exceção. Salvo pela aprovação prévia do estado de exceção, todas as medidas que pretendem agir posteriormente à declaração encontram limites severos. Por um lado, o Executivo seria constrangido a se manter dentro de determinados limites, visto que suas medidas de exceção pendem de aprovação, por um Legislativo em que pode ter apoio da maioria ou não, a depender do cenário político. Porém, há que se levar em conta qual seria a consequência da reprovação das medidas de exceção. Visto que não há, nos sistemas presidencialistas, responsabilidade de natureza meramente política, a rejeição do estado de exceção apenas pode desconstituir ou talvez anular as medidas, mas o Executivo permanecerá intacto, sem sofrer qualquer sanção.⁸⁷ Então, apesar da reprovação do estado de exceção ser um certo fator de constrangimento, como não há responsabilidade do Executivo, não há um controle capaz de gerar um incentivo superior às tentações do abuso do poder de exceção. Não é uma garantia preventiva da Constituição, mas apenas uma garantia “repressiva”, para usar a terminologia de Kelsen (KELSEN, 2007, p. 139), isto é, apenas impede que o ato produzido fora do quadro constitucional-legal se renove ou se prolongue e, no máximo repara eventuais danos já produzidos.

Assim, conclui-se que a aprovação prévia pelo Legislativo, bem como a autorização deste poder para revogar ou desautorizar a renovação do estado de

⁸⁷ Excepcionalmente, no caso da previsão de impedimento por crimes de responsabilidade, o Executivo será realmente limitado, mas apenas a tomar medidas de exceção que não impliquem crime de responsabilidade. Nesse sentido, não é um controle ou restrição que não haveria na normalidade, não sendo propriamente adequado ao estado de exceção, mas apenas um reflexo do presidencialismo de freios e contrapesos. A possibilidade de se incluir a rejeição das medidas de exceção como crimes de responsabilidade em uma constituição presidencialista permanece em aberto.

exceção, são critérios necessários à uma adequada regulação do estado de exceção, mas não são capazes de formar controles significantes em si que ponham um maior obstáculo ao abuso do estado de exceção. Por isso, o controle endógeno pelo Legislativo, apesar de constituir um reforço positivo na restrição do impacto do estado de exceção, não pode configurar um controle que reduza de maneira realmente significativa os riscos que o estado de exceção coloca ao Estado de Direito democrático.

2.1.2 Responsabilização perante os Tribunais durante e após o Estado De Exceção

A outra possibilidade de controle endógeno do estado de exceção é o exercido pelo poder judiciário. Ao passo que o controle pelo Legislativo tinha um viés político, o judiciário deveria exercer sua atividade dentro de parâmetros jurídicos. Haveria alguma maneira de controle que possa se enquadrar dentro do marco da atividade judiciária? Aqui cabe distinguir que, além da atuação de tribunais como Poder Judiciário, também há o caso dos Tribunais Constitucionais, os quais atuariam como uma espécie de “Legislador negativo”, mais do que como judiciário (KELSEN, 2007b, p. 152). Tal fato implica, por óbvio, em diferentes possibilidades de apreensão do estado de exceção no discurso desses tribunais, de acordo com sua situação no esquema de divisão de poderes.

Como Poder Judiciário no sentido mais estrito, os tribunais atuam normalmente para decidir a legalidade de violações de direitos fundamentais concretas no estado de exceção. Para isso, porém, é necessário que o acesso ao judiciário permaneça aberto na duração do estado de exceção, além de que ainda haja algum texto normativo que não seja suspenso pela exceção. Assim, só pode ocorrer algum controle judiciário naqueles arranjos de estado de exceção em que a Constituição não pode ser suspensa no todo, mas apenas parcialmente. Da mesma maneira, medidas

como a suspensão da garantia do Habeas Corpus na vigência do estado de exceção muito facilmente renderão inútil toda possibilidade de controle judiciário.⁸⁸

Supondo que haja esta condição mínima, quanto à limitação do âmbito da Constituição que possa ser suspensa, e que não haja proibições legais ao acesso ao judiciário durante e em razão do estado de exceção, ainda é necessário que a própria corte provocada decida, em sua jurisprudência, por não se limitar e aceitar exercer essa competência.

Muitas vezes, usando-se de argumentos como a “doutrina da questão política”, as cortes optam em não intervirem no estado de exceção por ver nesse uma natureza estritamente política em que não cabe o julgamento jurídico de um tribunal. Um exemplo histórico paradigmático pode ser visto nos primeiros anos da República no Brasil, onde o estado de sítio foi abusado e utilizado muito excessivamente pelos presidentes para sufocar movimentos contra o governo. Todos os abusos do estado de sítio eram perpetrados ao silêncio do Supremo Tribunal Federal, que se isentava através da “doutrina da questão política” de decidir ações questionando as medidas de ação. Essencialmente, o Tribunal simplesmente se recusava a julgar qualquer ação que tivesse relação com as medidas de exceção alegando que o estado de exceção era uma “questão política”, não jurídica, e, portanto, não cabia interferência do judiciário. Tal “doutrina” foi fortemente criticada à época pelo jurista brasileiro Ruy Barbosa, que sustentava que o judiciário não podia intervir, de fato, em “questão política” no sentido estrito, mas que essa apenas dizia respeito à discricionariedade dentro dos poderes legalmente conferidos, de modo que o Tribunal devia coibir o

⁸⁸ A suspensão do *Habeas Corpus* tem história na prática de estado de exceção no continente americano. Inicialmente foi prevista na Constituição Federal dos Estados Unidos da América (art.1, seção 9, cláusula 2), para o caso de rebeliões ou invasões, quando a segurança pública (*public safety*) assim o exigir. O primeiro uso desse mecanismo na prática foi no Ato de Suspensão do Habeas Corpus (*Habeas Corpus Suspension Act*) de 1863, no contexto do estado de exceção que se implantou *de facto* (sem previsão normativa prévia) durante a Guerra Civil naquele país, o qual determinou que o Presidente podia suspender o recurso de Habeas Corpus quando julgasse que a segurança pública (*public safety*) assim exigia, e manter essa suspensão até o fim da rebelião, além de regular os efeitos da suspensão. Com isso, essa suspensão teve grande impacto na República Oligárquica no Brasil, a partir da interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 1.063, em que argumentou que o Habeas Corpus não valia para nenhum caso de estado de sítio, e que acabou por cobrir detenções prolongadas de detidos em estado de sítio naquele ano de 1898. Através da Emenda Constitucional de 1926, a Constituição Brasileira de 1891 foi alterada para, entre outros pontos, proibir o recurso ao judiciário contra a declaração do estado de sítio (art. 60, §5º), em grande medida motivado pela jurisprudência desenvolvida pelo STF na medida em que o Tribunal buscava repelir sucessivas medidas de Habeas Corpus ao longo da República (HC 300, HC 406, HC 410, HC 415, HC 1063, HC 1067).

exercício dos poderes de exceção fora do quadro legal estabelecido no texto constitucional (BARBOSA, 2010, p. 102-103). Porém, durante o início da República Oligárquica brasileira, o Supremo Tribunal Federal se isentou de limitar os abusos do estado de exceção, como detenções excepcionais que perduravam além do período do estado de sítio, apenas começando a alterar seu entendimento a partir do Habeas Corpus 2984, decidido em 1911. Assim, vemos que uma corte pode facilmente buscar se eximir do papel de controle do estado de exceção, se houver tal vontade por parte de seus membros, através da construção de uma jurisprudência que estabeleça os limites entre o jurídico e o político de maneira mais estrita ou mais larga. Assim, as cortes podem ter três diferentes posturas frente ao controle de estado de exceção: uma postura absenteísta, representada pela ideia de “questão política” não julgável; uma postura de protagonismo no controle do estado de exceção; ou uma postura intermediária, aceitando um controle judicial limitado e dando uma forte presunção de legitimidade ao estado de exceção concreto (GIL, 2011, p. 279). Com isso, há um problema a mais que se insere no controle do estado de exceção pelos Tribunais, quanto à postura dos próprios tribunais, que podem adotar a postura absenteísta, evitando entrar no mérito de decisões potencialmente controversas, ou mesmo coniventes, dando cobertura hermenêutica às violações.

A exigência de análise de constitucionalidade, em abstrato, das medidas de estado de sítio poderia aparecer como possível solução para esse problema, porém se depara com limitações. A análise de constitucionalidade da própria declaração do estado de exceção pode ter, claro, um papel relevante. A previsão de que a declaração do estado de exceção deve ser encaminhada automaticamente a uma Corte, que decidirá sobre sua constitucionalidade, é encontrada, por exemplo, nas constituições da Colômbia de 1991 (art. 214, 6 e art. 215, parágrafo único) e da Venezuela de 1999 (art. 339). Porém, esse controle apenas alcança limitar os abusos em que o exercício dos poderes de exceção ultrapassa o quadro constitucional. Nada pode fazer contra a conversão do estado de exceção em paradigma de governo normal, tanto que a Colômbia, com tal mecanismo de controle de constitucionalidade e uma jurisprudência

grandemente desenvolvida sobre o estado de exceção,⁸⁹ permaneceu sob um estado de exceção continuado, com as consequências que isso implica para a deterioração da Constituição. Ou seja, apresenta um limite para os abusos dos poderes de exceção, mas ainda fica aquém de restringir suficientemente a banalização do estado de exceção, que leva à sua conversão em paradigma de governo e ao consequente desgaste da força normativa da Constituição.

Destarte, nota-se que, apesar do controle judicial dos atos de exceção ser um limite importante que pode contribuir para a restrição de abusos no exercício dos poderes de exceção, a atividade dos tribunais não alcança evitar de maneira significativa o problema da banalização do estado de exceção ou sua conversão em paradigma de governo “normal”.

2.2 UM CONTROLE POPULAR DO ESTADO DE EXCEÇÃO? *Iustitium* como ancestral do direito de resistência, e suas relações com a *dictadura*.

Assim, visto a extrema limitação apresentada por esses mecanismos endógenos de controle institucional, há que se observar a possibilidade de atuação de mecanismos exógenos no controle do estado de exceção. Este trabalho pretende revelar o direito de resistência como mecanismo vinculado a esse papel. Para isso, procede-se a uma genealogia do direito de resistência que coloca como origem deste o *Iustitium* na República romana antiga.

Em primeiro, cabe proceder a crítica à genealogia procedida por Agamben, que coloca o *Iustitium* na raiz da exceção, como forma ancestral deste. Em que pese a importante tarefa de resgate do instituto quase esquecido do *Iustitium*, há certos problemas que se colocam na genealogia de Agamben ao equivaler este ao estado de exceção. O primeiro deles é que não há menção alguma ao *Iustitium*, no conjunto dos autores modernos, que conecte este instituto com o estado de exceção, na forma que ele tomou no começo da modernidade (como exemplo, nas obras de Maquiavel,

⁸⁹ A tal ponto que se podem distinguir na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana nove critérios de juízo que são feitos em etapas sucessivas sobre o estado de exceção, em cada decisão (GIL, 2011, p. 282-285)

Rousseau e outros). Ao contrário, abundam referências à *Dictadura* nessa literatura, como origem do instituto. O estado de exceção, em suas formas modernas, é inspirado claramente na compreensão da época sobre a *Dictadura* romana antiga, perdendo quaisquer relações estruturais com o *Iustitium*, se um dia houveram tais relações. Ao menos para o caso da Ditadura, não havia um *iustitium* conjunto ou subsequente. Assim, só se vislumbra o *iustitium* a partir da falência da Ditadura romana propriamente dita e da adoção do *senatus consultum ultimum* como forma de resposta aos tumultos, a qual é uma prática da República tardia e vista como uma espécie de resposta aos problemas encontrados pelo uso indevido da Ditadura na primeira fase da República.

Mesmo a descrição que Agamben faz sobre o *Iustitium* deixa várias dúvidas sobre a relação que este tem com o estado de exceção. O *Iustitium* é colocado por Agamben, corretamente, como uma interrupção ou suspensão do Direito (AGAMBEN, 2010, p. 86). Segundo o autor, porém, quando era emitido um *senatus consultum ultimum*, este tinha por base um decreto que declarava o *tumultus* (querendo significar a existência de uma agitação na cidade) e que “usualmente dava lugar à proclamação de um *iustitium*”.⁹⁰ Aqui já há a primeira questão, visto que a relação do *iustitium* com um estado de exceção seria apenas no *senatus consultum ultimum*, o qual é uma forma distinta da Ditadura, criada em um período posterior, com grande peculiaridade. E secundariamente, não se apresenta o *iustitium* como consequência necessária e interna do *senatus consultum ultimum*, mas apenas como uma proclamação que “usualmente” sucedia a este *senatus consultum*. Dessa maneira, fica a dúvida se o *iustitium* era de fato parte do estado de exceção inaugurado com o *senatus consultum ultimum*, ou se apenas coincidia ser proclamado após este, não havendo uma tal estrutura entre os elementos de maneira necessária. Portanto, a partir daí, se coloca em dúvida a equivalência entre *iustitium* e estado de exceção, assim como a relação entre os dois institutos.

⁹⁰ “Este senadoconsulto tenía en su base un decreto que declaraba el tumultus (la situación de emergencia que en Roma advenía luego de una guerra externa, una insurrección o una guerra civil) y daba lugar usualmente a la proclamación de un iustitium (*iustitium edicere* o *indicere*)” (AGAMBEN, 2010, p. 85-6) [“Este senatus consultum tinha em sua base um decreto que declarava” o *tumultus* (a situação de emergência que em Roma advinha logo em seguida de uma guerra externa, uma insurreição ou uma guerra civil) e dava lugar usualmente à proclamação de um *iustitium* (*iustitium edicere* ou *indicere*)”.] Trad. livre.

A natureza e equivalência do *iustitium* é complexa. Agamben o compreende como forma ancestral do estado de exceção, criticando um entendimento que seria habitual entre romanistas mais atuais, como William Seston, que associam o *iustitium* apenas a seu uso no luto oficial quando da morte de membros da casa *augusta* durante o período do principado (AGAMBEN, 2010, p. 123). Também há uma antiga compreensão, mais superficial, do *iustitium* que considera este como uma espécie de “férias judiciais”, “suspensão dos trabalhos judiciais”, “fechamento dos tribunais”, definições sobretudo vinculadas à ideia de inatividade dos trabalhos judiciais (FERREIRA, 1997, p. 649; TORRINHA, 1942, p. 459).⁹¹

Entre um e outro sentido, encontra-se a interpretação de Burdese, a qual considera que o *iustitium* era uma “medida extraordinária de caráter geral” que consiste na suspensão da atividade dos outros magistrados, ordenada pelo magistrado “mais elevado” a possuir *imperium* e presente em Roma, sob um parecer do senado (ou seja, um *senatus consultum*), em “circunstâncias excepcionais” de “perigo” (*periccolo*), “festa” (*fasta*) ou “luto” (*lutto*) (BURDESE, 1966, p. 65).⁹² Ou seja, seria um instituto regular que suspende a atividade dos magistrados. Burdese apresenta uma reconstrução divergente quanto à competência para ordenar o *iustitium*, na medida em que considera que o *senatus consultum* avalia uma ordem de um dado magistrado, mais elevado em *potestas*. Ou seja, para Burdese o *senatus consultum* apenas autoriza uma ordem dada por outrem, enquanto para Agamben o *senatus consultum* é que cria o *iustitium*. Como se pode ver, há ampla discordância entre as interpretações atuais do *iustitium*. Uma possível definição de *iustitium*, segundo o Oxford Classical Dictionary, é a seguinte:

Suspensão temporária de toda a atividade jurisdicional dos magistrados, *iudices* e cortes, em matéria civil e criminal, em razão de eventos perturbando o todo da vida pública, como no caso de grandes calamidades nacionais,

⁹¹ O erro consiste, sobretudo, em uma incompreensão do sentido da magistratura na Roma antiga. O termo *magistratus* se refere ao sujeito que ocupa qualquer cargo eletivo, não apenas aqueles com função judicial. Os Cônsules, por exemplo, eram magistrados no sentido romano da palavra. O *iustitium* não atinge, portanto, apenas as funções judiciais, mas sim toda as funções exercidas por magistrados, ou seja, praticamente todas as funções da República romana são atingidas.

⁹² Agamben não referencia Burdese, porém traz uma relação entre *Iustitium* e “Festa, Luto e Anomia” no capítulo 5º de seu estudo sobre o estado de exceção (AGAMBEN, 2010, p. 123). Porém, em Agamben, esta relação se dá através de uma complexa construção de relações antropológicas entre a morte do soberano, a anomia e festas populares cíclicas como o carnaval (AGAMBEN, 2010, p. 124-134).

revoltas, e coisas do tipo. Um *iustitium* podia ser proclamado pelo Senado; ele produzia a imediata suspensão da *iurisdictio* e a inibição da *iudicia* (CARY, NOCK, *et al.*, 1949, p. 465).⁹³

O caráter essencial do *iustitium*, presente de um modo ou outro em todas essas interpretações, é a interrupção do exercício de determinadas funções públicas. A questão em que a interpretação de Agamben mais parece falhar é justamente ao entender que seria a própria vigência da norma que é interrompida pela suspensão, quando tudo indica que no *iustitium* o que era suspenso era a competência dos cargos (magistraturas), colocando-se aí uma fundamental diferença com relação ao estado de exceção.

Porém, antes de prosseguir a crítica, convém esclarecer o papel do *iustitium* não só a partir das interpretações posteriores, mas a partir dos próprios textos romanos antigos. As próprias fontes romanas, como era de se imaginar, não são tão precisas quanto ao significado, mas fornecem indícios a partir dos quais podemos reconstruir o instituto em sua relação com a estrutura jurídica em que estava inserido.

Cícero, na “Resposta sobre os Harúspices”, refere-se uma vez a uma sugestão de *iustitium* lançada por Publius Clódio Pulcro:

Somos avisados pelo mesmo [Clódio]: Que planos secretos não lesem à *República*. Quais são mais secretos que os dele, que ousou dizer em assembleia que deve ser decretado o *iustitium*, interrompida a jurisdição, fechado o erário, eliminados os juízos? (...) Porém, o *iustitium* dele foi preparado e pensado, nas vigílias da noite, além de em reunião de pessoas. (CICERO, 1923, p. 390).⁹⁴

Aqui parece que o *iustitium* diz respeito à cessação ou suspensão do conjunto das atividades públicas romanas, pois vem junto com a interrupção da jurisdição, a eliminação dos juízos e o fechamento do erário. É visto também com desconfiança por Cícero, que teme que o *iustitium* esteja sendo instrumentalizado por uma conspiração oculta contra a República. Nas *Filípicas*, porém, Cícero usa também o

⁹³ “Temporary suspension of all jurisdictional activity of magistrates, iudices and courts, in civil and criminal matters, on account of events disturbing the whole of public life, as in the case of great national calamities, riots, and the like. A *iustitium* could be proclaimed by the Senate; it produced immediate suspension of *iurisdictio* and inhibition of *iudicia*”. Trad. livre.

⁹⁴ Monent enim eidem, NE OCCULTIS CONSILIIIS RES PUBLICA LAEDATUR. Quae sunt occultiora quam eius, qui in contione ausus est dicere *iustitium* edici oportere, iuris dictionem intermittere, claudi aerarium, iudicia tolli? (...) *verum tamen nocturnis vigiliis, etiam coitione hominum, iustitium illud concoctum atque meditatum est*”. Trad. livre.

termo *iustitium* em um outro contexto, quando discursa para que o Senado romano tome medidas repressivas e militarizantes, não enviando embaixadores para negociar com Marco Antônio (o qual pretendia aproveitar o assassinato de Júlio César para assumir a posição de poder deste último em Roma):

Senadores, quanto à coisa, opino que nada se deve fazer quanto a menção aos embaixadores; julgo que as coisas devem ser administradas sem qualquer demora e tomadas em mãos imediatamente; digo que é devido declarar o tumulto, decretar o *iustitium*, tomar as vestes militares, fazer o alistamento, removidas as isenções, em toda a Itália, exceto a Gália (CICERO, 1960, p. 35).⁹⁵

Aqui, o *iustitium* aparece em meio a medidas que preparam um cenário de guerra civil, entre Marco Antônio e o Senado romano. O contexto temporal, no entanto, é aquele dos últimos anos da República, sendo que com a derrota de Marco Antônio, Otaviano daria fim à República e inauguraria o período do principado, assumindo o título de *Augusto* e governando como primeiro Imperador. Deve-se notar que não se encontram, entre as medidas que Cícero sugere para preparar a guerra contra Marco Antônio, nem o *senatus consultum ultimum* nem a nomeação de um ditador. Ao contrário, falando ao Senado logo após Júlio César ser assassinado sob suspeitas de que este queria abusar dos poderes ditatoriais conferidos a ele, Cícero tem muito presente os riscos do poder ditatorial, e é porque Marco Antônio pode vir a representar semelhante risco que Cícero pede as medidas de guerra contra ele. Ou seja, trata-se de impedir a concentração de poderes em um ditador, e não de favorecê-la, uma vez que esta é o perigo a ser enfrentado. Dessa maneira, o *iustitium* aparenta ter a função de parar a atividade estatal, em uma situação que prenuncia uma guerra civil contra um possível abuso do poder de um ditador em potencial. Não se chega, porém, a vislumbrar o sentido da interpretação de Agamben para esse texto, a qual entende que se trata de livrar os magistrados das obrigações legais, em especial a limitação da pena de morte da *Lex Sempronia* (AGAMBEN, 2010, p. 91). O *iustitium* não libera o magistrado da lei, ao contrário, suspende a própria magistratura através da lei, no que parece ser a interpretação mais acertada do sentido do instituto. No conflito

⁹⁵ “*Quam ob rem, patres conscripti, legatorum mentionem nullam censeo faciendam; rem administrandam arbitror sine ulla mora et confestim gerendum [censeo]; tumultum decerni, iustitium edici, saga sumi dico oportore, dilectum haberi, sublatis uacationibus, in urbe et in Italia praeter Galliam tota[m]*”. Trad. livre.

armado que se anunciava, não se trata de penas de morte, mas de uma luta de vida e morte em um cenário bélico sem regulação jurídica, ainda que sendo um conflito interno, parecido a uma “guerra civil”. Não há magistrados, ou penas, mas há uma guerra interna sobre a República.

Em ambos os textos de Cícero, portanto, há um temor considerável de que um indivíduo venha a dominar a República, concentrando poderes indevidamente. No entanto, na “Resposta sobre os Harúspices”, esse temor é utilizado para fundamentar que não seja usado o *iustitium*, enquanto na “Filípica” é o que justifica a decretação do *iustitium*. Fica assim uma questão, quanto a de que maneira o *iustitium* pode ter dois significados tão distintos em duas ocasiões.

A resposta para isso é que o *iustitium* é uma medida relativamente simples, que determina a suspensão temporária do exercício das magistraturas. Assim, há um certo “*iustitium*” limitado no *senatus consultum ultimum* na medida em que ficam suspensas as magistraturas que possuíam as competências concentradas no Cônsul por ocasião do *senatus consultum ultimum*. Há também um *iustitium* no luto oficial por membros da casa imperial, durante o Império, porque as atividades do Estado são suspensas, em sinal do luto. Assim como também há um *iustitium* na situação limítrofe em que Cícero convoca os senadores a entrarem em uma “guerra” contra o que temia ser um golpe de Estado ditatorial, porque a “guerra civil” não comportaria o regular funcionamento das funções da República, uma vez que estas estavam em luta entre si. É apenas nesse sentido que o *iustitium* pode corresponder a um “estado kenomático”, para utilizar a nomenclatura de Agamben (AGAMBEN, 2010, p. 30), mas com distinto fundamento, na medida em que representa uma situação na qual não há atividade de Estado, pela suspensão das funções que executam as normas estatais. As normas se tornam ineficazes apenas, na medida em que ninguém tem o poder para decidir sobre elas ou aplicá-las, ainda que continuem em vigor. A aparente suspensão da norma, que aparece de maneira tão misteriosa em Agamben, surge assim de maneira muito mais simples, como simples ineficácia fática da norma diante da suspensão da atividade estatal.

Cabe aqui lembrar também o episódio da *Pax Caudina*, conforme narrado por Tito Lívio (LIVIUS, 1955, p. 523-524), em que o exército romano sofreu uma vergonhosa derrota militar, o que causou um tumulto em Roma, em razão da indignação dos romanos em que o exército tenha admitido derrota. No contexto desse

tumulto, é interessante observar que Tito Lívio narra que o *iustitium* se instalou sem ter sido proclamado por ninguém, com a cessação dos negócios públicos se dando sem ordem alguma, mas espontaneamente. Diante da situação de tumulto, a qual foi causada por esse *iustitium* não declarado, foi determinada a nomeação de um ditador por *senatus consultum*. Como o ditador não conseguiu realizar a missão que lhe era então exigida, no caso, reunir os comícios, e como toda a classe dirigente romana havia sido desmoralizada na derrota que levou à *Pax Caudina*, instalou-se um interregno em Roma. Desse episódio, surgem algumas indicações sobre o significado jurídico do *iustitium*. Primeiro, que o uso do termo *iustitium* se refere aqui a um estado de fato, e não a um poder jurídico, uma vez que o *iustitium* se instaurou em Roma sem nenhum ato jurídico, declaratório ou ordenatório. Em segundo, que há uma possível coincidência entre *tumultum* e *iustitium*, ao menos nesse caso, em que tal situação de fato foi identificada como tumulto digno de causar a nomeação de um ditador. Terceiro, que o Interregno e o *iustitium* se diferenciam, na medida em que o Interregno surge como solução jurídica para uma situação de fato do *iustitium*, quando a ditadura falhou. Por fim, note-se que primeiro houve o *iustitium*, e apenas depois o *senatus consultum* cria o estado de exceção da ditadura, de modo que a ordem proposta por Agamben, do *iustitium* seguindo a decisão do estado de exceção, se inverte no caso da *Pax Caudina*.

Portanto, pode-se fazer algum delineamento quanto ao que significava o *iustitium* no Direito romano antigo. O *iustitium* suspende o exercício das magistraturas, mais do que o ordenamento jurídico como um todo. O que é atingido pelo *iustitium* não é o Direito (*ius*) como um todo, mas a *jurisdictio* (competência para decidir o Direito). Sua função até aparentaria ser uma solução de estado de exceção, sob esse aspecto, na medida que extingue na prática, a recorribilidade, que representava exatamente o problema central para o qual se dirigia a nomeação do Ditador. Porém, não o faz com a nomeação de um magistrado extraordinário, como na ditadura, mas o faz com a suspensão do exercício do geral das magistraturas. Enquanto o estado de exceção, como na Ditadura, concentra competências em sentido positivo, o *iustitium* elimina competências em sentido negativo. Não há, no *iustitium*, nenhuma magistratura com *jurisdictio* nem para obrigar, nem para proibir, nem para permitir coisa alguma. Não pode ser por isso um estado de exceção, no sentido próprio, uma vez que não há uma concentração de poderes juridicamente determinados, mas sim

a ausência dos poderes juridicamente determinados. No *iustitium*, o cidadão romano efetivamente não está obrigado a nada, nem permitido, pois nesse estado simplesmente não há ninguém competente para decidir sobre o lícito e o ilícito.

Não pode haver no *senatus consultum ultimum* em si uma suspensão total do Direito, pois tal ato do Senado se dirige ao Cônsul, enquanto magistratura ordinária. Sendo suspenso o ordenamento jurídico, suspender-se-iam também as magistraturas ordinárias, como o Consulado, vez que estas derivam seu *imperium* justamente do Direito. Também a suspensão das competências seria contraditória com o *senatus consultum ultimum*, cuja principal função é expandir a competência do Cônsul. A expressão *jurisdictio*, em uma de suas acepções, significa justamente isso, o âmbito de competência do magistrado para “dizer o Direito” sobre questões determinadas, e é determinada pelo próprio *ius*, enquanto ordenamento jurídico. Aí se insere a diferença fundamental, uma vez que o *senatus consultum ultimum* amplia o âmbito de competências do Cônsul (tornando-se sua competência praticamente tudo, desde que necessário à salvação da coisa pública), ao passo que o *iustitium* reduz a competência a nada, elimina o âmbito de competências.

Trata-se do reconhecimento normativo de uma situação de fato, na qual a República romana, isto é, o Estado como um todo, não conseguia agir para aplicar as sanções previstas em suas normas, porquanto estava impedido o exercício das magistraturas pela suspensão de sua jurisdição.

Do ponto de vista do cidadão, sob um *iustitium* completo, isto é, a suspensão de todas as magistraturas, ele não é obrigado por nenhum poder da República, visto que nenhum pode exercer qualquer jurisdição. O cidadão se encontraria em uma situação em que as normas são válidas, mas totalmente ineficazes, de modo que agiria interpretando-as livremente de acordo com sua consciência, no máximo. Agamben demonstra consciência, em algum nível, dessa relação interna entre *iustitium* e anomia, mas não a coloca em termos claros porque insiste em vincular tal instituto unicamente à figura do estado de exceção, o qual contém apenas uma de suas facetas. Porém, Agamben aproxima sua interpretação do *senatus consultum ultimum* dessa autonomia do cidadão em meio ao *iustitium*. Criticando a leitura do *senatus consultum ultimum* enquanto quase-ditadura, diz que no *senatus consultum ultimum*, além de não se criar uma nova magistratura, “cada cidadão parece investido de um *imperium* flutuante e anômalo que não se deixa definir nos termos do ordenamento

normal” (AGAMBEN, 2010, p. 89).⁹⁶ Não é tanto o *senatus consultum ultimum* em si que carrega essa característica, porém, mas sim o *iustitium* que supostamente o acompanha.

Agamben remete, como sendo uma suposta instância desse tipo de estado de exceção, ao caso de Cipião Násica, que assassinou o tribuno da plebe Tibério Graco, sendo recoberto de juridicidade esse ato por uma “autoridade de comando de estado de necessidade”, conforme narrado por Mommsen (AGAMBEN, 2010, p. 90). Aqui se apresenta a principal razão para a equiparação (indevida) de *iustitium* e *senatus consultum ultimum* por Agamben, qual seja, que o autor não faz a diferenciação entre estado de necessidade (*Notstand*) e estado de exceção (*Ausnahmezustand*). Assim, o caso de Cipião Násica revela um exercício do Direito desde fora dos poderes constituídos (uma forma de controle exógeno, portanto), pelo cidadão agindo autonomamente em uma situação que foi entendida como estando fora das competências das magistraturas estabelecidas, contra uma suposta concentração indevida de poder. A ação de Násica é legalizada não por um poder especial dado a um Cônsul, mas por um estado de necessidade, em que tal *imperium* surge apenas enquanto perdura o risco à República. Násica não age aí como magistrado, mas como cidadão, sem qualquer distinção funcional, mas como “cidadão individual” (*einzelne Bürger*), segundo o próprio Mommsen (MOMMSEN, 1887, p. 695). Apesar de esse caso ser claramente relacionado pelo autor ao estado de necessidade (*Notstand*) e à ideia de autotutela do direito (*Selbsthülfe*), Agamben insiste em associar desnecessariamente essa formulação ao estado de exceção (AGAMBEN, 2010, p. 90). Há aqui uma correlação com o *iustitium*, na medida em que é exatamente essa “autotutela” que se encontra no *iustitium*, já que não há competência de nenhuma autoridade para decidir a questão. Násica agiu em defesa da integridade da República enquanto forma constitucional (a qual não admitia a tirania) mas não de seu direito individual, ainda que a ação seja feita na condição de cidadão individual. No caso de Násica se vislumbra, finalmente, uma faceta de “direito de resistência”, em que todo e

⁹⁶ “Pero la imagen de una “cuasi-dictadura”, que será recogida por Plaumann, es completamente equívoca, porque no solo no se produce aquí la creación de una nueva magistratura, sino que incluso cada ciudadano parece en este caso investido de un *imperium fluctuante y anómalo* que no se deja definir en los términos del ordenamiento normal”.

cada cidadão tem o direito de garantir a forma da “Constituição” autonomamente contra as concentrações indevidas do poder. Ou seja, onde Agamben insiste em ver um estado de exceção, na verdade o que Mommsen nos mostra é o exercício de um direito de resistência na autotutela que deriva do estado de necessidade. E assim, por se tratar de uma situação em que qualquer cidadão age de acordo com sua consciência e seu julgamento, em que o Estado não consegue aplicar a norma de modo eficaz, e em que não há em nenhum agente do Estado com jurisdição para decidir e obrigar o sujeito ao cumprimento das normas, o *iustitium* se aproxima das figuras do estado de necessidade e do direito de resistência de forma acentuada.

O episódio suscitado por Cícero nas Filípicas, de um conflito interno do Estado que implica a suspensão do exercício das funções deste, encontra analogia com um estado de necessidade, bem como, sobretudo, com o direito de resistência. Do mesmo modo, a ação de Cipião Násica contra Tibério Graco reflete a mesma ideia de um direito de resistência (no caso, chegando ao tiranicídio) surgindo do estado de necessidade. Conforme pretende-se demonstrar na próxima parte do presente trabalho, o direito de resistência é a forma jurídica que assume um conflito lícito entre um sujeito e o Estado, quando há a violação dos limites jurídicos de atuação do Estado. O estado de necessidade, por sua vez, é a forma jurídica que surge quando é impossível se esperar que o sujeito aja de maneira diversa, mesmo diante de uma proibição, e pode ser por vezes uma fonte de legitimação do direito de resistência. A categoria do direito de resistência não é encontrada como tal no Direito romano, porém surge no pensamento jurídico durante a Idade Média, abrangendo aspectos que reconduzem aos elementos do *iustitium*, em especial na ideia de ausência de jurisdição pelos agentes estatais para obrigar juridicamente e na ideia de inaplicabilidade de uma norma vigente pela suspensão do exercício do poder estatal diante do reconhecimento jurídico de uma situação de fato. Temos assim, na figura do *iustitium*, uma suspensão das competências e funções do Estado, através da qual o estado de exceção é conectado ao direito de resistência, pois ambos surgem do tumulto. Por isso, acredita-se que essa conexão entre resistência e estado de exceção através da suspensão das funções de Estado revela um potencial de controle entre esses institutos. É nesses termos que o direito de resistência pode vir a se afirmar enquanto controle do estado de exceção desde a genealogia do *Iustitium* na Roma antiga.

2.3 O DIREITO DE RESISTÊNCIA NO PENSAMENTO JURÍDICO

Como vimos, não há no Direito romano a ideia de direito de resistência. Ainda assim, há uma relação de juridicidade para determinados atos em determinadas situações fáticas, como no *lustitium*, que apresentam uma estrutura similar ao que poderia ser visto na estrutura de um “direito de resistência”. As primeiras menções ao debate do direito de resistência só vão surgir com esse nome durante a Idade Média. Porém, para compreender o termo “direito de resistência” é necessário compreender o histórico do debate acerca da juridicidade da ação do sujeito por si mesmo quando este está em conflito com prescrições jurídicas estatais. Afinal, a ideia de “resistência” contém em si o sentido de não-aceitação, de oposição ou de desobediência contra uma determinada norma ou uma determinada autoridade.

2.3.1 O Agir Fora das Palavras da Lei em Tomás de Aquino

O melhor exemplo de uma posição medieval sobre a questão da obrigatoriedade da obediência às normas pode ser encontrado na filosofia da lei de Tomás de Aquino. Por isso, a genealogia aqui apresentada do direito de resistência começa com o pensamento tomista. De fato, a justificação do direito de resistência tem seu primeiro desenvolvimento dentro do jusnaturalismo, especialmente no pensamento de teólogos tomistas (GARGARELLA, 2003, p. 8). Por isso, é importante uma compreensão detalhada do direito de resistência no pensamento de Tomás de Aquino.

A formulação da questão da vinculatividade das normas do ordenamento jurídico é expressa em Tomás de Aquino principalmente na Questão 96 da Suma Teológica, “Sobre o Poder da Lei Humana”. No artigo sexto desta questão, Tomás de Aquino coloca a pergunta quanto a se “É lícito àquele que está sujeito à lei agir fora das palavras da lei?” (AQUINO, 2005, p. 593, v.4).⁹⁷ Em primeiro lugar, destaca-se o uso do termo “palavra da lei” (*verba legis*), pois a solução que ele dá a esta questão passa sobretudo pela ideia de interpretação. Em essência, o argumento de Tomás de Aquino pode ser representado da seguinte maneira: As leis podem não ser seguidas,

⁹⁷ “*Utrum ei qui subditur legi, liceat praeter verba legis agere*”.

em situações de perigo que coloquem em risco o bem comum. Para Tomás de Aquino, a Lei (*Lex*) tem como finalidade o bem-estar comum dos homens (*communem hominum salutem*) e sua força e razão enquanto lei só se justificam enquanto a lei conduzir a este fim: “(...) toda lei ordena ao bem-estar comum dos homens, e nessa medida obtém força e razão de lei; se falta a isso não tem a virtude de obrigar” (AQUINO, 2005, p. 594, v.4).⁹⁸ Assim, para Tomás de Aquino, a própria capacidade da lei de obrigar fica submetida ao cumprimento do critério teleológico do bem comum.

A estrutura dessa inaplicação da lei é a estrutura de uma exceção, pois a lei seria feita para promover o bem comum na situação geral, que “acontece no mais das vezes” (*in pluribus accidunt*), porém na situação específica em que a aplicação da lei não levaria ao fim do bem comum, esta não é aplicada pela especificidade da situação em questão (AQUINO, 2005, p. 594, v.4). Ou seja, há aqui uma lógica da exceção, em que a regra incide no caso geral, mas não no caso específico, em razão de uma teleologia da norma.

Porém, a tarefa de interpretar a lei no caso concreto não incumbiria a todos, mas somente aos príncipes da cidade, nas situações normais. Ou seja, na filosofia de Tomás de Aquino, apenas se o príncipe entende que a aplicação de uma lei em determinado caso não conduz ao fim do bem comum, é que esta lei não terá força em razão do fim. A combinação da estrutura de exceção com essa restrição da autoridade interpretativa poderia conduzir-nos a uma analogia com o estado de exceção. De fato, como analogia, uma tal observação pode ser pertinente, porém deve-se notar que não há um estado de exceção no sentido próprio, pois Tomás de Aquino trabalha com a ideia dos “príncipes” (*principes*), tendo o Estado monárquico como modelo, em que a decisão final do príncipe é inerente à própria estrutura de Estado que ele tem em mente, não representando qualquer concentração extraordinária. A faculdade de

⁹⁸ Tradução adaptada pelo autor do presente trabalho, baseada na tradução ao português da edição bilíngue utilizada (realizada por Vannucchi, Aldo *et al.*), porém corrigindo-se a expressão “*salutem*”, uma vez que a tradução da palavra latina “*salus*” como “salvação” limita o sentido desta à uma significação religiosa que não parece ser o significado principal deste trecho. No texto original em latim: “*omnis lex ordinatur ad communem hominum salutem, et intantum obtinet vim et rationem legis; secundum vero quod ab hoc deficit, virtutem obligandi non habent*” (AQUINO, 2005, p. 594). A correlação entre esse uso do termo *salus* aqui e a fórmula *salus populi lex suprema est* (“o bem-estar do povo é a lei suprema”), enunciada primeiramente por Cícero no *De Legibus* (CICERO, 1959, III, 8), não pode ser considerada, de modo algum, insignificante. Na verdade, parece ser justamente a colocação do bem-estar do povo como norma superior que embasa o raciocínio tomista no ponto em questão.

dispensar das leis é permanente do príncipe, derivando de sua autoridade para decidir o que é útil ou inútil para a cidade:

Deve-se, entretanto, considerar que, se a observância da lei segundo as palavras não tem perigo súbito, o qual seja necessário enfrentar imediatamente, não pertence a qualquer um interpretar o que é útil à cidade e o que é inútil, mas isso pertence somente aos príncipes, os quais, em razão de semelhantes casos, têm autoridade de dispensar as leis” (AQUINO, 2005, p. 594, v.4).⁹⁹

Tomás de Aquino admite, no entanto, uma situação em que a interpretação para agir fora da letra da lei não é exclusiva do governante. Trata-se do “perigo súbito” (*subitum periculum*), isto é, de uma situação em que não se pode recorrer às autoridades superiores para confirmar a interpretação e que o perigo precise ser imediatamente confrontado (AQUINO, 2005, p. 594, v.4). Assim, na combinação dos requisitos do perigo súbito e da inutilidade da observância da Lei para o bem comum, surge uma permissão especial a qualquer sujeito para desobedecer à Lei (isto é, ao Direito) como forma de repelir o perigo. O fundamento que Tomás de Aquino sugere para a inaplicabilidade da Lei neste caso é o estado de necessidade: “Se, porém, há perigo súbito que não sofre tal demora que se possa recorrer ao superior, a própria necessidade tem anexa a dispensa, pois a necessidade não se sujeita à lei” (AQUINO, 2005, p. 594-595, v.4).¹⁰⁰

A questão da licitude do agir fora da palavra da Lei é exemplificada por Tomás de Aquino através do exemplo da “cidade sitiada”: Em uma cidade sob cerco, a lei determina que não se abram os portões. Porém, em um caso específico, cidadãos (importantes para a conservação da cidade) estão sendo perseguidos por inimigos. A questão então coloca-se quanto a se dever-se-ia abrir o portão para que esses cidadãos escapem ou manter o portão fechado para observar a lei. Nesse caso, a regra geral do fechamento do portão, normalmente benéfica à preservação da cidade sitiada, revela-se prejudicial, diante do massacre dos cidadãos pelos inimigos; bem

⁹⁹ “*Sed tamen hoc est considerandum, quod si observatio leges secundum verba non habeat subitum periculum, cui oportet statim occurri, non pertinet ad quemlibet ut interpretetur quid sit utile civitate et quid inutile: sed hoc solum pertinet ad principes, qui propter huiusmodi casus habent auctoritatem in legibus dispensandi*”.

¹⁰⁰ “*Si vero sit subitum periculum, non patiens tantam moram ut ad superiorem recurri possit, ipsa necessitas dispensationem habet annexam: quia necessitas non subditur legi*”. Todas as traduções utilizadas dessa obra são de Aldo Vanuchi *et al.*, constante na edição bilíngue utilizada, salvo onde especificado em contrário.

como surge um perigo súbito. Quando o guarda da muralha abre o portão, portanto, ele está agindo em estado de necessidade, e sua ação não é ilícita, pois corresponde aos dois requisitos, quanto ao “bem comum” e quanto ao “perigo”. Sobre o exemplo em si, o fato de que o exemplo escolhido é justamente uma situação militar, e ainda mais a situação do sítio, novamente traz certas analogias com o estado de exceção. Porém, a analogia apenas se sustentaria, conforme colocado, na medida em que o príncipe decide sobre a inaplicação da lei, e ainda assim com muita restrição por se tratar de um regime monárquico. No caso em que a inaplicação das palavras da lei não é a autoridade superior (por exemplo, o guarda da cidade sitiada), temos não um “estado de exceção”, mas sim um “estado de necessidade”.

Sobre o “estado de necessidade” em Tomás de Aquino, ressalte-se que a condição do perigo súbito não diz respeito à gravidade ou à espécie do perigo, mas à possibilidade de recorrer a um superior autorizado. Ou seja, nesse “estado de necessidade” a Lei não é aplicável porque o tempo do perigo impede a jurisdição da autoridade competente. Há, portanto, a analogia com o *iustitium*, na medida em que uma situação emergente impede a aplicação da Lei em razão da ausência de jurisdição dos sujeitos competentes para decidir. Ou seja, a estrutura da exceção aqui presente se articula com o “estado de necessidade” e com o paradigma emergencial da decisão em um tempo demasiado restrito de forma similar àquela do *iustitium*, mas que também contém similitudes, mais distantes, com o estado de exceção. Verifica-se uma diferenciação entre a suspensão da aplicabilidade da lei quando feita através do poder do agente superior do Estado (na figura do “príncipe” da “cidade”), em simples construção de uma exceção normativa baseada em interpretação teleológica, e quando feita com relação a um sujeito sob essa lei que a descumpra em ato de interpretação própria (na figura do “guarda do portão”, no exemplo dado), no caso de um “estado de necessidade” voltado ao bem comum. Em ambos os casos, porém, o fim da Lei é colocado acima de seu texto e mesmo de seu significado imediato, expressando uma instância do aspecto teleológico que de um modo ou de outro recobre o pensamento tomista.

Uma questão mais complexa emerge no caso de conflito entre as interpretações de “bem” e de “Lei” do príncipe e do cidadão. No caso do “estado de necessidade”, cumpridas as exigências do perigo súbito e da destinação ao bem comum, o cidadão se encontra no direito de agir contra a Lei, mas não contra o legislador. Ao contrário,

Tomás de Aquino coloca esse agir fora da lei de maneira harmônica, não conflituosa, na medida em que realiza o direcionamento ao bem comum que também é exigido ao legislador. Por isso que não há um direito de resistência propriamente dito surgindo desse “estado de necessidade” tomista. O sujeito que age fora da lei não age resistindo à Lei, mas promovendo uma finalidade (o bem comum) que se pressupõe ser a mesma da Lei. Ainda assim, Tomás expressa de maneira clara uma compreensão de que a norma não pode ser obrigatória no caso de ser impossível a jurisdição da autoridade competente, de modo que esse conceito de “estado de necessidade” estabelece uma espécie de conexão genealógica entre o *iustitium* e o que viria a ser o “direito de resistência”.

Uma vinculação muito mais direta com o direito de resistência, no entanto, pode ser encontrada no tratamento dispensado por Tomás de Aquino à questão da “sedição”. Sedição, de acordo com a “Suma Teológica”, seria incitar a discórdia entre uma parte e outra de uma multidão, rompendo sua unidade secular, como cidade ou reino (AQUINO, 2005, p. 530, v.5). Nesses termos, Tomás de Aquino considera a sedição um pecado especial e mortal, que se opõe ao “bem comum” e à justiça (AQUINO, 2005, p. 531, v.5).¹⁰¹ Porém, há uma interpretação peculiar da sedição, no que diz respeito à liberação contra um poder tirânico.

Com efeito, Tomás de Aquino reconhece que a libertação da tirania implica uma dificuldade quanto ao caráter injusto da sedição, pois:

Ademais, felicitamos aqueles que libertam a multidão de um poder tirânico. Ora, isso não acontece facilmente sem algum desacordo na multidão, quando uma parte se esforça para manter o tirano e outra se esforça por derrubá-lo (AQUINO, 2005, p. 531).¹⁰²

A solução para esta dificuldade é a identificação da própria tirania com a sedição. Na teoria tomista, o próprio exercício da tirania configura uma sedição, porque não é justo, ao se ordenar ao bem privado antes do bem comum, e na medida em que causaria a discórdia para exercer sua dominação. Diz Tomás de Aquino: “No entanto,

¹⁰¹ “*Manifestum est ergo quod seditio opponitur et iustitiae et communi bono*”. [“A sedição se opõe, assim, à justiça e ao bem comum”].

¹⁰² “*PRAETEREA, laudantur qui multitudinem a potestate tyrannica liberant. Sed hoc non de facili potest fieri sine aliqua dissensione multitudinis, dum una pars multitudinis nititur retiner tyrannum, alia vero nititur eum abiicere*”.

é muito mais sedicioso o tirano que nutre no povo as discórdias e as sedições para poder dominá-lo com mais segurança” (AQUINO, 2005, p. 532, v.5).¹⁰³ Ou seja, a derrubada do tirano é justa, desde que feita com vistas ao bem comum, como defesa contra a sedição implicada na tirania:

Por isso, a derrubada de tal regime não tem a razão de sedição; a não ser que o regime tirânico seja derrubado de maneira tão desordenada que o povo a ele subjugado experimentasse um dano maior com a derrubada subsequente do que com o regime tirânico” (AQUINO, 2005, p. 532, v.5).¹⁰⁴

Desse modo, no pensamento de Tomás de Aquino fica explícito um direito a combater um governo tirânico, desde que não seja causado um mal maior no processo de derrubada da tirania. A razão que origina tal direito é teleológica, na medida em que se julga a justiça da libertação face à tirania com base no grau em que esta promove o bem-comum, finalidade da comunidade política.

Esse direito de resistência face a tirania não se estende, ainda assim, ao próprio tiranicídio. Na questão do homicídio, mais especificamente da licitude de “matar um pecador” (Questão 64, artigo 2), Tomás de Aquino explicita que considera aceitável matar o pecador que é “perigoso para a comunidade” (*periculosus communitati*), com base na ideia de que a parte se subordina ao todo, e que a pessoa está para a sociedade como a parte está para o todo (AQUINO, 2005, p. 133, v.5). Porém, apesar de que o tirano seja um pecador, enquanto sedicioso, ele não poderá ser morto por um particular, uma vez que apenas ao príncipe competiria a decisão sobre matar alguém por ser “perigoso para a comunidade”: “Ora, o encargo do bem comum é função dos príncipes que detêm a autoridade pública. Portanto, somente a eles, e não a pessoas privadas, é lícito matar os malfeitores” (AQUINO, 2005, p. 135, v.5).¹⁰⁵ Assim, o tiranicídio não é possível, uma vez que não cabe aos particulares decidir sobre a morte, mas apenas ao príncipe.

¹⁰³ “*Magis autem tyrannus seditiosus est, qui in populo sibi subiecto discordias et seditiones nutrit, ut tutius dominari possit*”.

¹⁰⁴ “*Et ideo perturbatio huius regiminis non habet rationem seditionis; nisi forte quando sic inordinate perturbatur tyrannii regimen quod multitudo subiecta maius detrimentum partitur ex perturbatione consequenti quam ex tyranni regimine*”.

¹⁰⁵ “*Cura autem communis boni comissa est principibus abentibus publicam auctoritatem. Et ideo eis solum licet malefactores occidere, non autem privatis personis*”.

Dessa maneira, podemos vislumbrar um direito de resistência em sentido mais próprio em Tomás de Aquino, sendo justa¹⁰⁶ a libertação da tirania, mesmo que implique em uma perturbação da ordem social, desde que tal perturbação não seja mais danosa ao bem comum do que a própria tirania. Porém, não está alcançado aí o tiranicídio, que parece ser estritamente vedado aos particulares.

Além desse direito à resistência ativa, com vistas a derrubar o tirano, e do direito a desobedecer o texto da lei no estado de necessidade, há ainda outros aspectos do pensamento tomista que podem ser vinculados ao direito de resistência, consistindo em situações de desobediência defensiva, em que a pessoa apenas se defende: o direito de defesa da própria vida (que inclui o do injustamente condenado à morte e o furto por necessidade) e o direito de desobediência surgido do conflito entre autoridades de diferentes graus hierárquicos.

Tomás de Aquino reconhece o direito à legítima defesa, sendo lícito até mesmo que uma pessoa mate a outra, quando tal ato seja necessário para conservar a própria vida, desde que seja uma reação proporcional (AQUINO, 2005, p. 142-145). A questão possui uma implicação problemática, quanto aos casos em que a autoridade determina a morte de um membro da comunidade, o que é permitido no direito natural tomista, como já foi visto. Nesse tipo de situação, o condenado possui direito a defender a própria vida, contra o julgamento da autoridade, ou fica obrigado a submeter-se a este? A solução de Tomás de Aquino passa, mais uma vez, pela análise da justiça do ato, em termos jusnaturalistas:

De dois modos pode alguém ser condenado à morte. Primeiro, justamente. Nesse caso, não é lícito ao condenado se defender. Se o faz, poderia o juiz combater sua resistência, o que seria, da parte do réu, provocar uma espécie de guerra injusta. Logo, seria pecado, sem dúvida alguma.

O outro modo vem a ser a condenação injusta. E tal juízo é semelhante à violência dos ladrões, como se vê no livro de Ezequiel: (...). Ora, como é lícito resistir aos ladrões, assim é lícito nesse caso resistir aos maus príncipes;

¹⁰⁶ Pela própria estrutura de jusnaturalismo teológico e pela teologia política do tomismo, que submete a Lei humana à Lei natural, de origem divina, não há uma distinção forte entre o que é “justo” e o que é apenas “jurídico”. No conflito entre o Direito positivo e o Direito natural, o tomismo opta pela preponderância do Direito natural. Assim, o justo acaba por englobar o lícito. A esse respeito, confirmam-se as questões 91, 93, 94, 95 e 96 da Suma Teológica, relativas às Leis natural, divina, eterna e humana (AQUINO, 2005, p. 528-595, v.4).

a não ser que se tenha de evitar escândalo, caso se temesse que daí resultasse uma grave perturbação (AQUINO, 2005, p. 192).¹⁰⁷

Assim, a questão se aproxima do artigo sobre a libertação da tirania. Por um lado, há uma distinção entre condenação justa e injusta, assim como há a distinção entre o tirano e os príncipes legítimos. Por outro, também o direito de resistir à condenação injusta é limitado, de modo que só pode ser exercido de maneira a não causar dano maior à comunidade, aqui expresso no “escândalo”.¹⁰⁸ Ou seja, há um direito de defesa atrelado a uma concepção de justiça, somente emergindo contra a condenação injusta à pena de morte, não se aplicando à pena “justa”. Porém, em que pese a vinculação entre este direito de defesa do condenado e o direito à libertação contra o tirano, ambos se diferenciam, na medida em que este direito de defesa é mais restrito, sendo exercido apenas pelo próprio condenado para evitar a própria morte, não lhe dando o direito de combater ativamente a autoridade que lhe condenou.

A conservação da vida também dá lugar a uma outra hipótese de desobediência das leis no caso do furto realizado em estado de necessidade, em razão da teleologia, própria do tomismo, que entende que as coisas existem para as necessidades dos homens, de modo que o sujeito pode satisfazer suas necessidades (pelo menos as básicas) através do furto, se necessário (AQUINO, 2005, p. 166-167).

Por fim, temos a questão da desobediência, no caso do conflito de ordens de duas autoridades distintas. Na Questão 104 da “Suma Teológica”, sobre a obediência, surge, no artigo 5, o problema quanto a se “os inferiores devem obedecer em tudo aos superiores”. Nisso, Tomás de Aquino expressa duas formas de desobediência legítimas, em que o sujeito pode desobedecer a ordem de um superior: “por causa da ordem de um poder maior” e quando “seu superior lhe dá uma ordem num assunto

¹⁰⁷ “RESPONDEO dicendum quod aliquis damnatur ad mortis dupliciter. Uno modo, iuste. Et sic non licet condemnato se defendere: licitum enim est iudici eum resistentem impugnare; unde relinquitur quod ex parte eius sit bellum iniustum. Unde indubitanter peccat.

Alio modo condemnatur aliquis iniuste. Et tale iudicium simile est violentiae latronum secundum illud Ez 22, 27: (...). Et ideo sicut licet resistere latronibus, ita licet resistere in tali casu malis principibus: nisi forte propter scandalum vitandum, cum ex hoc aliqua gravis turbatio timeretur” (AQUINO, 2005, p. 192). Deve ser observado que o termo “escândalo” (*scandalum*) tem um sentido próprio para Tomás de Aquino, significando a exposição de outrem à ocasião que lhe possa ocasionar uma “queda espiritual”, arrastando o outro ao pecado, sendo um pecado em si causar o escândalo (AQUINO, 2005, p. 533-538). Por isso, o sentido de escândalo é mais grave do que poderia surgir em primeiro momento.

¹⁰⁸ Para o sentido de escândalo, cf. nota anterior.

que não lhe está sujeito” (AQUINO, 2005, p. 564).¹⁰⁹ No primeiro caso, não se trata de desobedecer em si, mas sim de obedecer melhor, pois obedece ao poder superior, desobedecendo ao inferior, sendo que a pessoa deve mais obediência ao poder que for mais elevado. Desse modo, aquele que resiste a uma ordem para cumprir outra ordem, de um superior mais elevado, não incorre em injustiça.

Situação interessante, mas pouco desenvolvida, pode ser observada na segunda causa pela qual o súdito pode desobedecer ao superior. A princípio, essa formulação pareceria apenas implicar que o poder do superior apenas se dá dentro de um âmbito de competências, que é limitado por outros motivos. Porém, Tomás de Aquino distingue dois âmbitos no qual essa competência nunca pertence a um superior humano. O âmbito da consciência, pois esta seria submetida apenas a Deus, não sendo da competência dos homens. O outro é o âmbito das funções da “natureza do corpo”, no qual estão compreendidas a alimentação e a reprodução da espécie, pois nisso todos os homens seriam iguais por natureza, não havendo razão natural para haver hierarquia nesse campo. A esse respeito, diz na “Suma Teológica”:

O homem é obrigado a obedecer a outro homem no que se refere aos atos exteriores do corpo. Entretanto, mesmo neste plano, segundo aquilo que diz respeito à natureza do corpo, o homem não é obrigado a obedecer a outro homem, mas somente a Deus, porque todos os homens são iguais pela natureza, por exemplo, naquilo que concerne à alimentação e à reprodução da espécie (AQUINO, 2005, p. 565).¹¹⁰

Dessa maneira, o que diz respeito às funções biológicas (da “natureza do corpo”) está excluído do âmbito da política humana, em razão da teologia política tomista, que as submete diretamente à Deus. Contra a ordem humana que vise exercer esse controle (que poderíamos chamar atualmente de “biopolítica”), o súdito daquela ordem

¹⁰⁹ “*Et similiter ex duobus potest contingere quod subditus suo superiori no teneatur in omnibus obedire. Uno modo, propter preceptum maioris potestatis. (...) Alio modo, non tenetur inferior suo superiori obedire, si ei aliquid praecipiat in quo ei non subdatur*”. A tradução foi adaptada pelo autor do presente trabalho, baseada na tradução ao português da edição bilíngue utilizada (realizada por Vannucchi, Aldo *et al.*), porém traduzindo a expressão “*potestatis*” como “poder”, quando Vannuchi *et al.* traduzem-na por “autoridade”. Ocorre que os termos *potestas* e *auctoritas* possuem conotações diferentes em latim, sendo que aquele significa poder de fato, ao passo que este significa antes uma espécie de reverência moral que a autoridade tem perante a comunidade.

¹¹⁰ “*Tenetur autem homo homini obedire in his quae exterius per corpus sunt agenda. In quibus tamen etiam, secundum ea quae ad naturam corporis pertinent, homo homini obedire non tenetur, sed solum Deo, quia omnes homines natura sunt pares: puta in his quae pertinent ad corporis sustentationem et prolis generationem*”.

poderá desobedecer licitamente. Assim, temos aí mais uma ocasião de desobediência sancionada no pensamento tomista.

Portanto, podemos apontar um conjunto significativo, ainda que esparso e pouco ordenado, de instituições jurídicas similares ao direito de resistência na Suma Teológica. Ainda que sem receber diretamente o nome “direito de resistência”, Tomás de Aquino sustenta as seguintes hipóteses em que o sujeito não é obrigado a acatar as ordens das autoridades: direito de agir fora das palavras da lei frente a perigo súbito para o bem-estar comum, direito de libertação contra o tirano, direito de resistir contra a condenação injusta à morte, direito a furtar o necessário em estado de necessidade, direito de desobedecer ordem de um poder inferior para obedecer ao superior, direito de desobedecer ordens que pretendem obrigar o foro de consciência e direito de desobedecer ordens sobre atos da natureza do corpo. Dessa maneira, vemos o motivo pelo qual o tomismo pode ser considerado como sendo de grande relevância para o pensamento sobre direito de resistência no Ocidente. O direito de resistência no contexto tomista não se limita apenas a Tomás de Aquino, sendo desenvolvido por outros sucessores dessa corrente de pensamento. Em especial, esse direito de resistência tomista encontra expressão no pensamento de Francisco Suárez.

2.3.2 Francisco Suárez

A teoria da legítima defesa e do estado de necessidade em Tomás de Aquino apenas se transforma em uma verdadeira teoria do direito de resistência a partir de Suárez. Os principais textos em que Suárez se confronta com a questão do direito de resistência são “*Guerra, Intervención, Paz Internacional*” (*De Bello*),¹¹¹ onde desenvolveu uma teoria justificadora da guerra; e no capítulo IV, livro VI da “*Defensa de la Fé Católica y Apostólica contra los Errores del Anglicanismo*” (*Defensio Fidei Catholicae et Apostolicae Adversus Anglicanae Secta Errores*), onde analisa em

¹¹¹ Este tratado foi pensado por Suárez como sendo a *Disputatio XIII* de um tratado maior, sobre a caridade (*De Charitate*). Suárez planejava também que esse tratado *De Charitate*, por sua vez, fizesse parte de uma obra maior, chamada *Opus de triplici virtute theologica, Fide, Spe et Charitate* (Obra da tríplice virtude teológica: Fé, Esperança e Caridade), a qual só foi publicada no conjunto postumamente (SUÁREZ, 1956, p. 11).

detalhe parte do juramento exigido pelo rei anglicano James II de seus súditos, o qual declara repúdio à ideia de tiranicídio.

No “*De Bello*”, baseando-se em princípios da teoria jurídica e da teologia política cristã medieval, Suárez busca estabelecer um Direito de Guerra, definindo o que seria uma “guerra justa”, isto é, e em que termos seria juridicamente correto empreender uma guerra. A definição suarista de “Guerra” é baseada na ideia de “luta”, tornando-a equivalente também à Sedição e ao Duelo, como expressões de um mesmo fenômeno:

A luta exterior que se opõe à paz externa se chama propriamente de guerra, quando se dá entre dois soberanos ou entre dois Estados; se denomina sedição se tem lugar entre o soberano e seu povo ou entre os cidadãos e o Estado; quando é entre particulares se dá o nome de rinha ou duelo.

Estas formas de luta parecem diferir na maneira de realizarem-se, mais do que em sua essência mesma. Falaremos de todas elas, como fazem Santo Tomás e outros autores que são citados depois (SUÁREZ, 1956, p. 47).¹¹²

Assim, Suárez estabelece dentro de sua teoria da guerra justa em geral uma espécie de “teoria da sedição justa”, por assim dizer. De fato, há uma divisão entre sedição agressiva e defensiva, que segue a divisão entre guerra defensiva e guerra agressiva. Para Suárez, o direito de defesa está colocado acima de qualquer dúvida, de modo que ele reconhece todas as guerras defensivas como guerras justas, e justifica isso com base em um direito natural à autodefesa: “A razão consiste em que é natural e necessário o direito à própria defesa” (SUÁREZ, 1956, p. 54-55).¹¹³

Esse princípio também se aplica na Sedição, pois o povo também teria direito à guerra contra o seu soberano quando se cumprirem as condições de guerra justa: “A guerra do povo contra seu soberano não é má, ainda que seja agressiva; devem cumprir-se, porém, as condições de uma guerra justa para que esta seja honesta” (SUÁREZ, 1956, p. 126).¹¹⁴ A principal condição para que o povo tenha esse direito é

¹¹² “*La lucha exterior que se opone a la paz externa se llama propiamente guerra, cuando se entabla entre dos soberanos o entre dos Estados; se denomina sedición si tiene lugar entre el soberano y su pueblo o entre los ciudadanos y el Estado; cuando es entre particulares se da el nombre de reyerta o duelo.*

Estas formas de lucha parecen diferir en la manera de actualizarse, más que en su misma esencia. Hablaremos de todas ellas como lo hacen Santo Tomás y otros autores que son citados después”. Trad. livre.

¹¹³ “*La razón consiste en que es natural y necesario el derecho a la defensa propia*”. Trad. livre.

¹¹⁴ “*La guerra del pueblo contra su soberano no es intrínsecamente mala, aunque ella sea agresiva; deben cumplirse, sin embargo, las otras condiciones de una guerra justa para que ésta sea honesta*”. Trad. livre.

a caracterização do príncipe como “tirano”. O título de “tirano” tem duas acepções em Suárez: uma tirania “quanto a seu domínio e poder”, que diz respeito à legitimidade do príncipe no cargo, e outra tirania “quanto à maneira de governar”, que diz respeito à justiça das decisões efetuadas pelo governo do príncipe (SUÁREZ, 1956, p. 126). As consequências dessas formas de tirania são distintas. Face à tirania quanto ao domínio e poder surge um direito de resistência bastante amplo:

Quando acontece a tirania da primeira classe [“o príncipe é tirano quanto a seu domínio e poder”] o Estado, enquanto tal, e mesmo qualquer um de seus membros, tem direito a se levantar contra o tirano; qualquer cidadão poderá vingar o Estado desta tirania e matar o tirano. Porque o príncipe é agressor, e iniquamente tem declarada a guerra contra a República e contra cada um de seus membros. Todos os cidadãos terão direito a defender-se. É a opinião do cardeal Cayetano e pode deduzir-se da doutrina de Santo Tomás (SUÁREZ, 1956, p. 126).¹¹⁵

Ou seja, entende-se aqui que, quando o príncipe detém o poder sem ter autoridade legítima, independente de como ele governe, há uma situação análoga à uma guerra entre o príncipe e o resto do Estado. Esse estado de guerra faz surgir, através do direito de defesa, uma autorização aos cidadãos para tomar qualquer medida para conservar o Estado contra o tirano, inclusive o tiranicídio, no caso mais extremo.

Vemos aqui algumas semelhanças notáveis com o *iustitium* romano. Em ambas situações, há uma autorização do cidadão para tomar decisões visando à defesa do Estado, em decorrência da ausência de competência de um agente público para decidir (no caso de Suárez, o príncipe tirano, que não tem competência por estar ilegitimamente no cargo). Assim, é possível se ver novamente uma certa vinculação entre *iustitium* e este direito de resistência, na forma de guerra entre os cidadãos e o príncipe.

Porém, uma situação diversa surge quando a questão não diz respeito à legitimidade do príncipe, mas quanto a seu modo de governar. Se o príncipe é

¹¹⁵ “Cuando sucede la tiranía de la primera clase [“el príncipe es tirano en cuanto a su dominio y su poder”], el Estado, en cuanto tal, y aun cualquiera de sus miembros, tiene derecho a levantarse contra el tirano; cualquier ciudadano podrá vengar al Estado de esta tiranía y matar al tirano. Porque el príncipe es agresor e inicuaemente tiene declarada la guerra a la República y cada uno de sus miembros. Todos los ciudadanos tendrán derecho a defenderse. Es la opinión del cardenal Cayetano y puede deducirse de la doctrina de Santo Tomás”. Trad. livre.

“verdadeiro Soberano”, isto é, atende aos critérios de legitimidade, os súditos não terão direito a empreenderem guerra agressiva contra ele, mesmo que seja um tirano “quanto a forma de governar” (SUÁREZ, 1956, p. 126). A razão disso é que Suárez considera o direito de empreender guerra agressiva como sendo parte do poder de jurisdição, por direito natural, pois a guerra agressiva forma parte da “justiça vindicativa”, isto é, do poder do Estado de castigar injustiças (SUÁREZ, 1956, p. 60).

Ainda assim, mesmo nesse caso, se o súdito for objeto de uma agressão, ele terá direito a fazer “o que seja necessário à própria defesa” (SUÁREZ, 1956, p. 127), pois a agressão é a única condição para a juridicidade do direito de defesa, na doutrina suarista, sendo necessários outros requisitos apenas para o direito de guerra agressiva: a guerra defensiva sempre é lícita (SUÁREZ, 1956, p. 54). Ou seja, contra o príncipe que possui o cargo legitimamente, só cabe o direito à sedição como forma de defesa, caso o súdito seja ameaçado injustamente pela violência do príncipe.

É importante notar que, no *De Bello*, Suárez assumidamente deduz esses tipos de direito à guerra contra o tirano a partir da doutrina de Tomás de Aquino, diretamente ou conforme os comentários à Suma Teológica do cardeal Cayetano. Assim, a doutrina suarista do direito de guerra ao tirano tem fortes raízes tomistas, ao mesmo tempo em que apresenta algumas semelhanças situacionais com o *iustitium* romano.

No *Defensio Fidei*, analisando as doutrinas que defendem o tiranicídio, Suárez condena aquelas que sustentam que todo tirano pode ser morto. Os argumentos utilizados são essencialmente os mesmos do *De Bello*, em especial a diferença entre os dois tipos de tirano, os que ocupam o trono sem justo título (*qui non iusto titulo, sed vi, et iniuste regnu occupavit*) e os que possuem o trono a justo título, mas governam de modo tirânico (*tyrannice regnat*) (SUÁREZ, 1971, p. 715). Ao final, ele estabelece aí uma limitação ao direito de resistência, que parece direcionar-se mesmo ao tirano sem justo título: se o súdito afirma a sua obediência em um pacto juramentado, mesmo que pactue com um tirano sem justo título, ainda é obrigado a obedecer em razão de que os pactos devem ser cumpridos (SUÁREZ, 1971, p. 716).

Nesse sentido, tal interpretação da questão da sedição no *De Bello* e do tiranicídio no *Defensio Fidei* é coerente com a síntese proposta por Oporto para a teoria do tiranicídio no conjunto da obra de Suárez:

Ao tirano com título legítimo (tirano em razão do governo), ninguém pode por sua própria e particular autoridade matá-lo justamente por seu governo tirânico nem por qualquer outro tipo de crimes. Esta norma geral só sofre

exceção no caso da legítima defesa, em duas hipóteses. Em primeiro lugar, é possível matar o tirano com título legítimo em caso de legítima defesa da própria vida e integridade física. Em segundo lugar, também é possível em caso de legítima defesa da comunidade, quando o rei está agredindo a mesma com intenção injusta de destruí-la e matar seus membros.

Quanto ao tirano usurpador (sem título legítimo), pode matá-lo qualquer pessoa privada membro da comunidade que seja vítima da tirania. Mas devem cumprir-se seis condições: primeira, que não caiba interpor recurso ante um superior que julgue o usurpador; segunda, que a tirania e a injustiça sejam públicas e manifestas; terceira, que a morte do tirano seja imprescindível para liberar a comunidade política (*republicam*) de tal opressão; quarta, que não exista entre o tirano e o povo um tratado, trégua ou pacto ratificado com juramento; quinta, que não se tema que da morte do tirano vão resultar para a comunidade política (*reipublicae*) os mesmos ou maiores males do que os que sofre sob a tirania; sexta, que a comunidade política (*res publica*) não se oponha expressamente ao ato de dar morte ao tirano usurpador (OPORTO, 2013, p. 513).¹¹⁶

Quanto às limitações a direito de resistência contra o usurpador, a quinta condição, de que não se ocasione um mal maior pelo tiranicídio, reflete claramente a mesma concepção tomista, teleologicamente orientada ao bem-comum.

A sexta condição, que a comunidade não se oponha expressamente ao tiranicídio, porém, deixa surgir toda uma nova significação para o direito de resistência, pois aqui o próprio povo é encarado como o legítimo julgador da questão do direito de resistência, quanto ao bem comum, o que se reforça pela segunda limitação, que exige a tirania pública e manifesta (e que é condição da possibilidade de um tal juízo pelo povo). Ainda que não se possa chegar a afirmar que isso por si transforme o sistema político de Suárez em um sistema democrático,¹¹⁷ certamente é o surgimento

¹¹⁶ “Al tirano con título legítimo (tirano en razón del gobierno) nadie puede por su propia y particular autoridad matarlo justamente por su gobierno tiránico ni por cualquier otra clase de crímenes. Esta norma general sólo sufre excepción en el caso de legítima defensa en dos supuestos. En primer lugar, es posible matar al tirano con título legítimo en caso de legítima defensa de la propia vida e integridad física. En segundo lugar, también es posible en caso de legítima defensa de la comunidad, cuando el rey está agrediendo a la misma con la intención injusta de destruirla y matar a sus miembros.

Al tirano usurpador (sin título legítimo) puede matarlo cualquier persona privada miembro de la comunidad que sea víctima de la tiranía. Pero deben cumplirse seis condiciones: primera, que no quepa interponer recurso ante un superior que juzgue al usurpador; segunda, que la tiranía y la injusticia sean públicas y manifiestas; tercera, que la muerte del tirano sea imprescindible para liberar a la comunidad política (*republicam*) de tal opresión; cuarta, que no exista entre el tirano y el pueblo un tratado, tregua o pacto ratificado con juramento; quinta, que no se tema que de la muerte del tirano van a resultar para la comunidad política (*reipublicae*) los mismos o mayores males que los que sufre bajo la tiranía; sexta, que la comunidad política (*respublica*) no se oponga expresamente al acto de dar muerte al tirano usurpador”. Trad. livre.

¹¹⁷ Opinião esta que é sustentada por Oporto, que considera como “favorável à democracia” o sistema político de Suárez, em razão desse direito de resistência (OPORTO, 2013, p. 517). A concepção de democracia para uma tal afirmação seria ainda demasiado frouxa, visto que Suárez é um defensor da monarquia, mesmo que sob os limites do direito de resistência.

mais claro de um controle exógeno, partindo do povo, e impondo limites a um poder constituído (no caso, do monarca) até então. Nesse ponto, Suárez organiza uma teoria do direito de resistência que, pela primeira vez, se articula como verdadeiro limite ao poder político, estabelecendo meios para que o próprio povo submetido ao governo dê fim ao exercício desse governo fora de certos parâmetros (no caso do tomismo de Suárez, o parâmetro é, por óbvio, o bem comum).

2.3.3 Direito de Resistência como conflito com o Soberano em Thomas Hobbes

O pensamento de Thomas Hobbes é especialmente marcante para a genealogia do direito de resistência, pois o conceito de resistência é um elemento fundamental da filosofia política hobbesiana. O surgimento do poder de coerção estatal, exercido pelo soberano, está assentado sobre a transferência de um direito de resistência, que todas as pessoas possuem no estado de natureza:

Este poder de coerção, como foi dito no Cap.XV, sec.3, consiste na transferência do direito de resistência, de todos os homens, contra aquele a quem ele tenha transferido o poder de coerção. Daí segue, portanto, que nenhum homem em qualquer república que seja tem o direito de resistir a ele, ou a eles, a quem eles tenham conferido este poder coercivo, ou (como costumam chamá-lo os homens) a espada da justiça; supondo possível a não-resistência (HOBBS, 2009, p. 89).¹¹⁸

Essa passagem mostra que o direito de resistência surge como uma expressão daquele direito natural, que para Hobbes consiste na completa ausência de obrigações em que o indivíduo se encontra no estado de natureza. Cabe destacar que o próprio conceito de “direito” em Hobbes tem o sentido de uma liberdade, da ausência de uma obrigação:

E aquilo que não é contrário à razão, os homens chamam DIREITO, ou jus, ou liberdade irreprochável de usar nosso próprio poder e habilidade. É,

¹¹⁸ “*This power of coercion, as hath been said chap. XV, sect. 3, of the former part, consisteth in the transferring of every man’s right of resistance against him to whom he hath transferred the power of coercion. It followeth therefore, that no man in any commonwealth whatsoever hath right to resist him, or them, on whom they have conferred this power coercive, or (as men use to call it) the sword of justice; supposing the not-resistance possible*”. Trad. livre.

portanto, um direito de natureza: que todo homem pode preservar sua própria vida e membros, com todo o poder que ele tenha (HOBBS, 2009, p. 58).¹¹⁹

É justamente esse direito de natureza, referente à liberdade de todo ser humano para buscar a continuidade do seu movimento vital, isto é, a liberdade de autopreservação, que dá origem ao direito de resistência. A resistência aparece como tal quando dois movimentos se entrecrocaram,¹²⁰ sendo que a resistência encontra sua melhor expressão político-jurídica na situação de uma “contenda”, em que uma pessoa busca preservar seu movimento vital contra a força de outra, que lhe ameaça:

E porque o poder de um homem resiste e impede os efeitos do poder de outro, poder é simplesmente nada mais do que o excesso de poder de um sobre o de outro. Pois poderes iguais opostos destroem um ao outro; e tal oposição deles é chamada contenda (HOBBS, 2009, p. 28).¹²¹

Assim, temos que o direito de resistência em Hobbes é a liberdade que o sujeito tem para agir no sentido da autopreservação, por quaisquer meios, contra qualquer que lhe ameace.

A transferência do direito de resistência contido na formação do Estado, em que todos os sujeitos aceitam não resistir ao soberano, e de onde surge o poder de coerção deste, faz com que o direito de resistência aparente ser limitado ao estado de natureza, não sendo continuado após o pacto social. Em um primeiro momento, Hobbes afirma que a essência disso é que nenhum sujeito na comunidade política (*res publica*) tem o direito de resistir ao soberano. Porém, tal obediência à coerção soberana só existe “supondo possível a não resistência” (HOBBS, 2009, p. 89).

Essa limitação quanto à possibilidade de não resistência tem uma grande significância. Ela implica, ao fim e ao cabo, que algum nível de direito de resistência,

¹¹⁹ “And that which is not against reason, men call *RIGHT*, or *jus*, or blameless liberty of using our own natural power and ability. It is therefore a right of nature: that every man may preserve his own life and limbs, with all the power he hath”. Trad. livre.

¹²⁰ Esse sentido do termo “resistência” (*resistance*), como oposição entre movimentos, é encontrado não apenas no plano da compreensão hobbesiana da política, mas também da física e da biologia, para explicar a compreensão anatômica das sensações e das emoções, por exemplo (HOBBS, 2009, p. 5; 2009, p. 1, 28). Portanto, “movimento” e “resistência” são categorias físicas, que se estendem à política. De certo modo, a filosofia política de Hobbes é colocada como uma espécie de “física”, pois estuda o movimento de corpos, apenas diferencia-se a política por serem corpos humanos que se movem no contexto da cidade, da sociedade.

¹²¹ “And because the power of one man resisteth and hindereth the effects of the power of another power simply is no more, but the excess of the power of one above that of another. For equal powers opposed, destroy one another; and such their opposition is called contention”. Trad. livre.

ainda que reduzido e residual, permanece após o pacto social, ensejando situações em que há liberdade jurídica para se resistir até mesmo à coerção do soberano.

A principal razão para essa possibilidade de um direito de resistência no estado civil é que, na filosofia política hobbesiana, a justificção para a fundação do estado civil é a busca da “paz”, a partir da lógica de que todo sujeito busca a conservação da própria vida. Por isso, ver-se-á que todas as hipóteses em que o direito de resistência ressurgem em meio ao estado civil dizem respeito a ameaças à continuidade do movimento vital, mais diretas ou menos.

Ou seja, há um direito de resistência ilimitado no estado de natureza, do qual apenas uma parcela limitada continua existindo no estado civil (após o pacto social). Esse direito de resistência no estado civil pode ser chamado “direito de autodefesa”, para distingui-lo do direito de resistência mais amplo do estado de natureza (SREEDHAR, 2010, p. 9).

A primeira instância em que esse “direito de autodefesa” emerge é na situação de ameaça direta e imediata à vida. Como o ser humano busca preservar a própria vida, em uma situação em que seguir a lei implica imediatamente na morte do sujeito, é “natural” que este descumpra a lei para garantir a própria vida, ao menos no momento, de modo que tal lei ficará necessariamente sem efeito. Por isso, surge aí um “direito de autodefesa” que escusa o descumprimento da lei:

Se um homem, pelo terror de uma morte presente, for compelido a fazer um fato contra a lei, ele está completamente escusado; porque nenhuma lei pode obrigar um homem a abandonar sua própria preservação. E supondo que tal lei fosse obrigatória, ainda assim um homem raciocinaria assim; “se eu não o fizer, eu morro presentemente; se eu o fizer, eu morro depois; portanto, fazendo isso, há tempo de vida ganho”. A natureza, portanto, compele-o ao fato (HOBBS, 2009, p. 201).¹²²

O direito de autodefesa diante da ameaça presente de morte ganha um escopo ainda mais amplo, pois também na situação em que o sujeito é capturado por um inimigo, diante do poder de fato que o captor tem sobre a vida do capturado, este pode

¹²² “If a man by the terror of present death be compelled to do a fact against the law, he is totally excused; because no law can oblige a man to abandon his own preservation. And supposing such a law were obligatory, yet a man would reason thus: “If I do it not, I die presently; if I do it, I die afterwards; therefore by doing it, there is time of life gained.” Nature therefore compels him to the fact”. Trad. livre.

desobedecer a lei e obedecer ao inimigo, se necessário para preservar a própria vida (HOBBS, 2009, p. 201).

O escopo do direito de autodefesa em Hobbes é ampliado também na medida em que reconhece que a privação de algo que seja necessário à manutenção da vida (como comida ou remédios) também é uma ameaça à vida que justifica a desobediência da lei do soberano (HOBBS, 2009, p. 144, 201).¹²³

Esses direitos, de defender-se contra uma ameaça mortal imediata e de obter aquilo que é necessário à manutenção da vida, estão enumerados entre as “verdadeiras liberdades do sujeito”, que incluem ainda outras hipóteses de direitos de autodefesa, na medida em que são colocados como situações que o sujeito pode recusar-se a obedecer às ordens do soberano (HOBBS, 2009, p. 143). Aí está, também, o direito de não acusar a si mesmo e de não confessar um crime cometido, salvo com a promessa de perdão (HOBBS, 2009, p. 144).

Dessa maneira, encontramos em Hobbes um conjunto sólido de direitos de resistência contra a coerção estatal (exercida pelo soberano), os quais denominamos “direito de autodefesa” por referirem-se à defesa da própria vida do sujeito: direito de legítima defesa da vida, de resistir e desobedecer às ordens do soberano que resultem na sua morte, de obedecer a um inimigo que lhe ameace a vida, de não confessar ou acusar a si mesmo, de agir ilegalmente em estado de necessidade (até mesmo roubando comida ou outro bem necessário à vida).

No entanto, a presença desses direitos de autodefesa na filosofia política hobbesiana não implicam que o poder do soberano seja limitado de qualquer modo. O conceito de direito em Hobbes, como já se apresentou acima, implica apenas em uma liberdade, que não gera obrigações para terceiros. A liberdade do súdito de resistir às ordens não gera para o soberano a obrigação de não dar tais ordens, ou a proibição de usar seu poder contra a vida dos súditos.

Ao fim, gera-se uma “contenda”, em que o sujeito detém o direito de resistir (ou seja, desobedecer) a um comando que implique em um impedimento à sua sobrevivência, ao mesmo tempo que o soberano detém o direito, em razão dos

¹²³ Isso inclui tanto o roubo ou o furto diante da escassez de comida quanto a ordem direta do soberano para que o súdito deixe de se alimentar (ou se prive de consumir algo necessário a vida).

poderes da soberania, de impedir a sobrevivência daquele sujeito. Ou seja, o direito de resistência se equivale a uma situação de conflito entre um soberano ilimitado e um sujeito com direito de autodefesa.

Nesse aspecto, há similaridades com a concepção de Suárez do direito de resistência, pois em ambos o exercício desse direito resulta em um conflito juridicamente legítimo. Porém, Hobbes tem a particularidade, diante dos demais autores que reconhecem o direito de resistência, de construir esse direito de tal maneira que este não significa nenhuma limitação ao detentor do poder estatal (no caso, o soberano).

O resultado só poderia ser, na prática, um conflito assimétrico, pois o soberano ilimitado detém todo o poder do estado, ao passo que o sujeito resistente detém apenas seu próprio poder, agindo sozinho. Isso porque Hobbes rejeita fortemente a rebelião (HOBBS, 2009, p. 136-143), de maneira que não há a possibilidade jurídica de despojar-se o soberano da soberania, mesmo para aquele que possui o direito de resistência. É um direito de resistência individualizado e defensivo. Mesmo que se reconheça uma hipótese de agir coletivo, motivada pela necessidade de defender a própria vida, contra o soberano como sendo um direito de rebelião legítimo (SREEDHAR, 2010, p. 154), tal atividade só será jurídica, dentro da compreensão hobbesiana, enquanto uma espécie de desobediência em comum, mas justificada nos direitos de autodefesa individuais de cada um, sendo assim tão reduzida e defensiva que dificilmente modifica o caráter assimétrico do conflito entre soberano e sujeito.

Por isso, a ausência de um direito de rebelião mais generalizado implica em que o direito de resistência frente ao poder estatal é muito limitado, em termos práticos, na filosofia política hobbesiana. Porém, é notável que esse pensamento reconhece no direito de resistência, ilimitado no estado de natureza e restrito no estado civil, a chave de leitura para a fundação do estado civil. Isto é, toda a concepção de Estado em Hobbes se assenta sobre a transferência jurídica do direito de resistência, a qual gera o soberano para a preservação da vida dos sujeitos. Dessa maneira, a questão do direito de resistência é constitutiva para o Estado, no pensamento hobbesiano, ressurgindo mesmo após fundado o estado civil, ainda que de maneira bastante limitada.

2.3.4 John Locke

As limitações do direito de resistência, se forem muito estreitas, podem acabar tornando esse direito pouco efetivo, como nota-se em Hobbes (bem como no pensamento tomista antes dele, em certa medida). Por isso, a teoria do direito de resistência só pode revelar sua potência a partir de uma compreensão menos limitada do direito de resistência. O “Segundo Tratado sobre o Governo” (*Second Treatise on Government*), escrito por John Locke, traz uma forma mais ampla de direito de resistência do que os textos predecessores, e que se apresentará pela primeira vez como um controle real aos poderes do governo.

Porém, Locke não está efetuando uma ruptura com a tradição anterior, antes, está dando continuidade e desenvolvendo o pensamento sobre direito de resistência que já havia sido estabelecido na idade média e vinha se desenvolvendo na filosofia política do começo da idade moderna (ROHLING, 2013). Por isso, também se notam ressurgimentos de elementos das teorias do direito de resistência anteriores, porém arranjados sob novas formas.

A razão da inovação de Locke parece ser, sobretudo, o reconhecimento de um conjunto mais amplo de direitos naturais: Vida, saúde, liberdade e posses (LOCKE, 1764, p. 6).

Além desse conjunto mais amplo de direitos naturais, há uma mudança qualitativa, na medida em que Locke, diferentemente de Hobbes, reconhece nesse direito um dever, colocado aos demais seres humanos, de não violarem os direitos naturais uns dos outros (LOCKE, 1764, p. 6-7).¹²⁴

Isso implica, em si, que mesmo no estado de natureza existem direitos e deveres recíprocos entre os sujeitos, ainda que fiquem desordenados e pouco efetivos até a formação do pacto social. Porém, a proibição de violação do direito natural dá a esse conjunto lockeano de direitos naturais uma força de realização que o direito natural

¹²⁴ O fundamento dado por Locke nessa passagem é de que os homens são iguais, por serem criações de Deus, e por isso não teriam o direito de se destruírem entre si, pois são todos “propriedade de Deus”. O fundamento teológico da igualdade política, enquanto criaturas do mesmo criador, é um desses pontos que remetem à tradição cristã medieval, especialmente ao tomismo, com a igualdade quanto às funções biológicas da “natureza do corpo” (para as consequências disso no direito de resistência em Tomás de Aquino, cf. supra, p.109).

hobbesiano, por exemplo, jamais poderia possuir. Tanto mais quando ressurge em meio ao estado civil, no direito de resistência.

Há um direito de resistência surgindo já nas considerações de Locke sobre a conquista.¹²⁵ Isso ocorre a partir da negação de que a conquista militar crie sempre um direito do vencedor sobre o vencido. A visão de Locke é que a vitória numa guerra injusta não gera nenhum direito (LOCKE, 1764, p. 86), e que a vitória em uma guerra justa gera apenas direito sobre a pessoa do agressor, não atingindo seus filhos menores, ou mesmo seus bens que serão herdados pelos seus filhos, uma vez que aqueles não podem ser afetados por não terem capacidade de decidir ou participar na guerra injusta (LOCKE, 1764, p. 86-87). Dessa maneira, quando estabelece que o conquistado não deve obediência às ordens do conquistador, será no sentido de que nunca houve um direito, mantendo-se ambas as partes no estado de natureza originário em relação uma a outra.

Em essência, a ideia central é a de que, mesmo no caso da conquista, “Nenhum governo pode ter um direito à obediência de um povo que não tenha consentido livremente com isto” (LOCKE, 1764, p. 87).¹²⁶ Nesse sentido, Locke reconhece que a rebelião contra o poder do conquistador pode ser justa quando o conquistador não adquiriu o direito para ser autoridade sobre o conquistado (LOCKE, 1764, p. 88). Assim, um direito de resistir emerge a partir da constatação de que não se cria uma autoridade legítima, que sustente um dever de obediência, a partir da conquista (exceto quanto à pessoa do agressor que colaborou injustamente para a guerra). É um direito de resistência que, como nunca houve qualquer autoridade legítima do conquistador, pode ser considerado uma espécie de continuação do estado de natureza ou de guerra entre conquistado e conquistador.

Locke considera a usurpação como sendo similar à conquista:

Assim como a conquista pode ser chamada usurpação estrangeira, a usurpação é um tipo de conquista doméstica, com esta diferença: que um usurpador nunca pode ter direito no seu lado, não sendo a usurpação senão

¹²⁵ Nesse sentido, a interpretação de Rohling, com base em Ashcraft, de que há quatro ocasiões do direito de resistência em Locke: conquista, usurpação, tirania e dissolução do governo (ROHLING, 2013, p. 127). Além disso, se observará que a “dissolução do governo” ocorre através de duas modalidades, bem distintas entre si.

¹²⁶ “*For no government can have a right to obedience from a people who have not freely consented to it*”. Trad. livre.

onde um se coloca em posse daquilo a que outro tem o direito (LOCKE, 1764, p. 89).¹²⁷

Porém, a usurpação ocorre no interior da própria comunidade política, e causa uma mudança em um estado de coisas que, anteriormente, era legítimo. A usurpação consiste apenas na mudança de pessoas encarregadas do governo, sem que este mude sua forma (LOCKE, 1764, p. 89), com o usurpador ocupando um posto de poder a que ele não tem direito, por não ser conduzido a tal posição de acordo com o direito.

A usurpação, no sentido de Locke, é equivalente àquela tirania quanto ao título, na divisão de Suárez. Porém, Locke deixa muito mais claro o critério para distinguir o usurpador do governante legítimo, que é a designação de acordo com as regras estabelecidas pela comunidade (LOCKE, 1764, p. 89). A legalidade procedimental, no sentido mais estrito, passa a ser o critério da legitimidade do governo.

Assim como a tradição medieval, Locke reconhece juridicamente a desobediência contra a usurpação. A justificação é análoga ao caso da conquista, pela similaridade entre os dois casos na teoria lockeana, como vemos no fato de que o usurpador jamais adquire o direito à obediência:

Quem quer que se coloque no exercício de qualquer parte do poder, por meios outros que aquele o que as leis da comunidade tenham prescrito, não tem o direito a ser obedecido, ainda que a forma da comunidade política seja ainda preservada; pois ele não é a pessoa que as leis apontaram, e conseqüentemente não é a pessoa com a qual o povo consentiu (LOCKE, 1764, p. 89).¹²⁸

Ou seja, mais uma vez a ausência do consenso dos governados implica em que não há obrigação jurídica de obediência, gerando então o direito de resistência. É importante notar que o direito de resistência se delineia como a consequência jurídica da ausência de consenso do governado, tornando efetiva esta exigência de consenso no modelo político lockeano.

¹²⁷ “AS conquest may be called a foreign usurpation, so usurpation is a kind of domestic conquest, with this difference, that an usurper can never have right on his side, it being no usurpation, but where one is got into the possession of what another has right to”. Trad. livre.

¹²⁸ “Whoever gets into the exercise of any part of the power, by other ways than what the laws of the community have prescribed, hath no right to be obeyed, though the form of the commonwealth be still preserved; since he is not the person the laws have appointed, and consequently not the person the people have consented to”. Trad. livre.

Também na tirania surge o direito de resistência. Locke define a tirania nos seguintes termos:

Assim como a usurpação é o exercício do poder ao qual outro tinha direito; a tirania é o exercício do poder além do direito, ao qual ninguém pode ter direito. E isto é fazer uso do poder que alguém tem em mãos, não para o bem daqueles que estão submetidos a ele, mas para sua própria vantagem privada em separado (LOCKE, 1764, p. 90).¹²⁹

Em parte, há a presença do conceito medieval, na medida em que há a ideia de diferenciar a tirania como o exercício do governo para o bem privado do governante e não para o bem-comum dos governados. Temos aí a presença daquela continuidade da teoria lockeana com a tradição anterior.

No entanto, introduz-se de maneira contundente que a tirania é o exercício do poder além do direito, isto é, extrapolando a esfera de competência. Essa parte do conceito já anuncia uma diferença da teoria de Locke, que é o enfoque na ideia de um poder juridicamente limitado, restrito a um âmbito de competência legalmente determinado. Locke também deixa claro que essa tirania não é exclusividade das monarquias, mas que pode ocorrer também nas outras formas de governo (LOCKE, 1764, p. 91).

Locke deixa claro que o exercício do poder só ganha autoridade a partir do direito. De tal modo, se o poder é exercido além dos limites que o direito prescreve, este não tem autoridade, pois a pessoa no cargo “cessa de ser magistrado” ao agir fora da lei, e pode ser resistido (*opposed*) como qualquer privado que invade o direito de outro pela força (LOCKE, 1764, p. 91). A ausência de autoridade juridicamente legítima, bem como o surgimento de uma liberdade de agir para o cidadão, diante da ausência da magistratura, lembra o *iustitium* romano, inclusive.

A isso, porém, Locke não deixa de adicionar uma limitação, já afirmada em outras teorias do direito de resistência: tal direito só surge quando a parte agravada não pode buscar através da Lei (*law*) a satisfação de sua pretensão (LOCKE, 1764, p. 93). O direito de resistência é, portanto, a *ultima ratio*, só surgindo no caso extremo,

¹²⁹ “AS usurpation is the exercise of power, which another hath a right to; so tyranny is the exercise of power beyond right, which no body can have a right to. And this is making use of the power any one has in his hands, not for the good of those who are under it, but for his own private separate advantage”. Trad. livre.

em que o cidadão não pode mais recorrer a outras vias para garantir o seu direito. Por outro lado, Locke reconhece como razoável que o sujeito se mobilize nesse sentido mesmo quando há apenas a suspeita fundada de que os encarregados do governo tramam contra a Lei, para exercer poder arbitrário, mesmo que não tenham ainda levado a cabo tal conspiração (LOCKE, 1764, p. 94-95). Há que se notar a relação disto com a tradição romana antiga, em especial com os discursos de Cícero, sobre o *iustitium* como mecanismo último para salvar a República de conspirações como a de Marco Aurélio.

Por fim, outra situação em que o direito de resistência emerge em Locke é o caso da “dissolução do governo” (*dissolution of government*). Para compreender isso, primeiro é necessário compreender que Locke diferencia sociedade e governo, ao menos para o fim da dissolução. A sociedade é a união dos homens em comunidade, através do pacto (*agreement*), em que cada um tem de agir com os outros como um corpo político, e só pode ser dissolvida por meio da conquista estrangeira (LOCKE, 1764, p. 95). A conquista é a única ação que pode dissolver os laços que reúnem as pessoas em uma comunidade política (*commonwealth*), nessa visão de Locke, e tem como consequência a destruição do governo, que tem na comunidade política sua “raiz” (LOCKE, 1764, p. 95). Para essa ocasião, basta nos referirmos ao que já foi dito sobre o direito de resistência face à conquista estrangeira.

Algo distinto ocorre quando o governo é dissolvido, mas a sociedade permanece. Nesse caso, a população se encontra em uma peculiar situação de liberdade jurídica. Não há uma volta ao estado de natureza, porque as pessoas permanecem unidas em sociedade pelo pacto social, e também não há um governo (legítimo) para decidir, diante da dissolução do mesmo. Uma vez que Locke não aceita a ideia de que a sociedade possa permanecer sem governo, pois este seria derivado do direito original que a sociedade tem de se proteger através de um legislativo e um executivo, essa sociedade deverá formar um novo governo, que pode se diferenciar daquele dissolvido tanto pela forma do governo quanto pelas pessoas nomeadas (LOCKE, 1764, p. 98). Mais ainda, esse direito que a sociedade detém, de agir por si mesma para refazer o governo dissolvido surge mesmo antes da dissolução, pois também

implica em um direito de prevenir que o governo seja dissolvido (LOCKE, 1764, p. 99).¹³⁰

Locke aponta dois modos pelos quais os governos são dissolvidos: pela alteração do Poder Legislativo, ou pela não execução das Leis pelo Poder Executivo. Esses casos são o que ele chama de dissolução do governo “desde dentro” (*from within*), e se diferenciam da dissolução do governo “desde fora” (*from without*), que é consequência da dissolução da sociedade na conquista (LOCKE, 1764, p. 95). Apenas nas dissoluções “desde dentro” é que surgirá aquele direito de resistência associado ao direito da sociedade de refazer o seu governo. Há ainda um outro caso análogo à dissolução “desde dentro”, que se vê quando o Legislativo ou o Executivo agem contrariamente à confiança depositada neles pelo cidadão.

A dissolução do governo por alteração do Poder Legislativo decorre da alta importância que o Legislativo tem na união do corpo social, para a filosofia lockeana, sendo este Poder a “alma que dá forma, vida e unidade à comunidade política”,¹³¹ é a própria “guarda” (*keeping*) da vontade da sociedade unida, tal que, se o legislativo for “quebrado” (*broken*), dissolvido ou de qualquer modo alterado, a própria união da comunidade política ao redor do governo é quebrada em consequência (LOCKE, 1764, p. 96). Diante de tal quebra do legislativo, o governo é dissolvido, de modo que as pessoas não são obrigadas a obedecer a ninguém, estão todos em plena liberdade para resistir contra qualquer um que queira lhes impor qualquer coisa a força (LOCKE, 1764, p. 96). Da mesma forma, esse povo também está em plena liberdade para constituir um novo legislativo, face à quebra do anterior. Isso porque que sem legislativo não há governo e, portanto, não há autoridade, visto que a autoridade deriva da “delegação da sociedade” por meio da “declaração da vontade pública” (LOCKE, 1764, p. 96).¹³²

¹³⁰ Aqui está expressa uma característica muito própria do direito de resistência em Locke, no qual não basta que haja o direito nominal à resistência, mas também é necessário que a resistência possa ser efetiva, sendo capaz de alcançar os seus fins.

¹³¹ “*This [Legislative] is the soul that gives form, life and unity, to the commonwealth*”. Trad. livre.

¹³² “*Every one is at the disposal of his own will, when those who had, by the delegation of the society, the declaring of the public will, are excluded from it, and others usurp the place, who have no such authority or delegation*”. Trad. livre.

Para que esta quebra do legislativo se verifique, não é preciso chegar ao extremo da dissolução, pois bastam algumas modificações específicas na estrutura do legislativo para que este seja alterado a ponto de surgir tal dissolução do governo. Locke destaca quatro formas de tal alteração do legislativo: (1) quando uma única pessoa coloca as suas vontades arbitrárias no lugar da lei, isto é, quando uma única pessoa passa a legislar no lugar do legislativo colegiado, (2) quando se impede o legislativo de reunir-se em tempo devido ou de agir livremente, (3) quando a eleição do legislativo é alterada sem o consenso do povo ou contrariamente aos seus interesses em comum, (4) a entrega do povo em sujeição a um poder estrangeiro.

O primeiro caso diz respeito, sobretudo, ao exercício de atividade legislativo por um poder outro que o Legislativo. Ou seja, quando a introdução de novas leis não se dá através do Legislativo autorizado, se considera que este foi alterado de maneira substancial. A questão aqui é, mais uma vez, que o consentimento do povo foi dado ao Legislativo para determinar as leis, sendo que a emanção de leis desde qualquer outra fonte significaria um poder legislativo fora desse consentimento.

O segundo caso, do impedimento da reunião do legislativo, é um exemplo evidente de alteração do legislativo. Como Locke pensa primariamente em um Poder Legislativo colegiado, impedir o órgão de se reunir para deliberar é efetivamente o mesmo que o extinguir, pois sem a reunião e a deliberação o Legislativo não tem como agir enquanto corpo (LOCKE, 1764, p. 97). Locke acrescenta ainda um fator importante: os membros desse legislativo devem poder se reunir sem impedimentos à atividade deliberativa, afinal, sem a liberdade de debater, o Legislativo não pode exercer seu objetivo (LOCKE, 1764, p. 97). Dessa maneira, encontram-se no impedimento do legislativo também o impedimento das liberdades de debate entre seus membros. Também, Locke entende que há um tempo devido para o Legislativo se reunir, de modo que se este puder reunir-se, mas apenas em outro momento, também estaria afetada a existência e a capacidade deste de atuar como autoridade que expressa a vontade social (LOCKE, 1764, p. 97). Ou seja, há garantias quanto ao funcionamento devido do legislativo que, caso desrespeitadas, darão origem ao direito de resistência. Por isso, começa a delinear-se em Locke a compreensão do direito de resistência não apenas individualizado, mas como meio de garantir a ordem comum da sociedade, quando se encontra afetada nos aspectos fundamentais do consenso que forma a comunidade política.

Do mesmo modo, o terceiro critério é a alteração quanto a quem pode ser eleitor e quanto ao modo de eleição do Legislativo (LOCKE, 1764, p. 97). Como já vimos, é da nomeação pela escolha do povo que os poderes obtêm sua autoridade, de modo que alterar a forma de eleição seria o mesmo que alterar a autoridade do Legislativo como expressão da vontade do povo, decorrente do consentimento desse com o governo.

Por fim, o quarto caso, quando o povo é entregue à sujeição de um poder estrangeiro. Tal entrega pode ser feita tanto pelo príncipe quanto pelo legislativo, e em ambas situações ocasionará a dissolução do governo por mudança do legislativo, uma vez que se perde a unidade e a independência daquela sociedade que autorizou o legislativo (LOCKE, 1764, p. 97). Nesse ponto, temos uma retomada da questão da dissolução da sociedade pela conquista estrangeira, de modo que Locke repete argumentos, de modo a estabelecer um direito de resistência do conquistado mesmo quando o Legislativo do país conquistado autorize a conquista. É apenas uma reafirmação do anteriormente dito sobre a conquista, para evitar uma possível exceção e estabelecer de maneira firme o direito de resistência dos conquistados.

Essas são as maneiras de dissolução do governo relativas ao Legislativo. Há também uma outra maneira de tal dissolução ocorrer, relativa ao Executivo. Em primeiro lugar, há que se notar a grande desconfiança com relação ao Executivo presente na teoria lockeana. Chega ao ponto de afirmar que a dissolução do governo por alteração do legislativo deve ser imputada ao príncipe, pois este possuirá meios de poder maiores que qualquer um na comunidade política, o que implica que ele tem meios de forçar tais alterações, assim como meios de impedi-las (LOCKE, 1764, p. 97-98). Ou seja, Locke desconfia tanto da ação do príncipe, com poder para alterar o governo, quanto da inação do príncipe, com poder para impedir a alteração do governo. Esse temor da inação é também o que motiva a hipótese de dissolução do governo quanto ao Executivo, pois esta se dá justamente quando o Executivo não faz cumprir as leis definidas pelo legislativo:

Há ainda mais um modo pelo qual tal governo pode ser dissolvido, e este é:
Quando aquele que tem o supremo poder executivo negligencia e abandona

este encargo, tal que as leis já feitas não mais podem ser colocadas em execução (LOCKE, 1764, p. 98).¹³³

Ao fim e ao cabo, há em ambos os casos de dissolução do governo uma proteção do consentimento do cidadão contra arbitrariedades do governo, e em especial do Executivo. Contra a ação do Executivo, o direito de resistência surge pela alteração do legislativo. Contra a omissão do Executivo, também surge o direito de resistência, pois as leis são feitas para serem executadas.

Além dessas formas de dissolução do governo, há uma outra, que surge quando o Legislativo ou o príncipe (Executivo) agem contrariamente à confiança neles depositada. Como Locke divisa direitos naturais, como vida, liberdade e propriedade, que não podem ser tomados pelo Estado, a invasão desses direitos por qualquer parte do Estado (seja o Legislativo ou o Executivo) configura uma quebra da confiança depositada pelos cidadãos no pacto social, colocando-se um estado de guerra entre o cidadão invadido e o poder de Estado invasor (LOCKE, 1764, p. 99). Nesse ponto específico, o direito de resistência atua funcionalmente como uma garantia do direito natural, liberando o cidadão para defender esses direitos em situações extremas.

Aqui também se destaca que, ao menos face às dissoluções do governo, o direito de resistência é exercido coletivamente pela sociedade, e não individualmente. Afinal, a sociedade, em conjunto, terá o direito de erigir um novo Legislativo, que pode ser diferente do alterado tanto pelas pessoas que o compõem quanto pela forma de organização (LOCKE, 1764, p. 98). Quer dizer, a resistência é exercida pela sociedade, e não de maneira individualizada apenas por quem sofre diretamente o ataque. Portanto, está superado em Locke aquele problema que se via em Hobbes, quanto à assimetria entre o resistente e o poder do Estado. Nisso se reflete também a concepção de Locke de que o direito de resistência, além de existir nominalmente, deve poder ser exercido de maneira prática.¹³⁴ Mais que tudo, o direito de resistência

¹³³ “*There is one way more whereby such a government may be dissolved, and that is: When he who has the supreme executive power, neglects and abandons that charge, so that the laws already made can no longer be put in execution*”. Trad. livre.

¹³⁴ O próprio autor afirma que limitações demasiadas ao direito de resistência podem terminar por torná-lo inútil, na prática, e que por isso o direito de resistência precisa poder ser efetivo. Esse argumento, repetido em vários pontos do Segundo Tratado sobre o Governo, pode ser visto de maneira mais clara nas críticas de Locke às limitações de Barclay ao direito de resistência (LOCKE, 1764, p. 106-108)

só pode ser social, jamais exclusivamente individual, em razão da natureza irreversível da cessão de poderes no pacto social:

O poder que cada indivíduo deu à sociedade, quando entrou nela, jamais pode reverter novamente para os indivíduos, enquanto a sociedade durar, mas sempre irá permanecer na comunidade (LOCKE, 1764, p. 111).¹³⁵

O direito de resistência em Locke poderia parecer uma simples consequência do sistema político proposto, afirmada em razão da consistência racional desse sistema. Porém, na prática, o direito de resistência acaba exercendo um papel de controle da atividade do governo (e até mesmo da omissão deste). Dessa maneira, na concepção lockeana do direito de resistência este se encontra formulado também como um controle exógeno, exercido pelo povo. O direito de resistência lockeano é uma espécie de garantia, nesse sentido, pois prevê um mecanismo de limitação e controle do poder do Estado, para defender tanto certos direitos subjetivos (no caso, os direitos naturais à vida, liberdade e propriedade) quanto a própria forma do governo.¹³⁶ Que o direito de resistência é uma forma de exercício do poder pelo povo, em garantia de seus direitos ou da forma de governo, fica claro no texto do “Tratado Sobre o Governo”:

Aqui, é provável, será feita a pergunta comum: ‘Quem deverá ser o juiz, quanto a se o príncipe ou o legislativo agem contrariamente à sua confiança?’ (...) A isto eu respondo: ‘O povo deverá ser o juiz’ (LOCKE, 1764, p. 110).¹³⁷

Desta maneira, podemos concluir que a partir de Locke, o direito de resistência chega a um elevado nível de desenvolvimento, sendo uma forma de garantia de certos direitos básicos e da própria forma de governo, exercido como uma forma de controle do povo (enquanto conjunto de cidadãos) face a qualquer tentativa de qualquer ramo do governo de alterar a forma de governo ou de violar determinados direitos que mereçam uma especial proteção face a sua essencialidade. Nessa forma, vislumbre-se o direito de resistência como possível controle constitucional.

¹³⁵ “*The power that every individual gave the society, when he entered into it, can never revert to the individuals again, as long as the society lasts, but will always remain in the community*”. Trad. livre.

¹³⁶ É de se notar que os modernos textos constitucionais habitualmente apresentam uma parte orgânica, referente à forma em que o Estado se organiza, e uma parte dogmática, com direitos fundamentais protegidos. Em certa medida, isso não deixa de ser reflexo da influência de pensadores como Locke no constitucionalismo.

¹³⁷ “*Here, it is like, the common question will be made, Who shall be judge, whether the prince or legislative act contrary to their trust? (...) To this I reply, The people shall be judge*”. Trad. livre

Ainda que Locke não mencione explicitamente o estado de exceção, pode-se ver que os abusos das medidas de estado de exceção certamente implicam em algum nível de tomada dos poderes legislativos pelo Executivo, bem como de alteração da forma de governo pelo excessivo empoderamento do Executivo frente aos demais poderes, além da elevada possibilidade de violação de direitos constitucionalmente estabelecidos. Ou seja, o abuso de estado de exceção, muito constantemente, fará surgir todos aqueles elementos apontados por Locke como geradores do direito de resistência. Portanto, já em Locke, o direito de resistência poderia exercer um tal papel constitucional de controle exógeno, mesmo do estado de exceção.

2.3.5 O Direito de Resistência após as Revoluções Francesa e Americana

Até aqui, foi observada a evolução da teoria do direito de resistência. No mesmo período, certamente havia também práticas de resistência, paralelas ao desenvolvimento teórico. Um grande exemplo de exercício prático do direito de resistência, ainda na Idade Média, é aquele praticado pelas Cidades-Estado do vale de Waldstätten que viriam a formar a atual Suíça, contra o exercício arbitrário do poder por parte do Sacro-Império Romano-Germânico (FEHR, 1949). Esse é apenas o exemplo mais claro de que, à teoria do direito de resistência construída na Idade Média, correspondiam também práticas de resistência fundadas nesse entendimento, as quais se justificam através de discursos no campo do Direito Natural, não do Direito Positivo:

O grande imperativo da Idade Média é: Obedece ao direito! Não diz: Obedece ao rei! Se o rei viola o direito, no existe dever algum de acatar o mandato do rei. O rei, assim como os cidadãos, está preso ao direito. O direito é o grande ordenamento divino e humano que domina a existência com sua coação (FEHR, 1949, p. 7).

Ao final da Era Moderna, no entanto, as práticas de resistência se alteram, e levam aos primeiros casos de reconhecimento do direito de resistência no Direito Positivo. A inclusão do direito de resistência nos textos constitucionais e legais é uma grande mudança, pois esse passa a ter uma concretude que jamais poderia ter como

simples “Direito Natural”.¹³⁸ O contexto em que o direito de resistência passa a ser positivado é, mais que tudo, dependente das duas grandes revoluções do século XVIII: A Revolução Americana e a Revolução Francesa.

A luta das colônias britânicas na América do Norte para obterem a independência é um dos primeiros fenômenos a receber o nome de “Revolução”, no significado que o termo tem atualmente. A palavra “revolução” tinha originalmente o sentido de restauração, significando como na astronomia a completude de uma órbita circular, diante do entendimento de que os regimes de governos se alternavam de maneira cíclica (ARENDDT, 1965, p. 41-43). Tanto na Revolução Americana quanto na Francesa, os atores políticos viam essas revoluções como sendo nada mais que “restaurar a velha ordem das coisas, que havia sido perturbada ou violada pelo despotismo da monarquia absoluta ou pelos abusos do governo colonial” (ARENDDT, 1965, p. 44).¹³⁹ Na Revolução Americana, especialmente, havia essa percepção de que não se estava tentando criar uma nova ordem, mas sim preservar liberdades fundamentais que já estavam adquiridas e estabelecidas. De fato, na concepção do direito predominante na cultura anglo-americana às vésperas da independência das Treze Colônias, havia a crença em um certo “corpo de princípios imutáveis” que era protegido “além do alcance de qualquer instituição do governo”, que correspondia ao Direito Constitucional (*constitutional law*), sendo uma espécie de Lei Fundamental (*fundamental law*) em que as barreiras entre Direito Positivo, Direito Costumeyro (*common law*) e Direito Natural não eram particularmente definidas (KRAMER, 2004, p. 10). Assim, os sujeitos que estavam envolvidos na Independência Americana viam aquele acontecimento político não como uma ruptura da ordem constitucional, mas ao contrário, como uma luta para defender e preservar o que entendiam como sendo a Lei Fundamental, uma série de concepções normativas tradicionalmente assentadas.

¹³⁸ Paralelamente a esse desenvolvimento, haverá também o desenvolvimento teórico do juspositivismo, que passará gradualmente a ocupar mais e mais espaço no pensamento jurídico, eliminando a ideia de Direito Natural. Porém, ainda durante muito tempo certos conceitos jusnaturalistas foram determinantes para as práticas políticas e jurídicas concretas.

¹³⁹ “We must turn, in other words, to the French and the American Revolutions, and we must take into account that both were played in their initial stages by men who were firmly convinced that they would do no mote than restore an old order of things that had been disturbed and violated by the despotism of absolute monarchy or the abuses of colonial government”. Trad. livre.

Consequentemente, a ideia de direito de resistência aparece com grande importância para o movimento político que dá início à Revolução Americana e deixa fortes reflexos nos textos normativos que surgem desse movimento. Os atos normativos que melhor expressam esse momento são as Constituições estaduais que surgiram nas Treze Colônias, após a separação do império britânico. Isso em razão da ordem do processo de fundação dos Estados Unidos da América enquanto república unificada, em que primeiro houve a guerra de independência contra a colonização britânica, depois o estabelecimento formal de pequenos corpos políticos locais nas ex-Colônias (a partir dos quais surgem os estados) e, apenas em um último momento, a união desses corpos políticos locais em uma federação. Por isso, as constituições estaduais americanas, mesmo elaboradas após a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, apresentam um “retrato” do pensamento político-jurídico dominante logo após o fim da Guerra de Independência Americana particularmente preciso, pois refletem a presença desses discursos no próprio âmbito das comunidades, e não apenas da organização federal. E nesse cenário, o direito de resistência surge como parte essencial da própria legitimação desse processo revolucionário.

As Constituições de vários estados fazem constar, em suas Cartas de Direitos (*Bill of Rights*), o direito do povo de alterar, reformar e abolir o governo, para garantir os fins do mesmo.¹⁴⁰ Se vê, por isso, a clara influência do pensamento lockeano sobre direito de resistência, na hipótese de abolição do governo. A Constituição do Estado de Nova Hampshire, estabelecida em 1776, é muito mais explícita e reconhece diretamente o direito de resistência, no art. 10 de sua Carta de Direitos:

Tendo o governo sido instituído para o benefício comum, proteção e segurança de toda a comunidade e não para o interesse privado ou emolumento de qualquer um homem, família ou classe de homens; portanto, quando quer que os fins do governo sejam pervertidos, e a liberdade pública manifestamente posta à perigo, e todos os outros meios de reparação forem ineficazes, o povo poderá, e de direito deverá reformar o velho governo ou estabelecer um novo. A doutrina da não-resistência contra o poder arbitrário

¹⁴⁰ É o caso das Constituições dos estados da Pensilvânia (art.1, seção 2), Virgínia (art.1, seção 3), para citar dois exemplos que incluem o caso mais extremo de abolição do governo. Praticamente todas as constituições estaduais apresentam o direito do povo de reformar e alterar o governo, de uma forma ou outra, com base no mesmo argumento da defesa contra o uso do governo que não para perseguir os fins pelos quais o povo o criou.

e contra a opressão, é absurda, servil e destrutiva ao bem e à felicidade da humanidade.¹⁴¹

As posituações das Constituições estaduais refletiam no plano jurídico local o que foi assentado no plano político mais amplo pela Declaração de Independência de 1776, onde proclamava-se:

Nós temos essas verdades por autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados por seu Criador de certos Direitos, que entre estes estão Vida, Liberdade e a busca da Felicidade; que para assegurar esses direitos, Governos são instituídos entre os Homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que sempre que qualquer Forma de Governo se torne destrutiva desses fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la, e instituir novo Governo, colocando suas fundações em tais princípios e organizando seus poderes de tal forma que a eles deva lhes parecer mais provável de efetivar sua Segurança e Felicidade.¹⁴²

A visão de Locke sobre o direito de resistência, portanto, marcou fortemente o momento inicial da Revolução Americana, chegando a ser positivado o direito de resistência em tais termos. Trata-se de uma das primeiras posituações do direito de resistência, sendo por isso um marco histórico para a questão, refletindo a consolidação normativa de um longo desenvolvimento teórico.

Ainda mais, este desenvolvimento do direito de resistência, na medida em que está alinhado com a realidade dos da Revolução Americana e dos primeiros anos após sua consolidação, está estruturado como uma espécie de controle externo sobre os atos do governo, para que este não se desvie do seu fim. A atividade do povo como forma de controle constitucional é um traço muito marcante nos Estados Unidos no início de sua história, sendo que apenas posteriormente o judiciário adquire a

¹⁴¹ "Government being instituted for the common benefit, protection, and security, of the whole community, and not for the private interest or emolument of any one man, family, or class of men; therefore, whenever the ends of government are perverted, and public liberty manifestly endangered, and all other means of redress are ineffectual, the people may, and of right ought to reform the old, or establish a new government. The doctrine of nonresistance against arbitrary power, and oppression, is absurd, slavish, and destructive of the good and happiness of mankind". Trad. livre. A Constituição da Carolina do Norte traz exatamente a mesma afirmação contra a "doutrina da não-resistência", no artigo 3º de sua Declaração de Direitos.

¹⁴² "We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, --That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness".

importância que tem hoje na defesa da constituição. Nessa fase pós-Revolução, o direito de resistência está aí como parte desse exercício de controle constitucional político através do debate e da ação do povo, o qual está organizado naquilo que pode ser chamado de “constitucionalismo popular” (KRAMER, 2004). É o exercício da defesa da constituição pelo próprio povo, através de uma intensa atividade política, que reflete a ideia de autogoverno presente no início da democracia norte-americana.

O papel do direito de resistência, nesse quadro de constitucionalismo popular, é realmente aquele de um controle exógeno aos Poderes do Estado, garantindo a manutenção do exercício desses poderes dentro do quadro constitucionalmente estabelecido. Pois, com a presença difundida dessa compreensão do direito de resistência, qualquer avanço fora desse quadro poderia representar um risco real e efetivo à estabilidade e continuidade do governo que o praticasse. Era ainda mais garantida quanto expressa na positivação legal, mas independe dessa positivação, na medida em que a Lei Fundamental, como já se apontou, era compreendida como um conjunto de prescrições normativas em que os limites entre Direito positivado, natural e costumeiro não se deixam delimitar de maneira exata. Temos aqui, então, o direito de resistência como forma de controle constitucional exógeno em sua forma mais clara.

Porém, não foi apenas na Revolução Americana que o direito de resistência alcançou expressão para ser positivado. A Revolução Francesa teve grandes influências desse precedente histórico norte-americano, uma das quais se expressa no direito de resistência. Se as constituições estaduais são representativas do pensamento da época na Revolução Americana, o mesmo pode ser dito com relação à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, enquanto grande produto da Revolução Francesa. O centro da recepção da teoria do direito de resistência, assim como nas constituições estaduais anglo-americanas, é a garantia da submissão do governo aos seus fins. Diz o artigo 2 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão:

O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.¹⁴³

A finalidade do governo, de acordo com a Declaração francesa, também é a preservação de certos direitos, tidos aqui como naturais e imprescritíveis. Porém, se apresenta uma diferença, na medida em que o direito de resistência não é apresentado como uma simples consequência da deturpação dos fins do governo. Aqui, o direito de resistência é um direito natural em si. Mais do que isso, está entre os direitos mais essenciais para o arranjo político, de modo que a “resistência à opressão” além de uma garantia do povo contra abusos em seus direitos, acaba se tornando um fim do Estado. Não é mera garantia, como era nos Estados Unidos, mas é um direito em si, a ser preservado como fim do Estado.

De qualquer modo, também nesse ato normativo maior da Revolução Francesa está positivado o direito de resistência. Porém, apesar de ser um elemento importantíssimo das duas grandes Revoluções que marcam a passagem da era moderna para a era contemporânea, o direito de resistência perderia espaço progressivamente, ao longo do tempo, a tal ponto que as expansões das positivações desse direito só serão retomadas após a metade do século XX. A história desse desaparecimento do direito de resistência do foco do pensamento jurídico-político ocidental coincide com a história da ascensão do estado de exceção, que já foi narrada anteriormente.

2.3.6 O Desaparecimento do Direito de Resistência face ao avanço do Estado de Exceção

A Revolução Francesa, em sua fase inicial, consagra o direito de resistência como um dos quatro mais importantes direitos, naturais e imprescritíveis, representando o ápice de um longo desenvolvimento teórico que agora chegava à prática normativa. Por outro lado, no contexto pós-revolucionário retorna também a

¹⁴³ “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression*”. Trad. livre.

ideia da ditadura, chegando à prática normativa com a ascensão de Napoleão e o surgimento do estado de sítio.

Pode-se notar que a ditadura é retomada como sendo parte da institucionalidade republicana, que era adotada em substituição à monarquia. Nesse quadro institucional republicano, que retoma em grande medida o modelo romano antigo, um direito de resistência não tem lugar. Conforme já observado, apesar de conter certos aspectos que viriam a se desenvolver nas raízes do direito de resistência, o *iustitium* não pode ser simplesmente equivalido a esse. As novas institucionalidades que surgem nesse período são colocadas frente a um desafio: como manter a força do Estado e a capacidade coercitiva do governo, diante de um conjunto de direitos e liberdades individuais nunca visto até então. O direito de resistência é um problema especial, neste contexto, pois pode legitimar até mesmo a própria abolição de um dado governo.

Esse dilema, como se pode ver, foi resolvido através do estado de sítio. Sempre que o exercício dos direitos ameaçava o governo constituído, eram suspensos os direitos. Obviamente, o estado de sítio, na forma irrestrita que alcançou durante essa evolução, não poderia conviver com o direito de resistência. Ao passo que o estado de sítio deixa a decisão definitiva sobre a defesa da constituição nas mãos do chefe do executivo, o direito de resistência deixa tal decisão nas mãos do próprio povo. Assim, na medida em que o avanço do estado de sítio, em nome da “ordem”, concentra poderes no executivo e suspende direitos, o direito de resistência acaba desaparecendo.

No entanto, o avanço do estado de sítio não é o único fator responsável pela retração do direito de resistência, ainda que tenha nisso um grande papel. Também pode-se apontar pelo menos um outro fator, que é o avanço dos Tribunais, na medida em que cada vez mais as questões constitucionais passam a ser resolvidas de maneira judicial. Assim, não é apenas a expansão dos poderes do executivo no estado de exceção que vai tomando o espaço da participação popular nos debates constitucionais, mas também o avanço da judicialização da política.

O direito de resistência acaba marginalizado nesse caso, pois é justamente um exercício extraprocessual, que emerge quando as vias processuais não estão disponíveis. Basta lembrar que, desde o *iustitium* romano, o direito que assiste ao cidadão de decidir por si na ausência das funções públicas emerge justamente da inexistência de uma autoridade competente, de uma via processual, para fazer valer

o direito. Por isso, o direito de resistência é apenas muito dificilmente judicializável, na maioria dos sistemas.¹⁴⁴ Tanto mais porque o direito de resistência implica em que o povo tem a última palavra para os assuntos constitucionais, em contraste claro com a lógica da maioria das Cortes que decidem assuntos constitucionais.

Os desenvolvimentos são diferenciados em cada país, mas em geral o direito de resistência atinge um pico de desenvolvimento e prestígio jurídico após as revoluções que vão abrir caminho para os regimes republicanos ao longo do século XVIII. Isso porque o direito de resistência era essencial para a legitimação das novas ordens jurídicas, não mais baseadas na soberania absoluta dos monarcas. Porém, dado o surgimento de governos nessas novas ordens, estes foram cada vez mais afastando exercícios imediatos da soberania popular, como o direito de resistência, e ampliando poderes dos órgãos de governo constituídos. Ou seja, na medida em que o Executivo avançava seus poderes na trilha do estado de exceção, o direito de resistência ia sumindo como instância de um poder popular exercido diretamente. A mesma coisa ocorre com o avanço de competência do controle judicial de constitucionalidade, com o aumento do poder judiciário tomando o lugar desse exercício de controle exógeno pelo povo. Até mesmo o legislativo acaba tomando o espaço que seria do controle popular através de um direito de resistência, no caso da Inglaterra, onde a doutrina da supremacia do legislativo tira o espaço da doutrina da resistência:

(...) pela metade do século XVIII a visão ortodoxa na Inglaterra localizava a soberania no Parlamento ao invés de no povo fora-de-suas-portas. E com este desenvolvimento, a tradição de constitucionalismo anteriormente descrita começou a perder sua força, particularmente a ideia de uma resistência “legal” a medidas legislativas inconstitucionais (KRAMER, 2004, p. 35).¹⁴⁵

¹⁴⁴ Uma exceção a isto pode ser o sistema judicial dos Estados Unidos, o qual, graças à particular distribuição de competências entre cortes federais e estaduais, acaba favorecendo a possibilidade da Desobediência Civil como forma de questionar leis estaduais frente ao Direito federal (ARENDDT, 1972, p. 53). Porém, mesmo nos Estados Unidos, a ideia de constitucionalismo popular foi sendo deixada de lado, deixando as grandes questões constitucionais para serem decididas pela Suprema Corte, que são tomadas como palavra final pela maior parte da população daquele país na contemporaneidade (KRAMER, 2004, p. 227).

¹⁴⁵ “(...) by the middle of the eighteenth the orthodox view in England located sovereignty in Parliament rather than in the people out-of-doors. And with this development, the tradition of constitutionalism described earlier began to lose its grip, particularly the idea of “legal” resistance to unconstitutional legislative measures”. Trad. livre.

Em suma, conforme os poderes constituídos vão tomando para si o exercício do governo, mais se vão eliminando os mecanismos imediatos de exercício da soberania popular, ao ponto que esta acaba se tornando uma mera legitimação jurídica do poder constituinte, muito raramente sendo exercida de fato.

A partir desses desenvolvimentos, o direito de resistência desaparece de cena, sendo praticamente ignorado de todo pelo pensamento jurídico no início do século XX. Porém, os acontecimentos políticos desse século fizeram ressurgir a questão do direito de resistência com toda força, quando o estado de exceção, já plenamente desenvolvido, mostra todo seu risco potencial.

2.3.7 Direito de Resistência Constitucionalmente Positivado

O surgimento dos regimes fascistas na Europa coloca a questão do estado de exceção sob um novo ângulo. Esses regimes autoritários usaram amplamente de mecanismos de estado de exceção para ascenderem ao poder e se manterem. O regime de Mussolini na Itália é especialmente paradigmático, enquanto grande criador dos poderes legislativos do executivo, pelos decretos-lei. O nazismo também usa da suspensão da Constituição pelo estado de exceção como meio de legalizar a concentração de poderes em Adolf Hitler. Expedientes semelhantes também marcam outros autoritarismos similares, como o Estado Novo sob Antônio Salazar em Portugal e o governo ditatorial de Getúlio Vargas no Brasil (não por acaso também chamado de Estado Novo em sua fase mais repressiva após 1937).

É no contexto do choque com a barbárie do nazifascismo que Benjamin escreve a já citada oitava Tese sobre o Conceito de História, em que nos diz que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção é a regra”, que devemos nos colocar a tarefa de “provocar o verdadeiro estado de exceção” e que apenas assim “nossa posição na luta contra o fascismo melhorará” (BENJAMIN, 1991, p. 697).¹⁴⁶ Como pode-se ver, o fenômeno do nazifascismo expõe de maneira inequivocamente clara o risco associado ao estado de exceção e coloca uma vez mais a pergunta, então relegada a segundo plano, a respeito do que se pode fazer contra ações injustas

¹⁴⁶ Para alguns apontamentos já feitos neste trabalho sobre esta proposição de Benjamin, cf. *supra*, p. 52 *et seq.*

que partem do próprio Estado, quando não se tem mais a quem recorrer. Por isso, a questão da resistência se torna “incontornável” a partir do fim da II Guerra Mundial (BUZANELLO, 2011, p. 149).

Mais ainda, o próprio dever de obedecer às ordens dos superiores vai ser colocado como um dos grandes dilemas da filosofia política contemporânea, sobretudo depois da forma em que a simples “obediência às ordens” estatais surgem no julgamento de Eichmann, levando Hannah Arendt a construir o conceito de “banalidade do mal” (ARENDR, 1964).

Diante de tais questões, o direito de resistência ressurge como questionamento relevante na teoria jurídica. Porém, apenas a partir da segunda metade do século XX esse direito passa a ser reconhecido e positivado constitucionalmente. Um dos países pioneiros na introdução deste direito no texto constitucional foi a Alemanha.

Em 1968, o governo República Federal da Alemanha se viu pressionado a criar regulamentações de estado de exceção na Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de 1949, quer dizer, na Constituição alemã. Originalmente, este texto constitucional não previa regulamentações de mecanismos de estado de exceção, em grande parte em razão da experiência nazista que precedeu este texto. Porém, no contexto de Guerra Fria, com fortes conflitos sociais e o temor do avanço do socialismo na Europa, a OTAN pressionou a República Federal da Alemanha para adotar mecanismos de estado de exceção, aparentemente como plano de resposta a uma eventual agressão da República Democrática da Alemanha ou da União Soviética (assim como temia o risco de uma revolução interna “comunista”). Porém, diante do aprendizado com a experiência nazista, vários partidos e setores da sociedade (principalmente os sindicatos de trabalhadores) se opunham, inicialmente, à esta proposta, por temerem o potencial abuso repressivo do estado de exceção (HESSE, 1998, p. 532-533).

Como forma de garantir a esses setores que o estado de exceção não iria gerar tais riscos à continuidade das liberdades fundamentais e obter a aprovação do projeto, foi acordado “de último minuto” a inclusão positivada do direito de resistência na Lei Fundamental, junto com o estado de exceção (HESSE, 1998, p. 533). Desse modo, o direito de resistência contido na Lei Fundamental alemã surge precisamente com a promessa normativa de ser um controle limitador do estado de exceção. O texto foi positivado no art. 20, alínea 4, da Lei Fundamental alemã: “Contra qualquer um que

empreenda eliminar essa ordem, todos os alemães têm o direito à resistência, se outro recurso não for possível”.¹⁴⁷

A “ordem” em questão são os elementos mais basilares da forma de governo daquele Estado, enquanto Estado Federal, democrático e social (art.20, alínea 1), a separação dos poderes e a vinculação destes à lei (alíneas 2 e 3). Em suma, são os elementos do que Hesse chama “ordem fundamental liberal e democrática” (HESSE, 1998, p. 517, 518, 546, 547),¹⁴⁸ também em relação ao estado de exceção. Desse modo, nessa sistematização de Hesse, tanto o estado de exceção quanto o direito de resistência estão afirmados no Direito Constitucional alemão, e ambos são mecanismos de defesa da ordem, a qual é somente aquela conforme à Constituição.

Por isso, ao fim e ao cabo, o direito de resistência é um mecanismo de defesa da Constituição, contra ameaças surgidas dos poderes constituídos, dos “detentores do poder estatal”, no que Hesse chama “golpe de Estado de cima” (HESSE, 1991, p. 548). Mas não apenas, pois entende que esse direito de resistência também serve para combater o que chama “golpe de Estado de baixo”, isto é, contra “forças revolucionárias” que pretendam tomar o poder estatal, para colocar uma nova ordem constitucional (HESSE, 1998, p. 548). Dessa maneira, Hesse entende o direito de resistência como uma defesa da Constituição, exercida pelos próprios cidadãos contra emergências internas, tanto “de baixo” quanto “de cima”.

Destaque-se, ainda, que o direito de resistência é considerado por ele como o mecanismo mais extremo, sendo o “último meio de defesa”, surgindo apenas após a incapacidade do estado de exceção para resolver a situação problemática (HESSE, 1991, p. 547, 549). Por óbvio, dada a origem histórica da positivação, também servirá nos casos em que a situação problemática que coloca em risco a ordem constitucional provenha do próprio estado de exceção, como pode muito facilmente ocorrer.

¹⁴⁷ “*Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist*”.

¹⁴⁸ As motivações pelas quais Hesse denomina essa ordem de “liberal”, palavra que nem sequer consta da Lei Fundamental alemã, não se deixam entrever tão claramente. Aparentemente, parecem dizer respeito à ideia da garantia de direitos fundamentais de liberdade individual, porém tal fato não fica tão explícito. De qualquer modo, a ideia da “ordem” aqui é, sem dúvida, a ordem prescrita pela Constituição, na forma em que é prescrita. Não é um apelo genérico à ordem, mas sim uma obrigação de defesa de uma ordem determinada, inclusive contra outras formas de ordem que lhe contradigam.

Deve ser notado que a interpretação de Hesse é apenas uma, dentre várias possíveis, dada a formulação extremamente sintética do direito de resistência na Lei Fundamental. Tanto mais que, como o autor mesmo reconhece, não há grande desenvolvimento legislativo sobre o tema na Alemanha atual (HESSE, 1998, p. 546). Por isso, não devemos tomar os limites colocados por Hesse como absolutos, na medida em que este faz uma interpretação tão restritiva quanto possível do direito de resistência, por vislumbrar neste um perigo de “circundar ações antijurídicas com uma aparência de legalidade estatal-jurídica”, agravando eventuais emergências internas (HESSE, 1998, p. 547).¹⁴⁹ De qualquer modo, o direito de resistência existe, e mesmo em uma visão claramente restritiva, cria um âmbito de ação jurídica assegurado para a defesa da ordem constitucional pelo povo.

Na sequência do modelo alemão, temos o direito de resistência positivado na Constituição portuguesa. A história portuguesa é diferenciada, na medida em que o regime do Estado Novo, de características fascistas, perdurou por muito mais tempo que no restante da Europa. Podemos apontar como marco dessa transição portuguesa a chamada Revolução dos Cravos, iniciada em abril de 1974, e que culmina apenas em 1976 na aprovação de uma nova Constituição para Portugal. O texto da Constituição da República Portuguesa de 1976 não continha ainda um direito de resistência autônomo. Porém, continha a determinação de revisão da Constituição a cada cinco anos (originalmente, art. 287, atual art.284), especificidade constitucional provavelmente motivada pelo objetivo de “abrir caminho para uma sociedade socialista”, contida até hoje no preâmbulo dessa Constituição.

Diferentemente da Lei Fundamental alemã, o direito de resistência foi incluído na Constituição portuguesa desde o texto constitucional original, ainda que não estivesse presente de maneira autônoma, no início. Constava no texto original como parte do art.20, denominado “Defesa dos direitos”, o qual previa no seu nº1 o acesso à justiça e a gratuidade judiciária aos necessitados e no nº2 o direito de resistência: “Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos,

¹⁴⁹ Pode-se ver aí o exemplo do que se pode chamar de uma posição “conservadora” quanto ao direito de resistência, porquanto dirige suas críticas à uma suposta insegurança jurídica criada por esse direito (BUZANELLO, 2011, p. 142).

liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. Na revisão constitucional quinquenal de 1982, adquiriu autonomia, passando a ser o artigo 21 da Constituição, pela Lei de Revisão Constitucional de 1982.

Pode-se ver, na sistematização original da Constituição portuguesa, uma concepção distinta daquela alemã. O direito de resistência é visto como uma garantia que defende os direitos fundamentais do cidadão, não como um mecanismo de defesa da ordem jurídico-constitucional. Quer dizer, trata-se aqui mais da proteção do sujeito do que da proteção da ordem estabelecida em si.

As raízes no *iustitium* se mostram mais evidentes nessa formulação, pois surge exatamente daquela situação de fato em que não há agente público competente para decidir (“quando não seja possível recorrer à autoridade pública”). É em si uma liberdade autorizada ao cidadão, a qual toma a forma de autodefesa, uma vez que a formulação se direciona à proteção dos direitos de cada um por si mesmo, contra eventuais agressões.

A diferenciação entre as normas constitucionais portuguesa e alemã pode talvez ser atribuída ao fato de que a alemã foi aprovada como forma de dar uma aparência menos perigosa ao estado de exceção e lograr sua inserção no texto constitucional. Assim, o direito de resistência ficava inevitavelmente vinculado ao estado de exceção, inclusive adotando a lógica de defesa da ordem constitucional, na norma germânica. Na Constituição Portuguesa, ao contrário, o constituinte observa o direito de resistência de uma perspectiva mais geral, não presa à questão do estado de exceção. Por isso, pode criar uma norma muito menos restrita, que não depende da caracterização mais difícil da ameaça à ordem constitucional fundamental, mas que pode ser identificada através do critério mais claro da violação de direitos, liberdades ou garantias e da impossibilidade de recurso à autoridade competente. Ainda assim, o direito de resistência constitucional pode albergar o controle popular do estado de exceção, ainda que de modo mais individualizado, visto que o abuso do estado de exceção em geral se configura justamente na violação de direitos fundamentais pelos atos de estado de exceção. Em suma, entre essas duas formas de positivação do direito de resistência, a via portuguesa tem a vantagem de ser mais discernível e aplicável, ao passo que a via alemã tem a vantagem de ser exercida não de maneira individualizada, mas como ação social em defesa da Constituição.

A formulação portuguesa do direito de resistência teve algum impacto no Brasil. Durante os anos 80 o país viveu a transição do fim do autoritarismo do regime militar. Essa transição, ainda que sendo controlada pelo regime (como abertura “lenta e gradual”) e apresentando aspectos problemáticos, acaba sendo em alguns pontos análoga às transições europeias na saída do nazifascismo, porém com muitas peculiaridades específicas. Aqui também se trata de confrontar o legado autoritário de um regime violador de direitos humanos. Porém, no caso brasileiro, o regime violador não surgiu de um estado de exceção, mas sim de um golpe de Estado.¹⁵⁰ Depois que as forças golpistas deram a aparência de institucionalidade à ruptura do Estado de Direito, por meio da imposição de uma Constituição nova em 1967, os mecanismos de exceção deste texto constitucional foram utilizados para os fins repressivos do regime. Porém, não são os mecanismos de exceção que possibilitaram o autoritarismo e a violação de direitos fundamentais, mas sim o rompimento do Estado de Direito democrático através do golpe que permitiu essas violações, apenas inscrevendo mecanismos de exceção no texto constitucional imposto como espécie de “fachada” de legalidade do Estado repressivo.

Dessa maneira, apesar de se criar um asco considerável às medidas de estado de exceção nos atores políticos que lutaram pela transição, este não é tão extenso como, por exemplo, no caso alemão, onde o abuso do estado de exceção foi determinante para a ruptura do Estado de Direito democrático. Tanto que a Constituição de 1988, criada e promulgada como parte da transição rumo a democracia, manteve mecanismos de estado de exceção do período constitucional anterior, ainda que com as limitações já anteriormente apontadas.

¹⁵⁰ Sob esse aspecto, a Ditadura Civil-Militar brasileira se aproxima mais de uma “usurpação”, para utilizar o vocabulário anteriormente exposto sobre o direito de resistência, do que de uma ditadura no sentido originário do termo. Por isso, nesse trabalho opta-se por usar termos como “regime militar” ou “autoritarismo militar” para evitar a confusão de conceitos. No entanto, reconhece-se igualmente o caráter autoritário, violador de direitos humanos e antidemocrático. Trata-se aqui apenas de uma questão terminológica para evitar confusões, visto que o regime autoritário militar não possuiu nem sequer a legitimação pela defesa da ordem constitucional e pela consagração jurídica do instituto que a ditadura de moldes romanos possuía.

De qualquer modo, colocando a parte as especificidades locais, os casos denominados como “regime militar” no presente trabalho são, via de regra, aquelas mesmas formas de regime às quais O’Donnell denomina “Estado Burocrático Autoritário” (O’DONNELL, 1996). Não se utiliza diretamente a expressão de O’Donnell apenas na medida em que a expressão “regime militar” enfoca mais claramente a militarização da política, ponto mais importante para a questão do estado de exceção, ao passo que o aspecto mais “burocrático” desse regime, ainda que importante, não é um foco tão relevante para a questão do estado de exceção.

Mesmo assim, a questão do direito de resistência não esteve ausente dos debates constitucionais da nova Constituição. Ainda que a Constituição brasileira de 1988 não contemple explicitamente o direito de resistência, este chegou a ser discutido na Assembleia Nacional Constituinte, inclusive tendo por referência justamente a norma portuguesa (BUZANELLO, 2011, p. 180, 243).¹⁵¹ Porém, prevaleceu uma visão “conservadora”, que temia o direito de resistência como fator de suposta insegurança jurídica. Em especial, temiam alguns constituintes os efeitos do direito de resistência nos conflitos fundiários (BUZANELLO, 2011, p. 342-345). Nesses pontos, a rejeição “conservadora” ao direito de resistência também se guiava em grande medida pela questão da decidibilidade, isto é, quanto a quem decidiria quando há ou não o direito de resistência, exibindo em geral uma tendência a preferir o judiciário como última palavra, ao invés do povo. Mostra-se aqui novamente o conflito entre o direito de resistência e o avanço da supremacia judicial, que já foi apontado anteriormente. Por todas essas razões, ao final do processo constituinte, o direito de resistência não constou explicitamente no texto constitucional de 1988.

No entanto, um mecanismo próximo do direito de resistência foi aprovado na Constituição de 1988. A objeção de consciência ao serviço militar obrigatório é reconhecida constitucionalmente (art. 143, §1). Porém, é submetida a uma prestação alternativa e apenas é garantida em tempos de paz. Dessa maneira, acaba sendo um direito um tanto limitado demais para ser reconhecido como um direito de resistência em sentido próprio.

Outros países da América Latina reconheceram o direito de resistência em seus textos constitucionais, na onda de reformas causada pelo fim dos autoritarismos militares no continente. Desses, um dos casos mais interessantes é o argentino. A Argentina optou, entre suas medidas de transição, por restaurar a Constituição de 1853, que havia sido simplesmente desconsiderada pelo regime militar *de facto*. Em 1994, porém, essa Constituição sofreu uma reforma que, entre outras coisas, incluiu

¹⁵¹ A proposta de reconhecimento do direito de resistência era promovida desde o início dos trabalhos constituintes por setores políticos de oposição à ditadura militar, como exemplificado na demanda “Direito de resistência a opressão, reconhecido não só pelo direito à desobediência civil, mas também pelo direito de rebelião”, proposta a à Constituinte pensada pelo então deputado-constituente José Genoíno Neto, do Partido dos Trabalhadores, situada entre as propostas “sobre as liberdades democráticas e os direitos populares perante o Estado” (GENOINO NETO, 1986, p. 16, 17).

o direito de resistência em seu texto. O direito de resistência consta no artigo 36, que é um artigo direcionado focalmente às questões da ruptura do Estado de Direito, refletindo as violações do regime militar, dentro da perspectiva de que este tipo de violação da constituição nunca mais aconteça:

Esta Constituição manterá seu império mesmo quando se interromper sua observância por atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. Estes atos serão insanavelmente nulos.

Seus autores serão passíveis da sanção prevista no artigo 29 [responsabilização penal sob o tipo de traição à pátria], inabilitados à perpetuidade para ocupar cargos públicos e excluídos dos benefícios do indulto e da comutação de penas.

Terão as mesmas sanções aqueles que, como consequência destes atos, usurparem funções previstas para as autoridades desta Constituição ou daquelas das províncias, e eles responderão civil e penalmente por seus atos. As respectivas ações serão imprescritíveis.

Todos os cidadãos têm o direito de resistência contra aqueles que executarem os atos de força enunciados neste artigo.

Atentará do mesmo modo contra o sistema democrático quem incorre em grave delito doloso contra o Estado que envolva enriquecimento, ficando inabilitado, pelo tempo que as leis determinem, para ocupar cargos ou empregos públicos.

O Congresso sancionará uma lei sobre ética pública para o exercício da função.¹⁵²

Como se vê, a Constituição argentina é a que dirige o direito de resistência de maneira mais direta contra o abuso do exercício do poder pelas autoridades públicas. É de se notar, ainda, que o art. 29 citado aí é justamente o dispositivo que proíbe o

¹⁵² “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles. Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo. Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”. Trad. livre.

Legislativo de conceder poderes ou faculdades excepcionais ao Executivo, se estas coloquem em risco a “vida, honra ou fortunas” dos cidadãos argentinos. Em suma, o que se vê na Constituição argentina é, de forma clara, o direito de resistência como um dentre uma série de dispositivos preventivos contra a violação da Constituição pelos detentores do poder estatal, inclusive no caso do abuso do estado de exceção. É uma clara resposta ao aprendizado com o trauma autoritário do regime militar.

Aliás, no que diz respeito ao autoritarismo militar, é de se destacar um outro ponto da experiência argentina, que pode ser de grande importância para compreender o direito de resistência constitucional em seu contexto. Uma das grandes questões da transição argentina de retorno à democracia foi a aprovação da chamada “Lei de Obediência Devida” (nº 23.521/1987). Essa legislação foi aprovada já após o fim do regime militar *de facto*, mas ainda sob forte pressão dos militares. A previsão da Lei de Obediência Devida era, essencialmente, que os agentes públicos subordinados que praticaram ilegalidades (incluindo violações de direitos humanos) durante o autoritarismo militar seriam anistiados, pois estariam agindo em “obediência devida” aos seus superiores hierárquicos. Em essência, a questão da Lei de Obediência Devida é muito semelhante ao problema que havia sido colocado no julgamento de Eichmann (ARENDR, 1964): como lidar com violações realizadas por parte de agentes subordinados do Estado, quando estes alegam que, ao realizar tais atos, estavam “apenas cumprindo ordens”. Ao fim, no paradigmático julgamento do chamado “caso Símon”, em 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina decidiu pela inconstitucionalidade da Lei de Obediência Devida. A questão da “obediência devida” foi grandemente desenvolvida e confrontada, onde se destaca a obra do jurista Carlos Nino denominada “*Juicio al Mal Absoluto*” (NINO, 2006).¹⁵³ Nesse ponto, a inserção do direito de resistência no texto constitucional, a partir da reforma de 1994, abre também um importante caminho para a preservação da ordem constitucional e das garantias previstas, na medida em que agora os agentes públicos subordinados podem desobedecer aos comandos de seus superiores que contrariem

¹⁵³ O debate filosófico de fundo quanto aos aspectos éticos, jurídicos e políticos dessa “banalidade do mal” em violações em massa de direitos humanos é bastante desenvolvido. Porém, para que não ocorra o desvio do objeto, não há como abordá-lo mais detalhadamente no presente trabalho.

a ordem constitucional. Deste modo, por exemplo, se, dentro do estado de exceção, um oficial (ou mesmo o próprio Presidente) ordena a um soldado que pratique tortura contra um detido, o soldado poderá (e até mesmo deverá) desobedecer a este comando, alegando seu direito de resistência, face à nulidade de tal “ato de força contra a ordem institucional”.

Logo, a constituição argentina tem uma forma de direito de resistência que é, assim como na alemã, um mecanismo de preservação da ordem constitucional. Porém, diferente da alemã, não se direciona contra “golpes desde de baixo”, focando-se nos “golpes desde cima” (o que reflete as diferentes histórias e momentos de regulamentação do direito de resistência). Além disso, o foco da regulamentação argentina é a proteção do sujeito, sendo uma espécie de autodefesa, como na regulamentação portuguesa, mas que não padece do aspecto individualizante desta regulamentação na medida em que o direito de resistência se insere em um conjunto mais amplo de medidas para fazer frente a uma tentativa de derrubada pela força da ordem constitucional.¹⁵⁴ Além desses aspectos, também apresenta, graças à nulidade do “ato de força contra a ordem institucional e o sistema democrático”, uma vantagem para confrontar o problema da “obediência devida”. Dessa maneira, o direito de resistência na Constituição argentina tem aspectos próprios, que apresentam certas vantagens em potencial, em comparação com as regulamentações europeias analisadas.

2.3.8 Direito de Resistência como controle do Estado de Exceção

De qualquer modo, a genealogia do direito de resistência mostra que este instituto jurídico possui um grande potencial enquanto controle do estado de exceção.

¹⁵⁴ Esse aspecto pode conter também, em certa medida, um reflexo do maior desenvolvimento da questão dos governos *de facto* na jurisprudência argentina. Inclusive, já quanto a *governos de facto* surgidos ao longo da primeira metade do século XX, nos golpes de 1930 e 1943. Essa jurisprudência previa, inclusive, que mesmo os governos *de facto* não interrompiam o “império da Constituição”, e que estes governos ainda deviam ser restritos e limitados juridicamente pelos mecanismos constitucionais (PACHECO, 1958, p. 135-137). Como se observa, o direito de resistência recentemente positivado recebeu em certa medida esse desenvolvimento, o que em muito colabora para a forma que o direito acabou adquirindo no texto constitucional.

Em primeiro lugar, porque o direito de resistência e o estado de exceção surgem em vários momentos como institutos relacionados. Como já vimos, o *iustitium* traz certos elementos que se relacionam com a lógica do direito de resistência, uma vez que o direito de resistência surge exatamente desse momento em que não há autoridade juridicamente competente para decidir. Justamente a relação entre o *iustitium* com a ditadura na antiguidade romana nos mostra que essa vinculação entre a resistência dos sujeitos contra a concentração antijurídica de poderes é um traço ancestral nos sistemas jurídicos ocidentais. Por isso, desde a raiz romana podemos ver a relação entre estado de exceção e a resistência dos cidadãos, nos conflitos quanto à existência (ou não) de autoridades juridicamente competentes.

Em segundo lugar, por partir do povo, de tal maneira que funciona como um controle exógeno, o direito de resistência evita os problemas apontados quanto aos controles endógenos. Nesse aspecto, a relação do direito de resistência com uma certa lógica de “constitucionalismo popular” surge como vantagem em Estados democráticos, uma vez que o direito de resistência se destaca como exercício da soberania popular, ainda que em extremo. O direito de resistência acaba sendo o momento em que o povo se expressa enquanto defensor da Constituição, e é nesse momento extremo que as constituições democráticas mais poderiam mostrar seu caráter quanto à soberania popular. Justamente os avanços que mais deixam de lado esse aspecto da soberania popular, como por exemplo o estado de exceção, são os que fizeram o direito de resistência

Por fim, vimos que o direito de resistência não apenas pode ser, como também já se encontra, positivado em textos constitucionais. A positivação surge em dois momentos, um de conflitos contra o absolutismo e o poder colonial, e outro em que se fazia o confronto com as violações massivas de direitos no século XX. Ou seja, a necessidade de reafirmar o Estado de Direito democrático frente a situações que lhe colocam em risco fazem ressurgir a questão do direito de resistência. A violação do Estado de Direito democrático é justamente o risco que o estado de exceção coloca.

Por todos esses motivos, o direito de resistência surge com um grande potencial para ser uma forma de “contrapeso” ao estado de exceção nas constituições democráticas. O reconhecimento constitucionalmente positivado desse direito de resistência é relativamente recente, comparado ao desenvolvimento do estado de exceção, e ainda carece de ser posto seriamente a prova. Porém, as genealogias de

ambos os institutos, combinadas, mostram que o direito de resistência tem um grande potencial enquanto controle do estado de exceção, sendo provavelmente a melhor possibilidade nesse sentido, a fim de barrar a banalização do estado de exceção e seu avanço descontrolado.

Como os institutos jurídicos não adquirem sua vitalidade da norma, mas sim da realidade social, para avaliar a capacidade de um instituto jurídico de controlar outro, há que se analisar as práticas sociais e políticas que vinculam estes, em cada tradição histórica. É esta análise que o presente trabalho visa proceder no próximo capítulo, em que serão analisadas certas práticas de resistência na história brasileira e seu potencial como mecanismos de controle do poder e de defesa da ordem constitucional.

3 RESISTÊNCIA FACE À EXCEÇÃO NA PRÁTICA BRASILEIRA

No capítulo anterior, foram apresentados, por meio da genealogia, os desenvolvimentos teóricos e normativos que levaram ao surgimento e evolução do direito de resistência em si, até suas positivações. Porém, o estabelecimento do conceito a nível teórico, ou mesmo a nível jurídico normativo, nem sempre implica na sua aplicabilidade real. Muitas vezes, ao se trazer um conteúdo normativo para a prática, podem surgir dificuldades e problemas que não se deixariam antever no plano teórico. Para minimizar essas dificuldades, cabe abordar de antemão alguns possíveis problemas da colocação prática do direito de resistência.

Essa é a finalidade do presente capítulo. Em primeiro lugar, se coloca a questão de como o direito de resistência surge nos contextos sociopolíticos. Não se pretende com isso fazer uma classificação definitiva e absoluta, mas apontar caminhos para visualizar a aplicação do direito de resistência na prática. Em segundo lugar, busca-se apontar episódios de práticas de resistência na história brasileira. Parte-se de uma definição para identificar o que são práticas de resistência, situando-as em um contexto que permita sua análise, e se observa esses episódios. Com isso, chega-se por fim a alguns apontamentos quanto às práticas de resistência e como estas podem se relacionar com o direito de resistência. Assim fica explanada a estrutura do presente capítulo, começando pelo problema dos limiares do quadro normativo que, uma vez ultrapassados, poderiam dar lugar ao direito de resistência.

3.1 LIMIARES: Quando Emerge o Direito de Resistência?

É necessário ainda confrontar uma questão que vem com a positivação do direito de resistência: a partir de que ponto o direito de resistência surge? Trata-se de uma questão teórica, mas com grande impacto prático. Uma vez que se reconhece que a violação da ordem constitucional, por uma dada autoridade, dá lugar ao direito de resistência, há que se delinear a partir de que momento pode ser considerado que a violação conduz ao aparecimento do direito de resistência.

Um ponto de partida é a concepção de que o direito emerge quando não há a possibilidade de recorrer a outra autoridade que reverta ou faça cessar a violação. Esse ponto atravessa todo o desenvolvimento da teoria do direito de resistência. Está presente desde a filosofia tomista, tanto no exemplo da “cidade sitiada”, onde o direito a desobedecer emergia quando a urgência do perigo súbito impedia que se aguardasse a decisão da autoridade, quanto no caso do dever de desobedecer à ordem de uma autoridade inferior para obedecer à autoridade superior. E isso permanece até a atualidade, onde a Constituição portuguesa prevê que o direito de resistir surge apenas “quando não seja possível recorrer à autoridade pública”. Assim que o direito de resistência, por se tratar de medida mais extrema, apenas surge quando não há mais como recorrer a uma autoridade pública para repelir o ato anticonstitucional. Também pode surgir quando a urgência da situação implicar em perda irreversível da ordem constitucional (ou do direito fundamental), caso não se apresente resistência enquanto espera-se pela resposta do recurso à autoridade superior. Temos assim um primeiro critério para o surgimento do direito de resistência no caso concreto, que é a irrecorribilidade contra o ato violatório (ainda que por motivos de urgência).

Essa irrecorribilidade é que enseja o direito de resistência em regimes em que ocorre “alienação legal”. O conceito de “alienação legal”, conforme estabelecido por Gargarella, é de uma situação em que os governados não tem possibilidade real de influenciar nas decisões que lhes afetam, pela estrutura de governo dada, “situações em que o Direito aparentava ser removido completamente do controle daqueles que resistiam assim como contrária aos seus interesses mais básicos” (GARGARELLA,

2003, p. 5).¹⁵⁵ Nesses casos, o direito de resistência emerge na medida em que é o “último recurso” desses governados para influenciarem nas decisões sobre o Direito que lhes dizem respeito, pois são situações em que não existem possibilidades razoáveis de influenciar no processo de criação do direito. Assim, o critério de irrecorribilidade conduz, nesse caso, ao problema seguinte. Qual seja, quando um ordenamento constitucional está suficientemente afetado para que estejamos diante de uma situação de “alienação legal”.

A outra questão, de definição um tanto mais complexa, diz respeito à ordem constitucional. Na posituação portuguesa, por exemplo, esse problema não se encontra, pois basta a violação do direito fundamental para, uma vez presente a irrecorribilidade, emergir o direito de resistência. Nas posituações argentina e alemã, porém, não há tal simplicidade, uma vez que vislumbram o direito de resistência de uma perspectiva menos individualizante do que a norma lusitana. Nessas posituações, é necessário que haja uma certa “ruptura” da ordem constitucional. O problema, nesse caso, é situar a partir de que ponto a ordem constitucional pode ser considerada suficientemente abalada para dar espaço ao direito de resistência. A Constituição argentina fala em “atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático”. Por sua vez, a norma alemã se limita a referência à “ordem” da Lei Fundamental, entendida em sua essência nos princípios do Estado Federal, democrático e social, da separação dos poderes e do princípio da legalidade (vinculação dos poderes públicos à lei).

Por certo, existem ocasiões em que a ordem constitucional é violada de maneira tão flagrante que não haverá dúvida quanto a isso. No caso do regime *de facto* na Argentina entre 1976-1983, por exemplo, não resta dúvida sobre o caráter anticonstitucional, uma vez que criou órgãos e deu a eles poderes que não eram previstos na Constituição, como a Junta Militar e o Comitê de Assessoramento Legislativo, entre outros. Em casos como o argentino, em que o governo *de facto* criou toda uma nova estrutura de Estado totalmente à revelia da Constituição, sem sequer

¹⁵⁵ “Strictly speaking, such resistance tended to occur during moments that we here label “legal alienation;” for example, situations where the law seemed to be completely removed from the control of those who resisted as well as against their most basic interests”. Trad. livre.

colocar em seu lugar uma nova constituição ou mesmo suspender formalmente a Constituição de 1853, não restam muitas dúvidas razoáveis quanto ao rompimento da ordem constitucional. No entanto, nem todos os casos são tão claros. Para colocar um exemplo similar, a evolução que conduziu à ditadura militar no Uruguai não apresentou uma ruptura tão brusca e evidente, criando uma zona cinzenta onde é difícil estabelecer a partir de que momento estava-se dentro da ordem constitucional, quando esta estava alargada legalmente pelo estado de exceção e a partir de onde o estado de exceção havia se tornado de tal maneira abusado que a Constituição se via violada. Tanto que alguns autores denominam o período entre março de 1972 e junho de 1973 como “golpe em câmara lenta” (PADRÓS, 2005, p. 336, 362), no qual ocorre a dinâmica que precede a dissolução do parlamento uruguaio em 27 de junho de 1973. Nesse período, é mais difícil estabelecer as fronteiras entre os poderes de emergência constitucionais e a concessão de poderes repressivos para além da ordem institucional, entre os dispositivos das “*medidas prontas de seguridad*” e o mais extremo do “*estado de guerra interno*”. Assim, pode-se ver que a aplicação do critério de ruptura da ordem institucional nem sempre se dá de modo tão simples e direto quanto no exemplo argentino.

Transferir a pergunta da ruptura da ordem constitucional para a ruptura da democracia é uma abordagem ainda insuficiente. O preenchimento do conceito de democracia apresenta problemática própria, mas contém uma tal amplitude de significados possíveis que o limiar do direito de resistência não fica de modo algum definido. Assim, há que se precisar um sentido mínimo do princípio democrático para que este possa ser considerado como atingido significativamente a ponto de dar lugar ao direito de resistência.

No entanto, o princípio da legalidade, trazido na positivação alemã, pode dar uma concreção maior ao direito de resistência. É razoavelmente mais simples de definir, uma vez que, no mínimo, enseja que a emanação de ordens sem fundamento na lei ou na Constituição será suficiente para dar origem ao direito de resistência. Ainda que nem sempre seja simples definir se um comando está de acordo ou não com as leis ou com a Constituição, certamente qualquer ordenação que não se fundamente sob estas representará uma violação do princípio da legalidade. Tal situação poderia parecer improvável em teoria, porém, tem-se um exemplo prático de uma tal violação da legalidade no Brasil durante o autoritarismo militar, onde os

comandos das forças armadas em conjunto editavam “Atos Institucionais”, os quais pretendiam que valessem como superiores à própria Constituição.¹⁵⁶ A partir daí, vemos que a colocação do princípio da legalidade já se apresenta como um possível critério para identificar o rompimento da ordem institucional e o surgimento do direito de resistência, em alguns casos. Assim, pode-se apontar que o rompimento do princípio da legalidade pode, no mínimo, servir de base para o direito de resistência constitucionalmente positivado.

Quanto às categorias mais amplas, de rompimento da “ordem institucional”, do “sistema democrático”, ou outras categorias de difícil preenchimento político, podem haver também situações em que estas condições se vejam realizadas de maneira tão flagrante que se possa sustentar o direito de resistência a um nível que deixe poucas dúvidas razoáveis sobre sua pertinência. De qualquer modo, o dificultoso ônus de demonstrar que um ato (ou ordem) de um agente público implica em tal rompimento caberá sempre ao cidadão que acredite necessário exercer o direito de resistência. Um exercício de direito de resistência só poderia ser bem-sucedido, claro, se outros cidadãos aderirem à resistência, para o que haverão de, discursivamente, convencerem seus concidadãos (ou serem por eles convencidos) de que o critério constitucional do direito de resistência se vê preenchido no caso concreto em questão. Em essência, não é nisso diferente de qualquer outra decisão, em que possa haver mais de uma interpretação razoável dos fatos.

Por óbvio, o exercício de direito de resistência deve pautar-se por alguma proporcionalidade entre a resistência adotada e a gravidade dos atos contra os quais se resiste. “Um meio extremo de reparação requer também uma violação extrema da ordem jurídica” (PAUPÉRIO, 1978, p. 263). Nesse sentido, há que se demonstrar, além da irrecorribilidade, a gravidade da violação à “ordem institucional” ou ao “sistema democrático”, a ponto de que permita vislumbrar que o ato resistido implica no rompimento destes.

¹⁵⁶ Foram emanados, no total, 17 Atos Institucionais. Desses, os de nº 1 a 4 foram editados antes de 1967, ou seja, ainda durante a vigência formal da Constituição de 1946. O próprio AI-4 era o que determinava a deliberação sobre o Projeto de Constituição, oferecido pelo governo Castello Branco, que viria a se tornar a Constituição de 1967. A própria Constituição de 1967 não previa a espécie normativa “Ato Institucional”, o que não impediu o governo militar *de facto* de emanar mais dez atos institucionais durante a vigência da Constituição de 1967, nove dos quais no ano de 1969.

Temos nisso apenas alguns apontamentos iniciais, que indicam possíveis direções em que se pode dar concreção ao conteúdo de um direito de resistência constitucionalmente positivado. Por se tratar de um tema ainda bastante controverso, não há ainda respostas firmemente assentadas sobre ele. Porém, aqui foram indicados alguns caminhos pelos quais se pode seguir buscando soluções nesse desenvolvimento.¹⁵⁷ Porém, para compreender de maneira mais aprofundada o problema de como se articula a resistência na prática, há que se observar como as práticas de resistência ocorrem na vida social concreta. Para tanto, o capítulo que se segue poderá trazer certos elementos importantes, ao analisar as práticas de resistência na história brasileira. A abordagem das práticas de resistência ocorridas de fato poderá ser de grande valia, certamente, para a compreensão das questões que cercam o direito de resistência e sua relação com a ordem constitucional.

3.2 PRÁTICAS DE RESISTÊNCIA

3.2.1 Definindo e Identificando Práticas de Resistência

Neste capítulo, o objetivo é apresentar uma análise de práticas de resistência no Brasil, verificando como elas se relacionam com a ideia de defesa de determinadas ordens jurídico-constitucionais, para observar a real potencialidade do reconhecimento jurídico do direito de resistência como controle que evite a ruptura do quadro constitucional, dentro da tradição histórica brasileira.

Cabe apontar por que observar as práticas a seguir analisadas, e não outras. Assim, procura-se definir um contexto em que os momentos históricos possam ser analisados lado a lado.

¹⁵⁷ Por ora, uma delimitação mais precisa dos limiares onde o direito de resistência pode emergir terá de ficar em aberto. Um aprofundamento maior dessa questão específica demandaria certos desenvolvimentos, sobre o conteúdo do princípio democrático e sobre a essência da ordem constitucional, que seriam dignos de uma pesquisa a parte, para abranger o problema em seus nuances. Portanto, o presente trabalho não procederá a tal aprofundamento, mantendo-se dentro da estrutura colocada pela pergunta do controle do estado de exceção.

Em primeiro lugar, não cabe analisar o período colonial, vez que neste a ideia de Constituição escrita não estava ainda assentada. Em segundo lugar, para tornar a análise factível, há que se buscar episódios que tenham ocorrido em contextos semelhantes. Por essa razão, dada a grande ruptura que há entre o contexto da Monarquia e da República, opta-se por não abordar a era monárquica. Ainda que este período de nossa história constitucional seja particularmente fértil em conflitos jurídico-constitucionais e em revoltas de toda espécie, a dinâmica institucional de uma Monarquia é evidentemente muito distinta daquela de uma República. Especialmente quando temos diante de nós uma Monarquia que concedia poderes pessoais significativamente amplos ao Imperador.

Por fim, entende-se que não seria particularmente produtivo analisar quaisquer ocorrências demasiadamente atuais. Uma vez que ainda não se tem como conhecer por completo os futuros desdobramentos de práticas atuais, seria temerário proceder qualquer análise com base nelas. Por isso, coloca-se como data limite o dia 15 de março de 1990, eis que nesse dia tomou posse o primeiro presidente eleito de acordo com as regras da Constituição de 1988. A data é escolhida discricionariamente, por representar de um modo conveniente a eficácia da Constituição de 1988 em reger a vida política nacional, na medida em que regula a ocupação do posto do chefe do executivo.

Com isso, o contexto temporal restaria limitado entre 15 de novembro de 1891 (proclamação da República) e 15 de março de 1990. Tal contexto abrange quase cem anos. Dentro desse quadro temporal, passa-se a definir limites mais específicos, quanto ao caráter político-jurídico das práticas de resistência analisadas e quanto ao contexto e abrangência espacial dessas práticas.

No que diz respeito à contextualização espacial, o trabalho volta-se, claro, ao espaço territorial abrangido pelo Estado brasileiro. Mais além, toma-se em vista apenas práticas de resistência que sejam ou de amplitude nacional ou que, ocorrendo a nível regional, tenham significativos impactos político-jurídicos a nível nacional. Assim, por uma questão de delimitação do trabalho, não serão abordadas práticas de resistência regionais ou locais que tenham tido impacto apenas regional. Assim, por exemplo, um movimento estadual para depor um governador que praticou atos violatórios só se tornaria foco em nosso trabalho se causasse efeitos mais amplos, para além da esfera do estado ou da região em que ocorre. Tem-se consciência de

que os conflitos intraestaduais, que foram caracteristicamente comuns durante a República Oligárquica, seriam deixados de lado na análise por este critério. Porém, por outro lado, a não imposição deste critério nos colocaria um universo demasiado amplo de casos, considerando a grande diversidade de contextos locais em um país tão amplo como o Brasil, ainda mais quando o período abordado atinge quase um século.

Para estabelecer tais escolhas, metodologicamente, há ainda que se aclarar o que está sendo entendido enquanto “práticas de resistência”. Para os fins desse capítulo, enquadra-se dentro da ideia de “práticas” quaisquer práticas sociais, independente do reconhecimento da licitude ou ilicitude destas pelos atores do Estado contemporâneos a ela. Isso por dois motivos.

Primeiro, pela própria natureza do direito de resistência, que apresenta dificuldades topológicas já aqui abordadas, uma definição menos apegada à interpretação normativa estatal será mais útil para a compreensão do contexto social empírico (a definição do próprio direito de resistência como estando dentro ou fora do ordenamento jurídico é bastante complexa, salvo nos casos de sua expressa positivação constitucional, como já visto). Em segundo lugar, porque a proposta metodológica deste capítulo não é comprovar que as práticas de resistência foram historicamente reconhecidas normativamente, mas sim que existiram, em alguns momentos de nossa história, práticas de resistência (reconhecidas ou não) que poderiam dar concretude e preencher um eventual reconhecimento pelo suporte normativo de um direito de resistência constitucionalmente positivado.

Surge então a questão de como definir determinada prática como sendo representativa de uma “resistência”. Para tais efeitos, o critério adotado nesse capítulo se dá com base na compreensão do direito de resistência desenvolvida anteriormente no presente trabalho.

Em primeiro lugar, cabe distinguir a prática de resistência do exercício usual, com sentido político, de direitos ou de competências juridicamente estabelecidas. Para fins dessa distinção, podemos definir que a prática é de resistência quando descumpre uma ordem ou proibição de uma autoridade estabelecida. Dessa forma, está aqui presente o sentido mais originário do termo “resistência”, qual seja, o de resistir ao cumprimento de uma determinação. É necessário que haja uma desobediência para que se possa distinguir uma resistência constitucional em sentido

próprio. Gargarella, por exemplo, define o que chama de “resistência constitucional” a partir da existência uma “violação de direito positivo”, que tenha por fim impedir a concretização de determinados atos estatais:

Aqui, estou interessado em refletir sobre episódios de protesto que, de acordo com meus pressupostos, são indicativos dessas situações de alienação legal e que eu chamarei de episódios de *resistência constitucional*. Estes episódios, em minha opinião, se distinguem pela presença de violações do direito positivo, frequentemente tomando um caráter violento, que são destinadas a frustrar leis, políticas ou decisões tomadas pelo governo do momento (GARGARELLA, 2003, p. 3).¹⁵⁸

Não há porque restringir-se aos atos de governo, claro, na medida em que os demais poderes do Estado também podem por vezes serem abusados e exercidos fora do quadro normativo. De qualquer modo, vislumbra-se o caráter desobediente da resistência constitucional, que se distingue de outras formas menos extremas de atuação pela violação de uma norma que tenha forma jurídica (ainda que a norma possa ser inconstitucional ou ilegal, por qualquer motivo). O exercício de direitos sem romper nenhuma norma ou comando não será considerada uma prática de resistência. Exemplificando, grandes ondas de protestos massivos, envolvendo questões constitucionais, não podem ser enquadrados como direito de resistência, por mais que contrariem o poder estabelecido, se o direito de livre manifestação permanecer vigente constitucionalmente. O movimento das “Diretas Já!”, por exemplo, não se enquadra de maneira própria em direito de resistência. Ao contrário, era o direito de manifestação, garantido constitucionalmente. Ainda que, graças à sua submissão aos Atos Institucionais emitidos arbitrariamente, a Constituição de 1967 fosse mais uma “fachada” de constitucionalidade do que um verdadeiro ordenamento constitucional, ela previa o direito de manifestação (art.150, §8º). A partir de 1968, este direito foi suspenso pelo AI-5, porém, voltou a valer com a revogação dos atos institucionais em 1979, pelo art. 3º da Emenda Constitucional 11 de 1979. Assim, quando das grandes manifestações pelas eleições diretas, a partir de 1983, o direito

¹⁵⁸ “Here, I am interested in reflecting upon episodes of protest that, according to my assumptions, are indicative of these situations of legal alienation and which I will call episodes of constitutional resistance. These episodes, in my opinion, are distinguished by the presence of violations of positive law, often taking a violent character, which are destined to frustrate laws, policies, or decisions taken by the government of the moment”. Trad. livre, itálico no original.

de manifestação era formalmente vigente no país. Assim, eram o exercício de um direito fundamental previsto no ordenamento. Não havia, por isso, o caráter desobediente necessário a uma prática de resistência no sentido aqui proposto. Apesar de terem sido essenciais para o rompimento do autoritarismo militar brasileiro e para o retorno do Estado de Direito democrático, as manifestações das “Diretas Já” não são, por isso, práticas de resistência no sentido que se busca aqui. De tal modo que o conceito de prática de resistência exige que esta tenha um caráter de desobedecer a uma regra, norma ou ordem estabelecida. Ainda que tal ato normativo possa ser inválido, por inconstitucional ou por outro motivo, é preciso que ele exista e que a prática o desobedeça. Do contrário, a prática de resistência, medida mais extremada para situações mais extremadas, se confundiria com o exercício de uma série de direitos e garantias previstos e que correspondem a seus próprios conceitos, não ao conceito de resistência.

Em segundo lugar, para que a prática possa ser enquadrada na lógica de controle vertical no direito de resistência, é preciso que ela parta de sujeitos agindo como cidadãos, e não como detentores de um poder estatal (ainda que agentes detentores desses poderes possam vir a prestar algum apoio, devem ser secundários). Nesse sentido, o exercício, por parte de um agente estatal, de competências que lhe são juridicamente atribuídas, não pode ser enquadrado como resistência. Então, por exemplo, quando uma determinada ação é realizada exclusivamente por oficiais militares agindo no comando de tropas subordinadas a eles, não se configura um exercício de direito de resistência.

Também, aponta-se que a ideia do direito de resistência não é alterar profundamente a ordem jurídica colocada, mas sim preservar a ordem jurídica contra iniciativas das próprias autoridades estatais que violam ou ameaçam esta ordem. Nesse aspecto, a ideia de resistência denota uma “atitude conservadora” em relação ao ordenamento, buscando preservá-lo, nas suas normas mais fundamentais (VITALE, 2012, p. 19-20), contra atitudes que ameaçam alterar ou violar esse

ordenamento.¹⁵⁹ Esse caráter “conservador” do direito de resistência, que inclusive o diferencia da revolução, pode ser formulado da seguinte maneira:

A resistência à opressão consiste, sob seu mais esquemático aspecto, em uma revolta contra a violação, pelos governantes, da idéia de direito de que procede o Poder cujas prerrogativas eles exercem. Esta resistência é o tipo mais perfeito de sanção inorganizada do estatuto do Poder no Estado. Em si mesma, ela não é construtiva: não se apoia sobre o desejo de uma nova ordem social. Tende somente a fazer respeitar, pelas autoridades estatais, os dados da ordem social correspondentes à idéia de direito acolhido ao tempo da institucionalização do Poder. Em tal sentido e por mais paradoxal que pareça, a resistência à opressão é essencialmente conservadora (PACHECO, 1958, p. 115).

Por óbvio, não faria sentido analisar a prática de resistência determinando-a por seus resultados, que podem variar entre a realização do objetivo de reverter a situação contra a qual se resiste, a derrota do movimento, ou a sua transformação posterior em um movimento mais revolucionário. O que se busca aqui é o objetivo que os movimentos colocam para si mesmos, por meio dos discursos ao redor dos quais eles se articulam em seu surgimento. Assim, busca-se a presença de determinados elementos que organizem o discurso político de determinada movimentação social, ao redor de aspectos mais ou menos específicos, para configurá-lo como prática de resistência.

Esses elementos, que formam parte do discurso do que pode ser entendido como prática de resistência, são o que nesse trabalho denomina-se de “gramática de resistência”, porquanto ordenam o discurso em uma dada estrutura (como ocorre com uma gramática), a qual é própria dos discursos de resistência. Nessa “gramática de resistência” podemos destacar alguns elementos: a presença de um apelo à manutenção ou restauração de situações jurídicas prévias ou da ordem constitucional presente, uma argumentação que busca possivelmente inserir-se dentro do quadro

¹⁵⁹ Justamente aí que reside a diferença fundamental entre resistência e revolução (VITALE, 2012, p. 21-30). Ao passo que a resistência busca preservar o ordenamento tal como ele é (ou restaurá-lo após uma modificação do estado de coisas que se entende que violou pressupostos fundamentais desse ordenamento), a revolução pretende transformar profundamente o ordenamento. O levante comunista de 1935 contra o Estado varguista é um exemplo de revolução, portanto, na medida em que buscava criar um novo ordenamento (socialista) e não restaurar o ordenamento ao que este era antes ou simplesmente preservá-lo contra alterações. Assim, não pode se encaixar no conceito de resistência. Porém, há que se observar que determinadas revoluções surgem como consequência do aprofundamento de movimentos que visavam, inicialmente, o exercício de direito de resistência.

de uma ordem jurídico-constitucional vigente e a presença de questões constitucionais como elemento de aglutinação do movimento em questão.

Assim, mesmo movimentos que, a uma primeira vista, poderiam se assemelhar a uma prática de resistência não serão vistos como tal, quando colocam suas demandas em termos outros que o de uma “gramática de resistência”. É o caso, por exemplo, da Coluna Prestes. Em 1924, eclodiu em São Paulo uma revolta de tenentes, insatisfeitos com as práticas da República Oligárquica e em especial com a recente eleição de Arthur Bernardes à Presidência. Após manterem o controle da cidade de São Paulo por algum tempo, foram forçados a se retirar diante do bombardeio aéreo continuado da capital paulista, por meio do qual o governo federal buscava reprimi-los. Os revoltados paulistas se retiraram para o Paraná. Entrementes, um levante armado de tenentes ocorreu no noroeste do Rio Grande do Sul, com os mesmos interesses políticos. Unificados os movimentos, os revoltosos gaúchos, já sob o comando de Luís Carlos Prestes, se reuniram com os paulistas sitiados no Paraná, e deram início à uma “guerra de movimento”, confrontando as tropas do governo federal em uma longa marcha pelo interior do Brasil. O final da Coluna Prestes se deu na fronteira com a Bolívia, onde já desgastados pela imensa campanha militar que empreenderam, os revoltosos emigraram para o país andino. Tal episódio poderia parecer uma prática de resistência, se observássemos apenas o seu caráter rebelde e desobediente. Porém, a motivação que os impelia, ainda que tratasse de questão constitucional, não tinha sentido de resistência. Ao contrário, as demandas estáveis do movimento e suas razões essenciais para a rebeldia, eram por duas grandes mudanças: a deposição de Arthur Bernardes e o voto secreto.¹⁶⁰ O pedido de deposição de Bernardes não se baseava em atos deste que violassem a Constituição. O voto secreto, por mais que fosse importante para uma democracia real que superasse os problemas do voto a cabresto, não era uma demanda resistente, mas sim revolucionária, pois a Constituição de 1891 previa o voto a descoberto, que já era

¹⁶⁰ Essas duas demandas são consistentemente apresentadas por grande parte dos principais intérpretes do movimento, com base nos manifestos lançados pelos próprios rebeldes (PRESTES, 1995, p. 26; MACAULAY, 1977; FORJAZ, 1977, p. 60-70). Além, uma das demandas divulgado como “condições dos rebeldes”, em 17 de julho de 1924, na eclosão do movimento em São Paulo, é a redação de nova Constituição (MACAULAY, 1977, p. 16). No entanto, essa demanda por nova Constituição é motivação principalmente para os rebeldes de São Paulo, os rebelados gaúchos e demais aderentes à Coluna pareciam mais focados na queda de Bernardes.

praxe desde os tempos da monarquia. Assim, as demandas da Coluna Prestes revelam um movimento revolucionário, pois demandam uma mudança inovadora na Constituição (o voto secreto). Além disso, a demanda de deposição presidencial não se baseia em confrontar atos do Presidente contrários a Constituição, nem tampouco na ilegitimidade da eleição deste perante esta Constituição. Os atores da Coluna Prestes não reconhecem politicamente o sistema eleitoral da Constituição de 1891 como legítimo e é por isso que se insurgem: não porque o sistema eleitoral tenha sido violado, mas justamente porque questionavam o próprio sistema. Assim, vemos aqui um exemplo que não é de uma prática de resistência, mas sim de uma prática revolucionária. Certamente, também é o último recurso de um grupo desesperado, frente a uma Constituição que impunha bloqueios políticos à realização da democracia¹⁶¹ e que era demasiado rígida para ser alterada por suas próprias instituições. Porém, o caráter de último recurso não é suficiente para configurar a prática de resistência, quando não há a “gramática de resistência”, isto é, a atitude de preservar ou restaurar a ordem constitucional.

Uma vez explicitados esses critérios, pode-se passar à investigação que é objeto do presente capítulo. Portanto, busca-se apresentar algumas práticas de resistência na história brasileira, dentro do contexto colocado, cujo conteúdo pode demonstrar ocasiões de preenchimento social da ideia normativa do direito de resistência.

3.2.2 A Revolução Constitucionalista de 1932 como Demanda de Retorno à Constitucionalidade

Dentro do contexto abordado, poucos movimentos podem ser encontrados que se adequem tão perfeitamente enquanto prática de resistência quanto a chamada Revolução Constitucionalista. Ocorrida em São Paulo, no ano de 1932, era um

¹⁶¹ O sistema eleitoral de escolha dos representantes e governantes durante esse período é notoriamente conhecido pela presença de fraudes eleitorais, voto à cabresto e predomínio das oligarquias locais através do controle sobre um eleitorado altamente dependente dos oligarcas rurais. Para uma explicação detalhada desta estrutura social, veja-se o livro “Coronelismo, Enxada e Voto”, de autoria de Victor Nunes Leal, onde ele analisa a relação política, econômica e social que emerge do fenômeno do “coronelismo”, concebido enquanto “resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada” (LEAL, 2012, p. 43).

movimento que se insurgia contra o Governo Provisório de Getúlio Vargas, o qual havia sido instalado no país após a Revolução de 1930. Cabe narrar em geral as práticas deste movimento e observar como estas buscavam ativamente se enquadrar na ideia de uma resistência constitucional.

O antecedente imediato da Constitucionalista é, por óbvio, a chamada Revolução de 30. Deflagrada diante das insatisfações com a política oligárquica da República Velha, representa o ápice da crise daquela estrutura de Estado. A Aliança Liberal, que congregava os insatisfeitos ao redor da candidatura de Getúlio Vargas, chegou ao poder após o conflito da Revolução de 30. Uma vez vitoriosa, investiu Vargas como Presidente de um Governo Provisório. Porém, o que era provisório foi se prolongando no tempo, de tal modo que não se vivia nem sob a institucionalidade da Constituição de 1891, cuja observância havia sido interrompida desde a Revolução de 30, nem tampouco se vislumbrava no Governo Provisório a disposição de colocar-se sob uma nova Constituição, qualquer que fosse. Tanto que, de fato, o país só retornou ao governo constitucional com a Constituição de 1934, e sendo que esta teve, por sua vez, uma duração curtíssima.

Com isso, os grupos muito heterogêneos que formaram a aliança revolucionária de 1930 voltaram a se dividir, passado o momento de união da Revolução. Surgiram basicamente dois campos, os “constitucionalistas” e os “reformadores autoritários”, posteriormente chamados de “outubristas” (CORTÉS, 2007, p. 59).

A posição dos constitucionalistas era focada no fim do Governo Provisório, sendo defensores da reconstitucionalização:

(...) viam a ditadura de Vargas como uma fase desagradável, que deveria ser concluída o mais rápido possível no caminho para a acelerada transformação política do Brasil através de uma nova lei eleitoral e de uma constituição liberal clássica (CORTÉS, 2007, p. 59).

Aí havia espaço tanto para aqueles que desejavam uma nova constituição quanto os que pretendiam uma retomada da Constituição de 1891, com as reformas de 1926 ou eventuais novas reformas. Assim, o que reunia os constitucionalistas era a vontade para uma ordem constitucional, diante da ausência de qualquer forma de governo constitucionalmente ordenado que vinha se prolongando desde a vitória da Revolução de 1930. Como vai se notar, não é um desejo por alterar a Constituição anterior, mas tampouco por mantê-la integralmente como era. O processo revolucionário pelo qual o país passara era demasiado profundo para isso. Assim, a

demanda passará a ser por uma ordem constitucional, qualquer que seja, contra o arbítrio do simples governo *de facto*.

Opostos aos constitucionalistas, a quem consideravam como “elitistas”, estavam aqueles que são chamados por Cortés de “reformadores autoritários”, em geral tenentes oriundos da classe média e seus “aliados civis” (CORTÉS, 2007, p. 60). Se identificavam, em geral, com os movimentos tenentistas que precederam a Revolução de 1930, sendo em parte os mesmos oficiais que participaram desses movimentos. Se opunham à “reconstitucionalização rápida” dos constitucionalistas pois entendiam que isso significaria um retorno à situação anterior do país, sendo que esse grupo identificado com os “tenentes” queria realizar grandes reformas aproveitando dos poderes revolucionários da “ditadura” do Governo Provisório, a qual acreditavam que poderia centralizar e modernizar o país, proporcionando uma transformação supostamente benéfica (CORTÉS, 2007, p. 60). Por se reunirem ao redor de uma associação política chamada Clube 3 de Outubro, passaram a ser chamados também de “outubristas”. O nome da associação já indicava o caráter revolucionário desse campo político: 3 de outubro era a data inicial da Revolução de 1930, em que ocorreu o primeiro levantamento, em Porto Alegre. Em essência, defendiam uma continuação mais longa do processo revolucionário, em que o governo *de facto* continuasse por mais tempo, realizando reformas radicais, as quais poderiam ser impedidas pela limitação que uma Constituição representaria.

O próprio Getúlio Vargas, enquanto líder do Governo Provisório, não aderiu a nenhum dos lados. Habilmente, aplicou uma “política de equilíbrio e compromisso” para manter-se no poder, impedindo que qualquer dos campos adquirisse poder suficiente para ameaçá-lo (CORTÉS, 2007, p. 61). Aproveitava a campanha dos outubristas contra a reconstitucionalização, porém sem se comprometer ou endossá-los explicitamente, ao passo que deixava os constitucionalistas conterem a força dos outubristas, pois temia que estes o derrubassem do governo caso se fortalecessem demais.

Enquanto isso, no plano da política local do estado de São Paulo, a disputa política estava colocada entre o hegemônico Partido Republicano Paulista (PRP) e o Partido Democrático (PD), que lhe fazia oposição. O PD apoiou, ainda que sem participar diretamente, a Revolução de 1930, na esperança de tomar o poder do PRP. Quando o Governo Provisório não nomeou um membro do PD como Interventor do

estado de São Paulo, esse partido se sentiu traído pelo novo governo (CAPELATO, 1981, p. 14). Daí em diante, a relação entre o PD e o Governo Provisório foi se desgastando cada vez mais. Em novembro de 1931, insatisfeito com todas as sucessivas nomeações de interventores, o PD rompe publicamente com o governo Vargas, e entra em acordo com o PRP, para formar a Frente Única Paulista (CAPELATO, 1981, p. 16). Em 15 de janeiro de 1932, a ruptura do PD com o governo Vargas e a união com o PRP para a formação da Frente Única Paulista (FUP)¹⁶² era tornada oficial: “Juntos, exigiram uma rápida reconstitucionalização e a restauração da autonomia estadual” (CORTÉS, 2007, p. 66).

Assim, se construiu na política paulista uma união ao redor da rejeição ao Governo Provisório, impulsionada pela rejeição à política de nomeação de Interventores. A nomeação de Interventores, especialmente de militares de fora de São Paulo, era percebida como uma “ocupação militar” do estado, que contribui para essa unidade contra o Governo Provisório (DEL PICCHIA, 1932, p. 15). O conflito continua com a nomeação de Pedro de Toledo como Interventor. Apesar de ser um civil e paulista, Toledo era embaixador antes de sua nomeação, sendo alheia à política dos partidos paulistas (BEZERRA, 1988, p. 15). Todas as nomeações de secretariado são seguidas de tensões que levam à derrubada dos secretários. Até que em 23 de maio, Toledo transige e nomeia um gabinete com membros dos dois partidos da FUP (FIGUEIREDO, 1981, p. 40-47; CAPELATO, 1981, p. 17-18). Porém, a esse ponto, vários setores sociais da política paulistana já estão mobilizados e decididos a confrontar o Governo Provisório, visto como o governo de um ditador, ao arrepio da legalidade.

Assim, em 9 de julho de 1932, eclodiu em São Paulo um movimento organizado e consideravelmente unificado, que conseguiu controlar rapidamente a capital paulista sem maiores oposições. Em 10 de julho, o jornal “A Manhã” publica o primeiro manifesto dos revolucionários, assinado pelo General Isidoro Dias Lopes e pelo Coronel Euclides de Figueiredo, onde ambos dizem que o levante segue ordens do

¹⁶² Adota-se aqui a sigla FUP para diferenciar mais facilmente esta Frente Única, daquela formada entre os partidos do Rio Grande do Sul, para a qual se utilizará a sigla FUG (Frente Única Gaúcha). Ambos os grupos, porém, utilizam apenas a sigla FU para se identificarem, o que poderia resultar em confusões ao leitor do presente trabalho.

próprio Interventor, que rompia com o governo provisório, convocam os paulistanos a formarem parte do movimento e apelam que a população mantenha a “ordem e a disciplina”, e que garantam os “direitos do cidadãos”, “seja qual for o seu credo político” (DEL PICCHIA, 1932). Na tarde do mesmo dia 10 de julho de 1932, Pedro de Toledo comunicou publicamente que havia renunciado ao cargo de Interventor e realizou um grande ato público chamando o povo a aclamá-lo diretamente como Governador, enquanto representante do povo, e apoiado pelas lideranças do movimento que se deflagrava naquele dia (DEL PICCHIA, 1932, p. 31-33; FIGUEIREDO, 1981, p. 138-139).

Durante a fase de articulação, os líderes do movimento acreditavam que, uma vez que a revolta eclodisse em São Paulo, seriam apoiados pelas lideranças de outros estados. Principalmente, acreditavam na adesão do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, com cujas lideranças locais articulavam. Porém, os Intervenores de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul permaneceram leais ao governo provisório, e não emergiu nesses estados a revolta da forma que era esperada pelos Constitucionalistas em São Paulo. Inclusive, na leitura de Euclides Figueiredo, um dos líderes estratégicos da força armada da Constitucionalista, foi a não-adesão nos demais estados da federação (e especialmente, o recuo de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Mato Grosso) que causou a derrota do movimento, mais do que os problemas de abastecimento de munições ou a inferioridade de armamentos dos revoltosos (FIGUEIREDO, 1981, p. 299-302).

Compreender porque a expectativa de adesão dos constitucionalistas gaúchos foi frustrada não é tarefa simples. Ao passo em que há uma ampla bibliografia escrita sobre a Revolução de 1932 em São Paulo, onde o episódio é marcante para a identidade do estado, o volume de estudos sobre os desdobramentos daquele mesmo ano no Rio Grande do Sul é consideravelmente mais escasso. O cenário político do Rio Grande do Sul após a Revolução de 1930 e até 1932 é complexo. Desde a Revolução Federalista, em 1894, haviam dois campos políticos relevantes na política gaúcha. De um lado, o hegemônico Partido Republicano Rio-Grandense (PRR), que se encontrava no governo ininterruptamente entre o fim da Federalista e a Revolução de 1930, sendo liderado por Júlio de Castilhos e, após a morte deste, por seu discípulo Borges de Medeiros. Aglutinando a oposição contrária ao PRR, fundado pelos membros do antecedente Partido Federalista, estava o Partido Libertador (PL),

liderado por Joaquim Francisco de Assis Brasil à época da Revolução de 1930. Com o triunfo dessa Revolução, Assis Brasil passou a viver no Rio de Janeiro para integrar o Governo Provisório, deixando Raul Pilla como líder de fato do PL no Rio Grande do Sul. Pilla havia se posicionado, desde a vitória da Revolução de 1930, contrariamente à colocação de Vargas na condição de Presidente de um Governo Provisório, preferindo que fosse apenas formada uma junta para convocar uma constituinte e novas eleições (CORTÉS, 2007, p. 61). Por esse lado, a atitude de Pilla era originariamente revolucionária, queria substituir a constituição por uma nova. Porém, não tão revolucionária quanto os outubristas, que queriam a continuidade da revolução às custas da inexistência de Constituição, e aos quais acusava por compartilharem com Vargas uma “atitude recalcitrante quanto à reconstitucionalização” (CORTÉS, 2007, p. 61-2). Pilla era até mesmo menos revolucionário que outros dentre os constitucionalistas, que aceitavam um breve governo de interregno, exercido por Vargas, antes do advento ou restauração de uma Constituição. Por isso, Pilla se encontrava inicialmente em uma situação de marcada oposição ao governo provisório e aos outubristas, desde os primeiros momentos pós-Revolução de 1930. E encontrava-se também na liderança do PL, tradicional partido de oposição.

Nessa condição, Pilla acompanhava atentamente o desenrolar dos acontecimentos em São Paulo, onde a questão da reconstitucionalização se exacerbava com a rejeição aos interventores nomeados para aquele estado. Quando finalmente o PD paulista rompeu oficialmente com o Governo Provisório, Pilla convocou um congresso do PL de todo o Rio Grande do Sul, obtendo neste a aprovação de um conjunto de propostas apoiando o PD e defendendo a rápida reconstitucionalização (CORTÉS, 2007, p. 62).

Em outro ponto do espectro político gaúcho de então, estava Flores da Cunha, o interventor nomeado por Vargas para o Rio Grande do Sul. O interventor tinha uma postura menos firme quanto a reconstitucionalização, entendendo que a “ditadura” do Governo Provisório “não poderia prolongar-se por mais de um ano e meio” (CORTÉS, 2007, p. 63). Estava entre aqueles que admitiam uma breve presidência de interregno, mas queria que esta se encerrassem em breve, com o retorno à Constituição ou a promulgação de um novo texto constitucional. Porém, as relações de Flores da Cunha com Vargas, que era seu amigo pessoal, estavam se deteriorando porque Vargas,

como presidente, não prestava auxílio à então decadente economia gaúcha, desapontado os que esperavam que Getúlio favoreceria seu estado natal uma vez no poder federal (CORTÉS, 2007, p. 63-64).

Se tanto o PL quanto o interventor gaúcho estavam insatisfeitos com o Governo Provisório de Vargas, não era muito menor a insatisfação dentro do próprio Partido Republicano Rio-Grandense (PRR), partido de origem de Getúlio. Era o partido hegemônico do estado desde a vitória na Revolução Federalista, em parte por conta de práticas fraudulentas e violentas comuns às oligarquias regionais durante a República Velha, mas que também se acentuavam pela política particularmente autocrática consagrada na constituição estadual gaúcha de 1891, concebida por Júlio de Castilhos, líder do PRR, que havia falecido em 1903. A constituição era reconhecidamente autoritária, mesmo para os parâmetros das oligarquias estaduais de então.¹⁶³ Após o falecimento de Castilhos, o aparato partidário-estatal dominado pelo PRR passou à liderança de Borges de Medeiros. Dado o histórico autoritário do domínio do PRR, era de se esperar que sua principal liderança não se perturbasse com os poderes ilimitados deixados na mão de um correligionário na esfera federal. Porém, Borges se inclinou desde cedo ao processo de reconstitucionalização, e declarou abertamente seu apoio à “rápida volta a um governo democrático” (CORTÉS, 2007, p. 64-5).

Tal postura poderia causar estranheza em um primeiro momento, porém pode ser explicada por dois lados. De uma parte, pelo interesse imediato enquanto líder de uma oligarquia regional, a qual estava habituada à independência com relação ao governo central. De outra, mais complexa, pelo singular caráter do autoritarismo castilhista, continuado por Borges. Tratava-se de um regime que, apesar de centralizar imensos poderes no presidente da província e de facilitar a prática de fraudes eleitorais, era firmemente estribado na Constituição estadual de 1891.

¹⁶³ Sobre isso, basta ver-se a forte crítica de Ruy Barbosa, em artigo dedicado exclusivamente a constituição adotada pelo Rio Grande do Sul em 1891 (BARBOSA, 1951). Os traços positivistas daquela Constituição traziam uma predominância do executivo sobre os demais poderes, além de um claro caráter autoritário. Destacam-se dois aspectos: tal Constituição não previa direitos fundamentais como tais aos cidadãos (substituindo-os por “garantias de ordem e progresso no Estado”) e colocava praticamente todo o processo legislativo nas mãos do chefe do executivo estadual, reduzindo o poder legislativo estadual à legislação orçamentária e tributária. Segundo Décio Freitas, “o regime castilhista formava uma estrutura completamente calafetada, sem uma fresta para respirar” (FREITAS, 1998, p. 193).

Na aparência, o Presidente do Estado não governava arbitrariamente, mas segundo regras constitucionalmente estabelecidas. Na verdade, a própria Constituição autorizava a autocracia (FREITAS, 1998, p. 198).

Assim, mesmo que a ideologia positivista do PRR não colocasse empecilhos quanto a poderes ilimitados do governo, o fazia com a necessidade de afirmação constitucional expressa dessa estrutura. Portanto, Borges de Medeiros tinha fundamento para se sentir desconfortável com a imprevisibilidade que representava um governo provisório, não estabelecido constitucionalmente. O retorno à “democracia” apoiado por Borges é, essencialmente, um retorno às estruturas constitucionais (por mais que estas não fossem de fato democráticas). Assim, não há qualquer contradição real entre a trajetória do PRR e a postura constitucionalista adotada pelo partido, sob a liderança de Borges.

De tal modo que a histórica rivalidade entre PRR e PL, posta de lado pelo objetivo comum da Revolução de 1930, continuou sendo deixada de lado, agora pela postura comum em torno da reconstitucionalização do país. Assim, ainda antes do final de 1931, os partidos rivais PRR e PL estavam ainda mais unidos, em defesa da posição constitucionalista, formando agora uma Frente Única, em processo similar ao ocorrido em São Paulo entre PD e PRP. Essa Frente Única Gaúcha (FUG) logo começaria a se aproximar dos paulistas, unidos pela posição constitucionalista em comum. Tanto que quando setores ligados aos “outubristas” lograram expulsar, em novembro de 1931, o interventor de São Paulo, Laudo Camargo, por causa da abertura deste interventor à FUP, os gaúchos reagiram e a FUG demandou a Getúlio Vargas que fosse feito logo o “alistamento eleitoral” e a nomeação de um novo interventor para o estado de São Paulo e que fosse um civil (CORTÉS, 2007, p. 66).¹⁶⁴

A articulação entre as Frentes Únicas dos dois estados alcançou uma primeira vitória: pressionado pelo PL gaúcho, que ameaçava romper com o Governo Provisório, e temeroso de que com isso o Rio Grande do Sul seguisse no mesmo caminho de São Paulo, Getúlio Vargas promulgou uma lei eleitoral, em 24 de fevereiro de 1932 (CORTÉS, 2007, p. 67). Porém, apesar desses avanços dos constitucionalistas, as relações entre estes e Vargas voltariam a se deteriorar

¹⁶⁴ Interventores militares eram malvistas pelos constitucionalistas, pois os militares eram em sua maioria outubristas. O adjetivo “tenentes” era então um sinônimo de outubrista.

rapidamente. Quando a sede do *Diário Carioca*, jornal abertamente pró-constitucionalista, foi atacada por “tenentes” descontentes com a nova lei eleitoral, os constitucionalistas demandaram de Vargas a investigação e a punição dos envolvidos. Como Vargas “parecesse relutar em castigar os agressores”, vários constitucionalistas gaúchos que estavam no Governo Provisório “entregaram seus cargos e voltaram ao Rio Grande do Sul”, em protesto contra a postura dúbia de Vargas (CORTÉS, 2007, p. 67).

Na sequência desses acontecimentos, as lideranças da FUG realizaram uma reunião de cúpula, onde estavam presentes também dois representantes dos paulistas, que já planejavam o levante armado. O resultado dessa reunião foi o lançamento de um ultimato a Vargas pela FUG. O ultimato, que ficou conhecido como “metralha”, continha as seguintes exigências: assunção da dívida externa dos estados pela União, investigação do Supremo Tribunal no caso *Diário Carioca*, a imediata restauração dos direitos constitucionais da Constituição de 1891 (que estavam até então suspensos), a formação de uma comissão para elaborar um projeto de Constituição, liberdade de imprensa, alistamento eleitoral e eleições até o final do ano de 1932 (CORTÉS, 2007, p. 68). Aqui é possível ver que a FUG misturava propostas “conservadoras”, como a retomada dos direitos da carta de 1891, com propostas revolucionárias explícitas, como a demanda por um projeto de Constituição. Nisso, atuava de maneira diferente da FUP, a qual optava por demandas mais genéricas, de retorno ao governo sob uma Constituição, fosse qual fosse.

Quando Vargas recusou o ultimato da FUG, a parte dessa Frente que era liderada por Pilla garantiu então apoio aos paulistas no caso de uma “ação militar revolucionária” (CORTÉS, 2007, p. 68-69). Aos poucos, o restante da FUG também se radicalizaria no sentido de tal apoio, apesar de que algumas alas minoritárias da Frente seguiram se opondo a uma ação de confronto armado. De qualquer modo, a postura dominante era pelo confronto aberto, e no início de julho de 1932, as lideranças gaúchas garantiram “apoio rio-grandense à revolução” que vinha sendo gestada pela FUP (CORTÉS, 2007, p. 72).

Porém, o interventor gaúcho, Flores da Cunha, não foi avisado desse apoio. Flores da Cunha se encontrava dividido. Por um lado, tinha grande lealdade pelo seu partido de origem, o PRR, e pelo líder Borges de Medeiros, de quem era amigo pessoal. De outro, tinha consciência de seus deveres, enquanto interventor nomeado,

para com o Governo Provisório de Vargas, além de ser também amigo pessoal deste. Dividido entre a lealdade ao seu partido ou ao governo que o nomeara, e entre seus dois amigos, Flores da Cunha titubeava em assumir qualquer um dos lados. Por um lado, Flores da Cunha insistia em tentativas de reconciliar a FUG com o governo Vargas. Por outro lado, Flores havia sido escolhido para ser o eventual líder militar nos primeiros planos da FUG, para aproveitar estrategicamente a posição de interventor. No entanto, Flores da Cunha havia imposto às lideranças da FUG algumas condições para atuar em favor de um levante armado. Exigia que fosse avisado previamente pelos paulistas do início do levante deles, para que pudesse renunciar ao cargo de interventor a tempo, de maneira planejada. Subsidiariamente, Flores da Cunha entraria na ação mesmo sem aviso anterior caso ocorressem determinados cenários que ele considerava como *casi bellii* para levar o Rio Grande do Sul a entrar em confronto com o governo central: a demissão do próprio Flores da Cunha pelo Governo Provisório, uma modificação do secretariado do estado de São Paulo diretamente pelo governo Vargas (passando por cima do interventor paulista), ou a demissão de generais nos estados do Rio Grande do Sul ou Mato Grosso (CORTÉS, 2007, p. 72-3).

Porém, os fatos não correram como planejado pela FUG ou por Flores da Cunha. No início do mês de julho de 1932, o general Klinger, no comando do exército no Mato Grosso, enviou uma carta ao ministro da Guerra do Governo Provisório, dizendo que não obedecia às ordens deste. Em consequência, o general foi demitido. Tal episódio forçou os paulistas a anteciparem a eclosão do seu levante, pois Klinger era uma figura chave no plano, uma vez que, estando coordenado com os conspiradores, garantiria que o estado de São Paulo não seria ameaçado pelo flanco oeste, pela fronteira com o Mato Grosso. Assim, os paulistas adiantaram os planos, para antecipar-se à nomeação do substituto de Klinger, e a Revolução Constitucionalista iniciou-se em 9 de julho de 1932, em São Paulo.

No Rio Grande do Sul, a antecipação do levante paulista levou à confusão nos planos dos revolucionários gaúchos. Flores da Cunha se recusara a reconhecer a demissão do general Klinger como *casus belli*, apesar do que havia sido anteriormente combinado com a FUG, uma vez que Klinger causara propositalmente a própria demissão por meio da carta declarando-se desobediente (CORTÉS, 2007, p. 75). Para piorar a situação dos revolucionários, Borges de Medeiros, a quem a FUG havia

confiado desde o início a tarefa de convencer o interventor a aderir à revolução, pela influência que tinha sobre este enquanto amigo e chefe de partido, foi pego de surpresa com a antecipação dos paulistas e não se encontrava em Porto Alegre para conversar com Flores.

Flores da Cunha, dividido e surpreso, tentou evitar maiores problemas, e enviou telegramas a Borges de Medeiros e a Vargas, informando ambos que tinha a intenção de renunciar ao cargo de interventor (CORTÉS, 2007, p. 75). Vargas conseguiu telegrafar de volta, apelando a lealdade de Flores da Cunha “como amigo”, para que este continuasse no cargo de interventor e reprimisse o movimento que surgia. Por fim, Flores da Cunha se decidiu, resolvendo manter-se ao lado do governo de Getúlio Vargas, lhe respondendo com a seguinte frase, por telegrama: “manterei a ordem ou morreréi” (CORTÉS, 2007, p. 76).

Daí em diante, Flores passou a atuar energeticamente no sentido de frustrar qualquer possibilidade de levante no Rio Grande do Sul. Organizou tropas no Estado e enviou um contingente de tropas da Brigada Militar estadual em direção a São Paulo, sem informar a ninguém além dos próprios brigadianos que estes iam com a missão de combater a Constitucionalista. Este último ato tinha por objetivo confundir a FUG, apostando na incapacidade desta de se informar e atuar de imediato.

A FUG, por sua vez, estava em situação delicada. Havia perdido o apoio do interventor, que era peça chave no plano. Porém, ainda assim surgiram tentativas de organizar o levante, agora a partir do interior do estado, para derrubar Flores e prestar o apoio prometido a FUP. No entanto, o primeiro levante foi mal organizado e foi derrotado em 5 dias pelas tropas do interventor, encerrando com um acordo de paz em que era concedida a anistia aos rebeldes. Porém, os constitucionalistas liderados por Borges seguiram com novos planos de insurreições no interior do estado. Fizeram novo levante armado, dessa vez tendo por foco a captura da cidade de Santa Maria, onde pretendiam montar um governo revolucionário e avançar a partir de lá para tomar o resto do estado. Também esse levante ficou aquém do planejado, por conflitos quanto as datas, que deram a Flores da Cunha tempo para descobrir a trama, a qual foi respondida pelo interventor com a detenção de alguns dos envolvidos e com o reforço de Santa Maria. Mesmo assim, algumas cidades ao redor de Santa Maria se rebelaram, mas com adesão muito menor do que a esperada pela FUG (CORTÉS, 2007, p. 81). Flores da Cunha havia organizado uma estratégia repressiva contra os

constitucionalistas, e estava sendo eficiente no seu objetivo de combater as movimentações da FUG: “Flores havia transformado o Rio Grande do Sul em um estado sitiado, com prisões, rígida censura da imprensa, do rádio, do correio e do telégrafo e, além disso, mantinha uma rigorosa vigilância nas estradas e ferrovias” (CORTÉS, 2007, p. 81). Ainda assim, apesar de adotar essas medidas excepcionais de repressão, o interventor buscava o fim do conflito e o retorno à normalidade, mantendo condições favoráveis de rendição aos rebeldes, inclusive com a garantia de anistia.

Contudo, os rebeldes não aceitavam se render. Pequenos levantamentos surgiram, na região noroeste do estado, mas foram rapidamente debelados, em grande parte graças à desorganização dos constitucionalistas. Em 6 de setembro, um dos principais destacamentos militares das tropas rebeldes, a chamada “Coluna Marcial Terra”, rendeu-se. No dia 20 de setembro de 1932 o conflito no Rio Grande do Sul chegou ao seu fim, na Batalha de Estância de Cerro Alegre, onde as últimas tropas constitucionalistas foram derrotadas, resultando na rendição definitiva de Borges de Medeiros (CORTÉS, 2007, p. 85).

Com a derrota definitiva dos gaúchos, ficou evidente para os constitucionalistas paulistas que eles não conseguiriam alcançar a vitória. O outro apoio esperado, vindo do estado de Minas Gerais, também não veio, sendo que a insurreição que surgiu naquele estado, liderada pelo ex-presidente Arthur Bernardes, foi rapidamente esmagada pelo Governo Provisório (CORTÉS, 2007, p. 79). Porém, foi a derrota gaúcha que sepultou em definitivo a possibilidade de uma vitória nacional do movimento constitucionalista. “O colapso da revolução gaúcha colocou fim à última esperança paulista de uma vitória. No dia 2 de outubro, os paulistas capitularam, terminando a luta desequilibrada” (CORTÉS, 2007, p. 86).

Assim, a Revolução Constitucionalista teve seu fim foi com a derrota do movimento de 1932, concluída com o armistício de 2 de outubro. A pressão criada graças aos eventos de 1932 é em parte responsável pela promulgação da Constituição de 1934, dando finalmente forma constitucional ao até então Governo Provisório. Nesse entremeio, a questão que interessa ao trabalho é a seguinte: o que queria o movimento Constitucionalista? Em que se baseava a justificção dessa prática?

A resposta parece conter dois elementos. O “ideário da revolução”, isto é, as ideias que serviam de suporte aos discursos dos revolucionários podem ser classificadas na medida em que se arranjavam ao redor de dois temas básicos: a “Luta por São Paulo” e a “Luta pela Ordem” (CAPELATO, 1981, p. 9). A “Luta por São Paulo” é a disputa pela autonomia dos Estados, contra as tendências centralizadoras do Governo Provisório nacional. Já a “Luta pela Ordem” é a defesa de uma ordem político-jurídica-social que esteja baseada no governo de acordo com as leis e submetida a uma Constituição que restrinja o arbítrio dos governantes. Ambos os discursos se entrelaçam na defesa de uma ordem que seja, a um tempo, constitucionalmente fundada e que consagre o princípio da autonomia estadual.

Esse tema da luta pela autonomia estadual é, tanto quanto o da questão da ordem, uma questão essencialmente constitucional. A prática centralizadora do Governo Provisório ia na contramão das amplíssimas garantias de autonomia federal da Constituição de 1891. É de se notar que ambos os partidos que compunham a Frente Única Paulista eram defensores da autonomia estadual, sendo que a antiga oposição do PD defendia uma autonomia ainda mais ampla do que a vigente antes de 1930 (CAPELATO, 1981, p. 12). Por um lado, a defesa da autonomia estadual se relacionava com a demanda por uma ordem constitucional na medida em que se via na Constituição uma garantia de uma ordem previsível também quanto às relações entre federação e estados. Por outro, também havia relações entre os temas que passavam por outras lógicas, como por exemplo a que revela Del Picchia, secretário voluntário do Governo revolucionário de 1932, que considerava que “A ditadura é, de facto, o melhor, talvez o unico regimen que convem ao resto do Brasil” (DEL PICCHIA, 1932, p. 18) e que tal fato decorria da estrutura econômica menos industrializada do restante do Brasil, de modo tal que apenas São Paulo tinha mais interesse em um “regimen legal” em que o governo se organizasse sob as leis e a Constituição (DEL PICCHIA, 1932, p. 14-15, 18-21). Nessa linha de raciocínio, a autonomia local surge como uma possibilidade de que os governos sejam organizados de acordo com as distintas realidades socio-econômicas regionais, de tal sorte que São Paulo poderia adotar uma forma mais constitucionalmente limitada do que a demandada em outros estados. Essa leitura tampouco é exclusividade de Del Picchia. Muitos outros discursos do ideário da Constitucionalista buscavam utilizar dessa lógica, a fim de estabelecer uma dicotomia entre São Paulo adiantado contra o resto do Brasil

atrasado (CAPELATO, 1981, p. 52-53). Esse raciocínio presente no ideário paulista de então, apesar de ter bases algo duvidosas, demonstra claramente que a demanda por autonomia estadual era, também, uma demanda pela autonomia em organizar um governo estritamente constitucionalizado.

Por outro lado, no tema da “Luta pela Ordem”, são abundantes as referências que demonstram que o ideário se articulava ao redor da demanda por uma organização constitucional do governo, pelo retorno à legalidade e pela substituição da institucionalidade provisória, lida como ditadura, por um regime de governo submetido às leis e às garantias e formas constitucionais. À pergunta “o que querem os paulistas?”, Del Picchia responde: “garantias especificadas numa lei básica” (DEL PICCHIA, 1932, p. 15). A defesa da ordem legal-constitucional também transparece nas memórias de Euclides Figueiredo, um dos principais militares envolvidos no movimento de 1932, sob a forma de bandeira unificadora do movimento, reunindo as diversas matizes políticas que nele se alinharam:

O sentimento de revolta tomava forma de uma esperança de legalidade. O problema já não era apenas o da autonomia de um Estado: era o da constitucionalização de todo o país, e envolvia todos os espíritos democratas, os que se opuseram a 1930 em defesa da ordem legal e os que marcharam em 1930 no firme propósito de ... restaurá-la (FIGUEIREDO, 1981, p. 25).

Em todo lugar, ocorre a identificação do Governo Provisório como uma “ditadura”. À essa altura, a expressão “ditadura” já não tem o sentido preciso que tinha em outros tempos, porém não é ainda tão atingida a ponto de significar apenas uma denominação genérica do autoritarismo. A concepção que está presente no ideário da Revolução de 32 contrapõe o conceito de “ditadura” com o conceito de “constituição” ou de “regime legal”, e não com o de “democracia”. Assim, quando se vê o discurso contra a “ditadura”, no contexto de 1932, há que se entender como sendo contra o Governo Provisório enquanto governo que não está baseado na Constituição ou limitado juridicamente, seja pelo quadro desta, seja pela legalidade. Faz sentido a analogia entre o Governo Provisório e uma Ditadura (enquanto estado de exceção), sobretudo se observamos a estrutura orgânica do Estado, que durante este período estava baseada em um Decreto, de nº 19.398, publicado em 11 de novembro de 1930 pelo próprio Governo Provisório. O Decreto 19.399/1930 previa a concentração dos Poderes Legislativos e Executivos no Governo Provisório, submetido ao Chefe do Governo Provisório (art.1º), dissolvia todos os órgãos legislativos nacionais (art.2º),

suspendia todas as garantias individuais e bloqueava o recurso ao Judiciário contra atos do Governo Provisório (art.5º). A concentração de poderes, a suspensão das garantias, em tudo assemelhava aquele Governo a um estado de exceção. Com o agravante, porém, de que não era um estado de exceção constitucional, pois não se baseava no quadro Constituição então vigente (a de 1891) e a contrariava diretamente, dando a si mesmo forma jurídica apenas através de um simples Decreto. Assim, é a esse estado de exceção inconstitucional, representado por um Governo Provisório que é governo *de facto*,¹⁶⁵ sem formar um Estado de Direito, que os revolucionários de 1932 chamam de “ditadura”. Identificam a “dictadura” com o “regimen de exceção” e contra isto demandam “a Lei”, a “Constituição” (DEL PICCHIA, 1932, p. 18-23).

Assim, no tema da Ordem, os revolucionários paulistas demandam uma ordem constitucional. A demanda é altamente formal, não há a busca por uma ordem constitucional específica e quase nenhuma exigência substancial ao conteúdo de uma eventual Constituição. Quer-se que o governo se adeque a uma ordem constitucional, seja qual for. Assim que o movimento de 32 não demanda especificamente por uma nova Constituição, ou pelo retorno à Constituição de 1891 (seja com ou sem a reforma de 1926). Se pede uma Constituição, qualquer que seja. O objetivo é que se organize de forma jurídica o governo do Estado brasileiro, tornando previsível o exercício do poder e estabelecendo quais são as garantias do cidadão e quais são as atribuições dos Poderes públicos. Nas palavras de Del Picchia, o que queriam era uma “carta constitucional estavel e intangivel”, para garantir que os cidadãos possam organizar seu “plano rectilíneo de trabalho” pessoal com base nela (DEL PICCHIA, 1932, p. 15). Essa variante específica do tema da Ordem Constitucional pressupõe um conflito de interesses entre “um povo industrial”, que se organiza dentro de valores previamente estabelecidos em lei, contra uma “dictadura, creando leis improvisadas” (DEL

¹⁶⁵ O conceito de um “governo de fato” pode ser definido da seguinte maneira, em oposição ao “governo de direito”: “governo criado ou estabelecido em contradição com a continuidade constitucional, ou quando não existe ordem estatal preestabelecida” (PACHECO, 1958, p. 123). Segundo o autor desta definição, o Governo Provisório de Getúlio Vargas era, realmente, um caso de governo de fato, ao menos até 1934 (PACHECO, 1958, p. 137-142).

PICCHIA, 1932, p. 27). O que está em jogo é a presença da forma constitucional como limitação do poder, na medida em que confere segurança jurídica à vida político social.

Que o discurso é de um retorno a um quadro constitucional, é quase evidente. A começar pelo nome com que o movimento denominou a si mesmo: Constitucionalista, porque o que se quer é a ordem constitucional. Sobre o movimento, teria dito Pedro de Toledo, no dia de sua aclamação como Governador: “É S. Paulo em peso e creio que a nação toda que exigem o prompto restabelecimento da lei” (DEL PICCHIA, 1932, p. 31). Note-se que Toledo fala em “restabelecimento”, e não em criar uma nova legalidade. Isso é importante, pois demonstra que uma nova Constituição, por mais que atendesse à demanda essencial que unificava a prática de resistência, não era em si o fim do movimento, mas um meio para a finalidade do “restabelecimento da lei”. Igualmente, o mesmo Pedro de Toledo escreve em um manifesto publicado em meio ao conflito deflagrado, já na condição de Governador:

Vamos prosseguir na luta para satisfazer a mais alta aspiração nacional, que é **restituir** ao povo brasileiro o direito de dispor de seus destinos e de organizar-se constitucionalmente, contando com o apoio dos Estados do Rio Grande, de Minas Gerais, e de outros. São Paulo não tem outra aspiração senão a ordem legal, a paz, o trabalho, dentro da grande pátria brasileira una e indivisível, governada pelo voto livre de todos os brasileiros (FIGUEIREDO, 1981, p. 139, grifei).

Outro manifesto, de “chefes civis e militares”, datado de julho de 1932, ainda que falasse em convocar, assim que possível, uma Assembleia Constituinte, demandava que de imediato retornasse a vigência da Constituição de 1891 (BEZERRA, 1988, p. 18). Em maio de 1932, em meio aos preparativos para a deflagração do movimento, disse Euclides Figueiredo: “A questão magna do retorno do país ao regime legal perdurava” (FIGUEIREDO, 1981, p. 55). A principal preocupação dos articuladores expressa claramente, querem o “retorno” ao regime legal, não a mudança para um novo regime. A eventual realização de uma Constituinte é secundária, apenas decorrendo do fato de que estava claro que era impossível retornar à Constituição anterior em definitivo sem reformas. Preferem uma nova Constituição, se for necessária, mas apenas porquanto é uma medida preferível a seguir sem Constituição nenhuma. Ou seja, o que se busca é o retorno ao quadro jurídico da legalidade, após o abuso da “ditadura” do Governo Provisório.

Na ala gaúcha da Revolução Constitucionalista, em que pese se notar que a demanda (mais revolucionária) de uma Constituição inteiramente nova tinha mais

força, o discurso presente também é, acima de tudo, o de ordem constitucional, contra a arbitrariedade do governo sem constituição. Outra questão ali era o retorno a uma ordem constitucional. Se era buscada uma nova Constituição, era porque os processos de transformação iniciados em 1930 haviam desgastado de tal forma a normatividade da Constituição anterior que não havia mais volta. Retornar à Constituição passada, nos moldes em que ela ficara após a reforma de 1926, era impossível. Assim, preferiam que viesse uma Constituição nova a viver indefinidamente sob a ordem excepcional representada pelo Governo Provisório, com seus poderes ilimitados e suspensão de direitos.

Por isso, a Revolução Constitucionalista de 1932 enquadra-se de maneira muito precisa no conceito de prática de resistência que levantamos anteriormente. Os discursos dos partidários dessa “Revolução” deixam muito claro o caráter preservador da ordem de suas pretensões. A atitude é de defesa do ordenamento constitucional, contra a sua eliminação pelo Governo Provisório. A Constitucionalista envolveu uma mobilização socialmente amplíssima, a ponto de gerar a impressão de que o movimento seria quase unanimidade no estado de São Paulo.¹⁶⁶ No estado do Rio Grande do Sul, mesmo sem alcançar a unanimidade, teve adesão das principais lideranças políticas do estado e apenas não logrou alcançar números maiores graças à força da política repressiva do interventor Flores da Cunha.

Assim, trata-se de um movimento que abrangeu amplamente a cidadania, sendo oriundo da sociedade civil em sua essência, o que se reflete particularmente no gesto simbólico de Pedro de Toledo ao renunciar ao seu cargo público oficial, como Interventor, preferindo uma suposta “aclamação” popular. Combinando-se a formação social do movimento, sua prática abertamente desafiadora à autoridade estatal, representada pelo Governo Provisório, e seu discurso preenchido pela ideia de defesa da legalidade e da ordem constitucional contra o arbítrio e a “ditadura” do regime

¹⁶⁶ Ainda que ausentes do discurso algumas classes sociais, em especial o operariado urbano (CAPELATO, 1981). Há que se notar também que, no ano de 1932, ainda antes da eclosão da Constitucionalista, houve uma repressão violenta e um grande encarceramento de lideranças operárias (BEZERRA, 1988, p. 16), fato alinhado com o anticomunismo e anti-anarquismo das elites políticas de ambos os lados do conflito (CAPELATO, 1981, p. 65-73). Ou seja, essas vozes operárias, ausentes do discurso do conflito de 1932, estavam na verdade silenciadas, uma vez que estavam fora dessa ordem de discurso que, se bem opunha os partidários do Governo Provisório aos defensores do retorno à constitucionalidade, ainda exigia a concordância básica com a ordem estatal e capitalista, excluindo os discursos mais disruptivos, como o comunismo e o anarquismo.

excepcional, tem-se na Revolução Constitucionalista um bom exemplo de prática de resistência. Ainda mais que ela se dá num contexto de suspensão de garantias e concentração de poderes. Por isso, a Revolução Constitucionalista tem muito mais o caráter de uma prática de resistência, perante os critérios aqui estabelecidos, do que de um movimento propriamente revolucionário, em que pese o nome que o movimento adotou.

O que a história da Revolução Constitucionalista de 1932 pode significar para uma melhor compreensão das práticas de resistência? É preciso analisar esse episódio com base nos critérios e conceitos anteriormente estabelecidos. Em primeiro lugar, nota-se de maneira particularmente clara a presença da “gramática de resistência” nesse movimento. Porém, com a observação de que a Constitucionalista defendia a existência de ordem constitucional em abstrato e não de uma ordem específica em concreto. Mesmo havendo setores que pugnavam pela simples restauração da Constituição de 1891, havia dentro do movimento Constitucionalista os que aceitavam uma nova Constituição. Porém, defendiam essa opção como uma defesa da ordem constitucional, para que esta não fosse abandonada em favor do governo arbitrário e ilimitado. Aí reside um ponto importante, que a Constitucionalista coloca à teoria do direito de resistência: a atitude conservadora para com a ordem jurídica que caracteriza a gramática de resistência não apenas opõe uma Constituição existente a uma nova Constituição, mas também pode opor a defesa da existência de Constituição ao governo constitucionalmente ilimitado. Assim, a Constitucionalista apresenta uma situação inesperada, em que é possível a defesa da Constituição em abstrato, enquanto forma, independente dos conteúdos substanciais da Constituição, contra a ausência de Constituição e o governo arbitrário.

Além disso, cabe analisar como a prática de resistência surgiu na Constitucionalista, comparando com os delineamentos sobre limiares do direito de resistência anteriormente colocados. A questão da irrecorribilidade se apresenta de maneira acentuada no caso da Constitucionalista, eis que o governo inconstitucional se colocava acima de todas as autoridades (sendo que o Legislativo estava inclusive inoperante) e que não havia uma Constituição atribuindo competências a qualquer órgão de controle. Diante da negativa do Governo Provisório em constitucionalizar o país, se formava uma situação de verdadeira alienação legal, pois o chefe do Governo Provisório decidia tudo, sem intervenção de representantes eleitos, além de nomear

interventores no plano estadual que reproduziam essa mesma estrutura. A questão da violação da ordem é o que faz emergir o direito de resistência, mas de uma maneira particular ao caso. A ordem da Constituição de 1891 já havia sido violada com a Revolução de 1930, de modo que não havia ordem para ser violada pelo Governo Provisório em 1932. O que faz emergir a prática de resistência da Constitucionalista é justamente esse vazio de ordem juridicamente estabelecida. Não se insurgiram contra a violação da ordem constitucional, mas contra algo muito mais grave, que era a ausência de uma ordem constitucional. É diferente de uma situação em que há uma ordem constitucional e se tenta alterá-la. A questão da ruptura com o princípio da legalidade estava obviamente presente, portanto, na Constitucionalista. O Governo Provisório não estava submetido a qualquer legalidade, pela ausência de Constituição (ou qualquer norma hierarquicamente superior às determinações discricionárias do chefe do Governo Provisório).

Ou seja, a história da Revolução Constitucionalista nos traz um aprendizado sobre a resistência em situações de ausência de Constituição e de governo ilimitado. Assim, vemos uma prática de resistência que, diante do Estado sem os limites do Direito, acelerou um primeiro retorno ao Estado de Direito, ainda que apenas com a Constituição de 1934. Ainda que esse retorno tenha sido breve, em razão do autogolpe da Constituição de 1937, sem a prática de resistência na Constitucionalista o Estado *de facto* poderia ter se mantido por muito mais tempo, com danos ainda mais profundos à ideia de Estado de Direito Democrático no Brasil.

3.2.3 Movimento da Legalidade

Outro exemplo de uma prática de resistência, que se enquadra nas categorias anteriormente definidas, é o Movimento da Legalidade. O episódio ocorreu notoriamente no Rio Grande do Sul, ao longo do ano de 1961, mas também atingiu outros estados da federação.

O contexto é a renúncia do presidente Jânio Quadros, ao mesmo tempo em que o vice-Presidente, João Goulart, estava em viagem diplomática à China.¹⁶⁷ A renúncia de Quadros aparece, ainda hoje, como um episódio particularmente confuso. As motivações para a renúncia nunca foram completamente esclarecidas. Em parte, o governo enfrentava uma crise política, causada pelas acusações do então governador do Rio de Janeiro, Carlos Lacerda. Este acusava Jânio Quadros de tê-lo convidado a participar de um “golpe”, visando obter poderes legislativos especiais para o cargo de Presidente (SILVA, 2011, p. 33). Os termos da renúncia de Jânio são vagos. Fala em sua carta de renúncia que foi “vencido pela reação”, que se sentia “esmagado” e também dizia: “Forças terríveis levantam-se contra mim e me intrigam ou infamam, até com a desculpa da colaboração” (CARONE, 1980, p. 181-182). Esta última frase parece ser direcionada à Lacerda e suas acusações, dado o contexto político. O tom da carta de renúncia de Jânio é o de um apelo a ordem, a manter a “paz pública”, mesmo com a perda da “confiança” e “tranquilidade” quanto ao cargo do Presidente renunciante.

Nisso, dado o fato da renúncia de Jânio Quadros, e o fato de que João Goulart encontrava-se fora do país, em missão diplomática, o Presidente da Câmara, Rainieri Mazzilli, assumiu temporariamente a presidência da nação. Nisso, ia se cumprindo a ordem de sucessão presidencial constitucionalmente prevista. Assim que retornasse, Jango tomaria posse como Presidente, seguindo as normas da Constituição em vigor.

Porém, um gravíssimo fato alterou esse cenário. Os ministros militares que haviam sido nomeados por Jânio para os três ministérios das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) se manifestaram abertamente contra a posse, constitucionalmente prevista, de João Goulart como Presidente da República. Diziam, em manifesto datado de 30 de agosto de 1961 e direcionado ao Presidente provisório Mazzilli:

¹⁶⁷ Talvez seja importante lembrar, aqui, algumas características do sistema constitucional de 1946, então vigente. Em primeiro lugar, o vice-presidente era eleito por voto direto, em uma eleição distinta da eleição presidencial principal. Em segundo lugar, o vice-presidente, por óbvio, assumia o cargo, se o Presidente renunciasse, morresse ou fosse retirado constitucionalmente do cargo. Em terceiro lugar, no impedimento do Presidente e do vice-presidente, quem assume é o presidente da Câmara. Caso tanto Presidente quanto vice estivessem impedidos, haveria nova eleição direta se os impedimentos surgirem até 2 anos após a posse, ou eleição indireta pelo Congresso se surgidos após esses dois anos. Além disso, o vice-presidente exercia, por disposição constitucional, o papel de Presidente do Senado.

No cumprimento de seu dever constitucional de responsáveis pela manutenção da ordem, da lei e das próprias instituições democráticas, as Forças Armadas do Brasil, através da palavra autorizada de seus ministros, manifestaram a s. exa., o sr. Presidente da República, como já foi amplamente divulgado, a absoluta inconveniência, na atual situação, do regresso ao País do vice-presidente, sr. João Goulart.

Numa inequívoca demonstração de pleno acatamento aos poderes constitucionais, aguardaram elas, ante toda uma trama de acusações falsas e distorções propositadas, sempre em silêncio, o pronunciamento do Congresso Nacional (CARONE, 1980, p. 183).

A seguir, o manifesto passa a colocar os motivos dos ministros para considerarem “inconveniente” o retorno de Goulart ao país. São essencialmente acusações contra João Goulart, acusando-o por suas “tendências ideológicas” e por sua proximidade com supostos “agentes do comunismo internacional, além de incontáveis elementos esquerdistas”. Em suma, acusam Jango de ser comunista. Encerram o manifesto afirmando que “As Forças Armadas (...) permanecem, serenas e decididas, na manutenção da ordem pública” (CARONE, 1980, p. 184). O manifesto é curioso, pois apesar de apelar retoricamente às ideias de “manutenção da ordem” e de “dever constitucional”, a demanda do manifesto, de que seja impedido o retorno de Goulart ao país, contradiz (tanto em meios quanto em objetivos) o texto explícito da Constituição então vigente, que determinava a posse do vice-presidente no impedimento do Presidente. Assim, motivados apenas por insatisfações quanto às atitudes ideológicas do vice-presidente, pretendiam impedir que a sucessão presidencial seguisse o caminho constitucionalmente previsto.

A situação, então, era de que os ministros militares impunham um impedimento fático ao cumprimento da disposição constitucional. Pretendiam impedir o retorno de João Goulart ao Brasil, para evitar que este tomasse posse. Porém, não tardou a que essa decisão (inconstitucional) dos ministros militares fosse confrontada politicamente.

O General Henrique Lott, militar politicamente influente, e que era conhecido, desde os episódios entre o suicídio de Getúlio Vargas e a posse de Juscelino Kubitschek, como um defensor da legalidade e do cumprimento da Constituição, redigiu um manifesto contra a atitude dos ministros militares, que foi lido em sessão da Câmara pelo deputado Eloy Dutra. Com a repercussão desta atitude, deputados e governadores passam a declarar apoio à posse de Jango, como solução

constitucional (CARONE, 1985, p. 164-166). O então Governador do estado de Goiás, Mauro Borges Teixeira, faz a seguinte proclamação:

Se a vontade do povo não for respeitada, se tentarem mistificá-la e em seu nome ousarem lançar o país na degradação de uma ditadura, sob a alegação, já desmoralizada e em que falta até o mérito da originalidade, de que era preciso salvá-lo da ameaça comunista, só nos resta um caminho: fazer o apelo dos grandes momentos e das crises – a resistência legalista, democrática e patriótica (TEIXEIRA, 1965, p. 179-182).¹⁶⁸

Podemos ver, nessa proclamação em específico, a estrutura da resistência como último mecanismo de defesa da preservação da ordem constitucional, explicitada de maneira inequívoca. Em conjunto com outras manifestações em defesa da legalidade e da posse constitucional de Jango, a movimentação política resulta em que uma Comissão Mista do Congresso, criada para avaliar o veto dos ministros militares à posse, decidiu por rejeitar o impedimento à posse de Goulart. Porém, na mesma manifestação dessa Comissão Mista, há uma proposta de “mudança do regime presidencial para parlamentar”, que pode ser vista como “medida de conciliação” (CARONE, 1985, p. 166-167). Contudo, a adição da proposta parlamentarista também pode ser vista, claro, como uma maneira de esquivar-se à questão da legalidade, e ao mesmo tempo reduzir os poderes presidenciais, em uma tentativa de impedir que Jango de fato governe.

De qualquer modo, pode-se notar a situação de crise constitucional presente. Os ministros militares ameaçavam, com a ordem de deter Jango caso este retornasse ao território nacional, violar o cumprimento das normas constitucionais de sucessão presidencial. A ideia de “resistência”, em defesa da ordem constitucional contra essa medida arbitrária dos ministros militares, já estava colocada. E essa resistência passa ao plano prático através da campanha da Legalidade, iniciada no estado do Rio Grande do Sul e que tomou proporções nacionais.

¹⁶⁸ Na autobiografia de Mauro Borges Teixeira, ele reproduz este mesmo manifesto, mas com uma única alteração insignificante, pois usa a expressão “grandes crises” onde o texto reproduzida em 1965 dizia apenas “crises”: “Se a vontade do povo não for respeitada, se tentarem mistificá-la e em seu nome ousarem lançar o país na degradação de uma ditadura, sob a alegação, já desmoralizada e em que falta até o mérito da originalidade, de que era preciso salvá-lo da ameaça comunista, só nos resta um caminho: fazer o apelo dos grandes momentos e das **grandes** crises – a resistência *legalista, democrática e patriótica*” (TEIXEIRA, 2002, p. 181).

A estruturação do Movimento da Legalidade no Rio Grande do Sul deve grande parte de sua capacidade de mobilização ao apoio recebido do então Governador do estado, Leonel Brizola. No primeiro momento da crise, o marechal Henrique Teixeira Lott havia publicado um manifesto, em que repudiava a atitude dos ministros militares. Sendo Lott militar, foi acusado de insubordinado, sendo detido na prisão da Fortaleza da Laje, no Rio de Janeiro. Na região sul do país, o III Exército adotou posição ambígua, nesse primeiro momento, impedindo as emissoras de rádio de comunicarem o teor do manifesto de Lott. Efetivamente, praticavam uma medida de censura, confiscando os cristais dos transmissores das emissoras que tivessem a ousadia de transmitir publicamente o manifesto de Lott, ao ponto que apenas restou no ar a Rádio Guaíba, que se recusara a transmiti-lo desde o princípio (SILVA, 2011, p. 48). Porém, logo após o conhecimento público do manifesto em questão, Brizola decidiu requisitar uma emissora (a Rádio Guaíba) para que, desde o palácio Piratini (sede do Governo gaúcho), se organizasse uma rede de emissoras de rádio, formando uma cadeia de informações, para dar conhecimento dos desenvolvimentos do grave momento da crise, em defesa da Legalidade (FELIZARDO, 1988, p. 30-32). A estruturação dessa rede de emissoras de rádio, para fazer circular informações e diálogo político acerca da crise então vivida acaba sendo um elemento de grande importância na estratégia da campanha da Legalidade. Com isso, driblou-se a censura e o apagão de comunicações imposto ao país pelos militares que seguiam a ordem dos ministérios das Forças Armadas.

Assim, o Governador do Rio Grande do Sul tomava uma posição, em apoio ao movimento da Legalidade. Os termos em que Brizola discursa, em 27 de agosto de 1961, deixam clara a motivação constitucional das atitudes do Governo, ainda que este atue para além de suas atividades usuais enquanto Executivo estadual:¹⁶⁹

O Governo do Estado do Rio Grande do Sul cumpre o dever de assumir o papel que lhe cabe nesta hora grave da vida do País. Cumpre-nos reafirmar nossa inalterável posição ao lado da legalidade constitucional. Não

¹⁶⁹ Sobre a atitude de Brizola, ele pode ter sido ainda mais consciente de seu papel enquanto prática de resistência, se for verídico o episódio, narrado por Juremir Machado da Silva de que, durante a crise e o estabelecimento da Rede da Legalidade, Brizola teria saído da cozinha do palácio Piratini armado, enquanto discursava aos presentes sobre a legitimidade dos atos de rebelião contra tiranos, citando expressamente as palavras de Locke (SILVA, 2011, p. 53).

pactuaremos com golpes ou violências contra a ordem constitucional e contra as liberdades públicas. Se o atual regime não satisfaz, em muitos de seus aspectos, desejamos é o seu aprimoramento e não sua supressão, o que representaria uma regressão e o obscurantismo (BRIZOLA, 1961).

Porém, o Movimento não é apenas do Governo estadual, mas sim um movimento de ampla abrangência oriundo da sociedade civil, ainda que se aglutine ao redor do Governo que o apoia. As forças públicas colocadas sob o comando do Governo estadual eram escassas, principalmente o efetivo da Brigada Militar. Havia também uma aderência ao movimento por parte do legislativo estadual, que além de se declarar em sessão permanente durante a crise, tomou uma das rádios requisitadas na Cadeia da Legalidade como se fosse seu próprio “órgão oficial” de comunicações e coordenou o movimento no que diz respeito a formação de “milícias populares” (SILVA, 2011, p. 79). Porém, como se vê, mesmo esses apoios de outros atores estatais dependiam, para se tornarem realmente efetivos, da existência de um voluntariado, de uma parcela considerável da sociedade civil disposta a dar corpo ao movimento que era apoiado. De tal modo que o movimento só poderia se tornar de fato relevante com a adesão em massa da população à Legalidade. Adesão esta que de fato veio. Brizola estimava que, em um momento crítico da Legalidade, era numerosa a quantia de apoiadores do movimento: “Em frente ao Palácio, era permanente uma multidão de dezenas de milhares de homens e mulheres de todas as idades e categorias sociais” (FELIZARDO, 1988, p. 48). No próprio dia da renúncia de Jânio, horas depois de se fazer pública a notícia, uma multidão já se formava na Praça da Matriz, defronte ao Palácio Piratini (sede do governo estadual gaúcho), manifestando-se pela posse do vice-presidente Goulart e demandando o apoio do governo do Estado a esse movimento, ao que Brizola supostamente respondeu dizendo que estava disposto a apoiar “resistência a qualquer custo” (SILVA, 2011, p. 35-36). A Legalidade ia muito além da rede radiofônica criada, abrangia também “Comitês de Resistência” (que chegavam a ser mais de quatrocentos, no estado do Rio Grande do Sul), formados por cidadãos voluntários (SILVA, 2011, p. 55).

Além da sociedade civil, destaca-se o apoio (ainda que não imediato) à Legalidade pelo comando do III Exército, na pessoa de seu comandante, o general Machado Lopes. Tratava-se de um militar politicamente conservador, que adquirira experiência em combate contra várias revoltas tenentistas, durante a República Oligárquica, contra o levante comunista de 1935, além de ter participado da Força Expedicionária Brasileira durante a Segunda Guerra Mundial (SILVA, 2011, p. 80).

Apesar de inicialmente seguir as instruções do ministério do Exército envolvido no “veto” a Jânio, o comando do III Exército mudou sua posição quando da ordem mais extremada, que previa o bombardeio contra o Palácio Piratini. Verificando que a maior parte da oficialidade se mantinha a favor da solução constitucional, o comandante praticou relevante ato de resistência ao desobedecer a ordem, emanada do Ministério da Guerra, de “bombardear Porto Alegre” e tomar medidas contra o governador Brizola (CARONE, 1985, p. 169). O próprio general sustenta que não acataria tal ordem “por considerá-la ilegal” e que “só cumpriria ordens legais, dentro da Constituição vigente”, sendo que a ordem de bombardeio “implicaria deflagrar guerra civil” (CARONE, 1985, p. 169). Assim, comunicou-se com Brizola, informando ao governador que o III Exército se colocava, a partir dali, a favor da Legalidade, tendo decidido, nas palavras de Lopes, “ficar com a Constituição e garantir a posse do presidente João Goulart” (SILVA, 2011, p. 90).

Também se observa algumas ações de desobediência mais individualizadas, ainda que no bojo da defesa da Legalidade e da ordem constitucional. Para citar apenas um exemplo, veja-se a conduta do operador de rádio João Carlos Guaragna, que teria recebido a transmissão com as ordens para que fosse executado o bombardeio do Piratini. O operador, após anotar a ordem que era comandado a repassar, recusou-se a encaminhá-la ao seu destinatário final, o major responsável pela Base Aérea de Canoas (SILVA, 2011, p. 80-82). Pelo contrário, Guaragna interceptou a mensagem, alertando o Governador no Palácio Piratini de seu conteúdo (SILVA, 2011, p. 55-57). Outros operadores transmitiram a mensagem, mas a atitude desobediente de Guaragna, tomada de maneira absolutamente individualizada, atrasou consideravelmente a marcha dos eventos, em favor do movimento da Legalidade.

Paralelamente aos eventos no Rio Grande do Sul, uma dinâmica similar ocorria em Goiás. O Governador de Goiás, Mauro Borges, após ter notícia da renúncia de Jânio e falar pessoalmente com o próprio, visualizava com preocupação que tudo indicava que “uma parte das Forças Armadas já manifestava incompatibilidade com a posse legítima do presidente João Goulart” (TEIXEIRA, 2002, p. 175). Desconfiado das articulações que podiam vir a surgir, já no dia 26 de agosto de 1961, um dia após a renúncia de Jânio, o Governador manifestou a seu secretariado:

Se a sucessão não ocorrer dentro do respeito à Constituição, Goiás estará pronto a lutar em defesa da ordem nacional. Qualquer atitude que não diz respeito à Constituição constituirá sérios riscos à Nação (TEIXEIRA, 1994, p. 35).

Quando o manifesto dos ministros militares confirmou suas suspeitas, e já ciente da movimentação que surgia no Rio Grande do Sul, Mauro Borges decidiu adotar a decisão de apoiar a resistência: “(...) não tinha a menor dúvida de que jamais poderia concordar com a tutela do Brasil por organizações militares e muito menos por ministros militares. Vi com clareza qual seria e foi minha decisão: enfrentar o golpe” (TEIXEIRA, 2002, p. 176). Em 28 de agosto, Mauro Borges lançou o seu manifesto e passou a organizar a resistência em seu estado, com o apoio de grande parcela da população goiana. O manifesto expressa uma atitude clara de resistência em todo o seu texto. Importa reproduzir algumas partes desse documento que evidenciam o caráter do movimento da Legalidade que ia se formando a partir daí:

Nesse momento histórico, em que se firmam as linhas mestras que determinarão o nosso futuro político, nos próximos anos, como representante do povo goiano, seria pusilanimidade furtar-me ao cumprimento do dever, deixando de fazer um pronunciamento claro, o que importaria cumplicidade com o que agora se trama contra o povo.

Informações repetidas e confirmadas dão conta de que os chefes das Forças Armadas não permitirão a posse do vice-presidente João Goulart, com a renúncia do senhor Jânio Quadros, legítimo presidente do Brasil.

Os ministros militares e alguns poucos generais estariam tentando degradar o Congresso, tornando-o um vil ajuntamento de hilotas, ao pretender impor-lhe uma mistificação, que, numa solução pseudolegal, consideraria impedido o senhor João Goulart, manteria o atual presidente da Câmara, Ranieri Mazzilli, ou qualquer outro civil, que se prestasse a esse papel, na Presidência da República.

(...)

Duas conclusões ressaltam esses fatos:

a) caso o Congresso se submeta à pressão dos ministros militares, manipulados, ao que parece, pelo general Cordeiro de Farias, teremos apenas um governo fantoche, desvinculado das origens que o legitimaram – o consentimento dos governadores [sic]

b) caso o Congresso não se submeta, será dissolvido e implantada uma ditadura militar, espúria como todas as ditaduras, contando ou não com a presença de um elemento civil, para melhor ilaquear a boa-fé popular

(...)

A verdade é que apenas Jânio Quadros e João Goulart foram eleitos pela vontade livre e soberana do povo brasileiro e somente eles poderão governar o Brasil até que se esgotem os seus mandatos e o poder seja entregue aos sucessores legitimamente escolhidos. Não há outra solução dentro do sistema jurídico brasileiro. Qualquer orientação em sentido diferente será pura mistificação.

(...)

Não sou nem jamais fui comunista. Coerentemente, em toda a minha vida, sempre defendi essas ideias (...).

(...)

Esse Exército, ao qual tivemos sempre um justificado orgulho em pertencer, não se porá contra os interesses do Brasil e não voltará suas armas contra o povo.

Se os ministros militares ultrapassarem as raias da legalidade em que legitimam suas determinações, estão os subordinados exonerados do dever de obediência, pois a ordem legal difere da inconsciência.

Se a vontade do povo não for respeitada, se tentarem mistificá-la e em seu nome ousarem lançar o país na degradação de uma ditadura, sob a alegação, já desmoralizada e em que falta até o mérito da originalidade, de que era preciso salvá-lo da ameaça comunista, só nos resta um caminho: fazer o apelo dos grandes momentos e das grandes crises – a resistência legalista, democrática e patriótica.

Lutemos, tão logo seja oportuno e enquanto for possível, pelas formas que se fizerem necessárias, porque, depois de implantado e consolidado o regime de opressão, será muito difícil, senão impossível, destruí-lo e restabelecer a legalidade democrática, devolvendo ao povo sua dignidade conspurcada.

Convocamos a resistência, a repulsa aos aventureiros, a todos os governadores, prefeitos e vereadores que hauriram, no consentimento popular, a legitimidade do seu mandato e cuja política passaria agora a depender, unicamente, do beneplácito de usurpadores.

O povo brasileiro, atingida a sua maioria política, consciente de seus destinos, repudia a tutela, tanto no plano interno como no externo.

Confiamos em que os representantes federais saibam cumprir o seu dever mantendo a pureza do regime, derrotando as pretensões inconfessáveis, que se quer arrancar sob coação.

Aos companheiros e ao povo de Goiás, peço para que se mantenham calmos, que aguardemos as decisões do Congresso e dos responsáveis pela manutenção da paz social, pois das atitudes deles dependerá a nossa palavra de ordem (TEIXEIRA, 2002, p. 178-181).

Assim, o manifesto de 28 de agosto é formado por um discurso baseado na gramática de resistência, e na recusa de reconhecer ordens ilegais e que ameaçam a ordem constitucional. Mauro Borges coloca-se, nesse manifesto, em uma inequívoca

postura de prática de resistência, exortando o restante dos seus concidadãos a adotarem esta mesma prática com os fundamentos da defesa da Constituição. O próprio Mauro Borges explica da seguinte maneira, em suas memórias autobiográficas, a sua decisão de apoiar a resistência:

Estava em curso, sem sangue e ordeiramente, a constituição de um triunvirato usurpador, tudo de acordo com o figurino sul-americano.

Diante da perplexidade geral, achei que devia dar minha contribuição para forçar um dos pratos da balança a pender para um lado: o lado da democracia e da lei.

Firmando logo posição em defesa da legalidade, lancei à Nação um manifesto (aqui transcrito na íntegra), que repercutiu por todo o Brasil (TEIXEIRA, 2002, p. 182-183).

Assim, a resistência em Goiás também se organizou ao redor do Governo estadual. Porém, era ainda uma movimentação essencialmente da sociedade civil, no mesmo nível que aquela no Rio Grande do Sul. No dia seguinte à renúncia, ocorreram em Goiás várias manifestações pela legalidade, promovidas por entidades de classe, estudantes e sindicatos (TEIXEIRA, 1994, p. 36). Essa organização inicial da sociedade civil com a legalidade era espontânea, mas uma vez que ia ficando claro que tinham o apoio do Governador, foram se organizando estrategicamente ao redor deste. Assim, observa-se uma movimentação muito similar à ocorrida no Rio Grande do Sul, com a mobilização popular pela Legalidade passando a tomar como referência o Executivo estadual, uma vez que este se manifesta pelo apoio a movimentação dos cidadãos.

Entidades sindicais e estudantis, tanto secundaristas quanto universitários, mantiveram-se em alerta geral durante a crise, mantendo-se também em “sessões permanentes” para coordenar as suas ações na resistência (TEIXEIRA, 1994, p. 39). “Por todo o Estado havia um sentimento de resguardar a Pátria. Em Goiânia, todos os segmentos da sociedade se integraram ao Movimento, numa demonstração cívica organizada, muitos enviaram cartas de apoio ao Governador” (TEIXEIRA, 1994, p. 62). A combinação das adesões da população com a coordenação dos órgãos estaduais resultou em uma grande e eficiente mobilização sob a bandeira da Legalidade.

Desde o início da crise, a Assembleia Legislativa de Goiás havia se colocado pela preservação da ordem constitucional. No dia da renúncia de Jânio, essa

assembleia decidira ficar em sessão permanente, comunicando publicamente que assim permaneceria “até que a situação desarme os espíritos e traga novamente a paz aos lares e às consciências, vigiando pela preservação do regime democrático e pelo integral respeito à Constituição Federal” (TEIXEIRA, 1994, p. 33). Quando veio a público o “veto” dos ministros militares à posse de João Goulart, a Assembleia goiana comunicou a todas as Assembleias Legislativas dos demais estados da federação e ao Congresso Nacional que sua decisão de permanecer aberta e em sessão permanente se mantinha, “em vigília pela preservação do regime democrático e pelo integral respeito à Constituição, em total consonância com o Governador do Estado” (TEIXEIRA, 1994, p. 36). Ao longo de toda crise, o Legislativo goiano se mostrou extraordinariamente ativo e engajado na condução da resistência pela Legalidade.

Após o lançamento do manifesto de 28 de agosto, os Governadores do Goiás e do Rio Grande do Sul começaram a agir coordenadamente, estabelecendo uma “estratégia de ação compartilhada” (TEIXEIRA, 2002, p. 183). Mauro Borges organizou a rede da legalidade em seu estado, mantendo a conexão de radiodifusão de informações com a rede no Rio Grande do Sul. Borges organizou a movimentação da campanha da Legalidade goiana de modo similar ao que ocorreu no Rio Grande do Sul: Transformou a sede do governo estadual (Palácio das Esmeraldas) em centro da resistência, apoiou a formação de comitês voluntários de cidadãos, e colocou a Rádio Brasil Central (de propriedade do estado de Goiás) na Rede da Legalidade, aumentando o alcance radiofônico daquela iniciativa de comunicação da resistência (SILVA, 2011, p. 101-102). A emissora da Rádio Brasil Central foi adaptada, por ordens de Mauro Borges, para transmissões de longo alcance. De outra parte, a rede englobava também outras emissoras goianas, que colaboravam espontaneamente, além de radioamadores e de linhas telefônicas adaptadas nessa rede de telecomunicações (TEIXEIRA, 1994, p. 39). A Rede da Legalidade tinha, portanto, alcance nacional, com mais de 100 emissoras no país todo, comunicando notícias, manifestos e discursos sobre a resistência ao “veto” inconstitucional dos ministros militares contra Jango.

Os ministros militares tentaram adotar medidas para reprimir a organização da resistência em Goiás, sendo a mais extrema o planejamento do lançamento de uma unidade de paraquedistas em Goiânia para ocupar militarmente o palácio de governo e depor Mauro Borges. Tal ataque falhou, no entanto, porque os paraquedas foram

sabotados às vésperas do ataque, impedindo que este viesse a ocorrer (TEIXEIRA, 2002, p. 177). Mauro Borges atribuiu tal acontecimento à ação de indivíduos, dentro das unidades militares envolvidas, que não queriam aderir ao plano da deposição.

A primeira escalada de tensões entre o movimento goiano da Legalidade e o Ministério do Exército já havia ocorrido. Após a transmissão, por meio da Rede da Legalidade, do manifesto de Mauro Borges em 28 de agosto, unidades do exército em Goiânia lacraram os transmissores, obedecendo ordens do Ministro do Exército em Brasília para censurar as emissoras que retransmitissem o manifesto. Em resposta, a Rádio Brasil Central foi reaberta e voltou a operar por determinação de Mauro Borges, que determinou que fosse desobedecida a ordem de censura do Ministro, e que a segurança da rádio fosse garantida pela Polícia Militar goiana (TEIXEIRA, 1994, p. 55).

Outro momento da tensão veio em 30 de agosto de 1961, quando Mauro Borges foi informado de que o comando militar em Brasília, nas suas articulações pelo golpe contra a posse de Jango, pretendia fazer passar por Goiânia, rumo à Brasília, uma unidade de canhões antiaéreos. O Governador de Goiás temia que isso pudesse ser uma concentração de forças para um eventual ataque a Goiânia. Mauro Borges tentou contatar o general Ernesto Geisel, que então estava na chefia do Comando Militar do Planalto, para verificar a procedência da informação. Geisel não lhe atendeu, deixando que o Governador goiano falasse com o general Reinaldo Almeida Melo, então chefe do Estado-Maior, o qual lhe confirmou a intenção firme de enviar a unidade de canhões por Goiás. Mauro Borges então adotou uma postura radical de desobediência: disse que se os militares de Brasília insistissem em fazer os canhões passarem por Goiás, iria ordenar que a unidade fosse atacada na estrada (TEIXEIRA, 2002, p. 177-178).

Nem todas as unidades do Exército sediadas em Goiânia deram apoio à resistência que se organizava em Goiás, diferente do que ocorreu com o III Exército no Rio Grande Sul. Muitas unidades militares acabaram apoiando a Legalidade, e foram aderindo aos poucos ao movimento, mas não houve adesão em bloco. Uma a uma, algumas unidades iam tomando posição na questão.

Porém, a tensão tampouco escalou para confronto aberto. A Legalidade contava, além da Polícia Militar goiana, com o apoio de corpos de voluntários civis que se organizaram rapidamente para a eventualidade de um conflito entre os legalistas e os

setores militares leais aos ministros golpistas. Foi organizado um alistamento voluntário e uma rápida instrução destes voluntários em defesa pessoal, primeiros socorros e manejo de armas de fogo, com a formação de campos de treinamento improvisados (TEIXEIRA, 1994, p. 63). Como o alistamento era intenso entre os estudantes universitários, muitos pátios de faculdades foram utilizados para esses treinamentos dos voluntários.

Em suma, a partir da resistência da campanha da Legalidade desde o Rio Grande do Sul e Goiás, o movimento pela posse de João Goulart se intensificou em todo o território nacional. Em 29 de agosto, estando Goulart em Paris, como parte da viagem de regresso ao Brasil, comunicou-se com lideranças político-partidárias brasileiras, de tal modo que ali acabou aceitando a proposta de um parlamentarismo como solução da crise, desde que essa fosse decidida pelo Congresso Nacional, e reforçou sua convicção de retornar para assumir a Presidência (CARONE, 1985, p. 171). Em 31 de agosto, chegou a Porto Alegre, regressando assim ao país pela cidade onde começara a campanha da Legalidade pela sua posse como Presidente.

A essa altura, já era evidente que a posse de Jango não poderia ser impedida facilmente. O Congresso Nacional buscava, portanto, uma solução para a crise, tentando achar uma alternativa de meio termo, que evitasse a escalada dos conflitos. O resultado disso foi a adoção de um regime parlamentarista, de maneira que o Congresso cedia aos militares golpistas com uma limitação dos poderes efetivos que Jango adquiriria na presidência, ao mesmo tempo em que cedia um pouco à Legalidade, ao dar o curso constitucional à sucessão da presidência da República com a posse de Goulart. No dia 2 de setembro de 1961 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 4, para instituir o sistema parlamentarista de governo. Em 7 de setembro, João Goulart é finalmente empossado como Presidente da República.

Observe-se alguns elementos desse sistema parlamentarista, então colocado como suposta solução da crise. O artigo 2º desta Emenda Constitucional nº4 previa que no parlamentarismo que ali se inaugurava os futuros Presidentes (isto é, de um eventual sucessor de Jango em diante) seriam eleitos pelo Congresso Nacional, e não por voto popular direto. O governo passaria a ser exercido por um Presidente do Conselho de Ministros, que seria nomeado pelo Presidente da República, mediante aprovação da Câmara. Os Ministros nomeados pelo Presidente do Conselho poderiam ser exonerados ao receber uma moção de desconfiança da Câmara de

Deputados, assim como poderiam ser impedidos de tomar posse por um veto de dois terços do Senado. No art. 14, a Emenda previa um mecanismo para evitar barragens, que facultava ao Presidente da República dissolver a Câmara, caso essa opusesse moção de desconfiança a três Conselhos de Ministros consecutivos. Também é importante observar que a declaração de estado de sítio era atribuída ao Presidente do Conselho de Ministros (art.18, IV). Além disso, extinguiu o cargo de vice-presidente da República (art.23). Por fim, previa, em seu último artigo, a possibilidade de um plebiscito sobre a manutenção do parlamentarismo ou retorno ao presidencialismo precedente (art.25). Tal era o sistema parlamentarista que vigeu, brevemente, durante os primeiros momentos da posse de Jango como presidente.

No entanto, posteriormente, em plebiscito de 6 de janeiro de 1963, foi vitoriosa a opção pelo retorno ao sistema presidencialista. A convocação do plebiscito ainda em janeiro de 1963 fora alcançada graças a uma mobilização ampla, que “atinge todas as camadas e classes sociais” (CARONE, 1985, p. 188-189). Com isso, em 1963, além de empossado presidente, João Goulart voltava a ter a plenitude das competências previstas para o cargo quando de sua eleição como vice-presidente.

Que o movimento da Legalidade representa uma prática de resistência é demonstrável. Em primeiro lugar, nota-se, até mesmo na denominação pelo qual o movimento se autointitulou, que estava aqui presente a atitude de preservação da ordem constitucional. Mais especificamente, a preservação da disposição constitucional sobre a sucessão presidencial. Toda a campanha gira ao redor da desobediência às ordens arbitrárias dos ministros militares que ameaçavam impedir o cumprimento da disposição constitucional. A gramática de resistência é marcadamente presente; a ideia que é passada pelos atores sociais envolvidos na legalidade não é focalmente a de uma mudança na ordem jurídica. Muito pelo contrário, demandam a efetivação da ordem jurídica vigente, utilizam deliberadamente em alguns momentos o termo “resistência” no significado de resistir às ordens arbitrárias que impunham o “veto” à posse de João Goulart. Nisso, temos configurada a resistência, pois há a desobediência contra as ordens arbitrárias, inconstitucionais. Ainda que não haja uma “ditadura”, como nomeava a Constitucionalista, mas tão somente ordens e atos de força, por parte de agentes que eram juridicamente incompetentes para tomar tais decisões. Por fim, destaca-se que, para além do envolvimento de atores ocupantes de competências estatais, como os Governadores

de estado e os militares do III Exército, houve grande envolvimento da sociedade civil. Sem essa ampla disseminação social, o movimento seria inviabilizado. Isso se vê, por exemplo, na incapacidade posterior de reação contra o golpe de 1964. Sem a mesma adesão da população, não se fez possível a organização de um novo movimento de resistência. Foi pela ausência dessa sustentação social a um eventual movimento que João Goulart desistiu de oferecer qualquer resistência ao golpe de 1º de abril (BANDEIRA, 1977, p. 183-186).

O resultado imediato da Campanha da Legalidade, portanto, é a continuação da ordem constitucional, por meio do cumprimento da norma de sucessão presidencial constitucionalmente prevista, contra as decisões arbitrárias dos ministros militares. Assim, impediu-se um golpe de Estado em 1961, graças à essa prática de resistência. Em 1964, no entanto, sobreveio novo golpe de Estado, o qual alcançou seu objetivo em 1º de abril. Seguiu-se ao golpe de 1964 a ruptura da Constituição, a imposição de Atos Institucionais e um regime de violação em massa de direitos humanos. Assim, viu-se rompida a institucionalidade constitucional do país. Porém, a Campanha da Legalidade de 1961, ainda que não tenha extinguido em definitivo o risco de rompimento do quadro constitucional, afastou a realização deste em três anos, sendo de qualquer modo efetiva contra o ato arbitrário que combatia.

Como a campanha da Legalidade se compara com os elementos teórico-práticos já apontados sobre o direito de resistência? A gramática de resistência faz uma aparição claríssima no movimento da Legalidade. Todo o foco dos discursos é defender a Constituição contra atos inconstitucionais. Está presente a atitude “conservadora” com relação à uma questão constitucional de grande relevância. A desobediência aos atos dos ministros militares também marca como prática de resistência esse movimento. Por fim, o envolvimento massivo da cidadania implica em um exemplo preciso de prática de resistência. Em alguns momentos, chega a transparecer nos discursos a reivindicação do direito de resistência como legitimação para as atitudes na Legalidade.

No que diz respeito ao surgimento da prática de resistência, vemos presente uma violação da ordem constitucional que é flagrante. As ações dos ministros militares contrariavam frontalmente a sucessão presidencial prevista no texto constitucional. Assim, a Legalidade nos coloca diante de um exemplo de violação da ordem constitucional que não se depara com o problema de definir melhor a ordem

constitucional violada, uma vez que o desrespeito ao texto da Constituição é praticamente evidente. A questão do princípio da legalidade, por óbvio, está envolvida, como se imagina a partir do próprio nome do movimento. O “veto” que os ministros militares procuravam exercer não tinha qualquer previsão jurídica e nem sequer tinha forma normativa. O “veto” estava totalmente fora da cobertura da legalidade e foi em defesa dessa legalidade que se insurgiam os resistentes.

Por fim, nota-se na Legalidade um grande senso de proporcionalidade nos atos dos resistentes. Observamos que o movimento não partiu diretamente ao confronto aberto, mas foi escalando sua desobediência na medida em que iam surgindo ordens ilegais. De certa maneira, a Legalidade se manteve dentro de limites sempre proporcionais à gravidade das ilegalidades que iam sendo cometidas pelas forças contrárias à posse de Jango. Por outro lado, o critério de irrecorribilidade, que este trabalho havia apontado como outro fator para a emergência do direito de resistência, aparece de maneira menos clara na Legalidade. Por um lado, não se tem a ausência de uma autoridade capaz de invalidar o ato, visto que o Congresso continuava atuante e tinha a autoridade para confrontar os atos ilegais dos ministros militares. Tampouco se apresenta situação de alienação legal, propriamente falando – porque a representação no Congresso seguia tão democrática quanto antes – e a nível estadual vimos que tanto legislativo quanto executivo estadual podiam se tornar apoiadores do movimento da população. O que havia era a irrecorribilidade por urgência, pois o poder do aparato bélico controlado pelos ministros militares ameaçava coagir os representantes institucionais a aceitarem o golpe que era dado. Se o Congresso fosse coagido a aceitar tal ato ilegal, se consolidaria a violação da Constituição de maneira irreversível. Tanto que em 1964, sem resistência equivalente ao movimento da Legalidade, o golpe militar de 1º de abril transcorreu praticamente desimpedido pelas instituições estatais e se consolidou no Estado Burocrático Autoritário que continuou até a década de 1980. Assim, é a urgente ameaça à institucionalidade colocada que leva à emergência da prática de resistência do Movimento da Legalidade. Ameaça esta que se mostraria relevante poucos anos depois.

3.2.4 Apontamentos sobre as Práticas de Resistência no Brasil

Assim, tendo resgatado os dois episódios históricos mais representativos de práticas de resistência na história republicana brasileira, pode-se levantar algumas observações sobre o potencial do direito de resistência no contexto nacional.

Em primeiro lugar, observa-se que em aproximadamente um século de República, apenas dois movimentos se enquadraram de modo exato na definição estrita de prática de resistência proposta anteriormente. Tal constatação é ainda mais impressionante se levarmos em conta o quão conturbado foram os tempos analisados. Dentro do período ocorreram grande quantia de eventos de conflito político aberto, sendo denominados tanto como revoltas, rebeliões ou revoluções. Além disso, o Brasil conheceu nada menos que seis textos constitucionais ao longo de seu período republicano. Foram promulgadas ou outorgadas novas Constituições em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Isso sem contar outras tantas reformas e alterações profundas nesses textos, sejam emendas que consagravam grandes reformas, como a de 1926, sejam outros tipos normativos mais questionáveis, como os Atos Institucionais do autoritarismo militar. Diante de uma história constitucional tão dinâmica e movimentada, é até mesmo surpreendente que só se tenha encontrado dois movimentos que se enquadraram na definição de prática de resistência proposta.

Por um lado, é de se notar que a definição colocada realmente é bastante estrita e limitante. Por outro, note-se que os critérios adotados eram necessários, principalmente, para distinguir a prática de resistência (que se alinha com a defesa da ordem constitucional) de práticas revolucionárias (que tenham por objetivo acabar com a ordem constitucional vigente ou implantar uma outra ordem constitucional). Assim, por mais que se use uma definição estrita, esta é estrita na medida em que se faz necessário uma distinção criteriosa.

Além disso, a busca por movimentos de alcance nacional acaba por retirar da análise uma grande quantidade de fenômenos. Movimentos como a Revolução Federalista, no Rio Grande do Sul durante República Oligárquica, foram deixados de lado, apesar de envolverem relevantes controvérsias constitucionais, porque essas controvérsias eram apenas de alcance estadual (no caso da Federalista, a polêmica Constituição estadual do Rio Grande do Sul de 1891, de moldes positivistas). Por mais interessantes que possam ser esses movimentos regionais, compará-los não seria possível, em razão da grande variedade de contextos locais e de peculiaridades

regionais que se encontram em um país com as dimensões do Brasil. Explorar essas narrativas poderia ser de grande valia para um conhecimento sobre as práticas de resistência no Brasil, mas teria de ser feita em cada contexto regional, o que não foi possível no presente trabalho sem que houvesse o desvio do objeto em questão.

Assim, começa-se a explicar porque apenas dois movimentos surgem como práticas de resistência. Um deles revolta-se contra um governo *de fato*, ao qual denominava “ditadura”. O outro revolta-se contra uma determinação ilegal, verdadeira tentativa de golpe de Estado, e efetivamente impede a realização desse golpe (ainda que nova movimentação golpista tenha saído vitoriosa alguns anos depois).

É importante notar essa conexão entre as duas práticas de resistência identificadas. Ambas impediram, ainda que temporariamente, o desgaste da ordem constitucional. No entanto, ambas foram seguidas de golpes que conduziram ao fim dessas ordens constitucionais em poucos anos (em 1937 e 1964). Assim, não afastaram em definitivo o risco à ordem constitucional, mas ambas as práticas atrasaram ao menos a destruição dessas ordens. Esse ponto em comum entre as práticas de resistência também há que ser levado em conta.

É relevante ressaltar que em nenhuma dessas práticas de resistência se confrontava um estado de exceção legalmente declarado. No momento máximo do estado de sítio, durante a República Oligárquica, os movimentos que se insurgiam adotavam caráter revolucionário, como já se apontou quanto à Coluna Prestes.

Também, nota-se nos episódios de 1932 e 1961 um fenômeno comum que traz um problema relevante a uma aplicação prática do direito de resistência no Brasil. Tanto o movimento Constitucionalista quanto a Legalidade eram movimentações massivas da sociedade civil. Porém, em ambos se nota uma elevada importância da postura do executivo estadual para o sucesso ou derrota do movimento. O papel dos governadores dos Estados do Rio Grande do Sul e de Goiás na Legalidade não pode ser desconsiderado. Mesmo sendo um movimento que surgiu e se articulou pela sociedade civil, Mauro Borges e Brizola foram importantes focos para aglutinar e estruturar a demanda difusa que estava presente. Dinâmica semelhante à ocorrida com o interventor Pedro de Toledo, para o estado de São Paulo em 1932. É evidente que a postura do interventor, que detinha a chefia do Executivo estadual, foi vital para a amplitude da unanimidade alcançada pela prática de resistência naquele estado. De outro lado, a lealdade de Flores da Cunha ao Governo Provisório inverteu a situação

no Rio Grande do Sul, onde a postura constitucionalista era igualmente difundida, mas que acabou por falhar na articulação do apoio ao levantamento paulista. Assim, parece que nos casos analisados a postura do executivo estadual com relação à prática de resistência exerce grande influência para o fracasso ou sucesso desta, se não for até mesmo determinante.

Em termos de uma aplicabilidade do direito de resistência, isso representa uma dependência dos poderes constituídos que limita, na prática, a efetividade que as práticas de resistências poderiam ter, a uma primeira vista.

Porém, ainda se nota que existem práticas de resistência e que estas surgem de maneira mais ou menos orgânica da sociedade civil, ainda que seu alcance e eficácia seja afetado pela adesão dos poderes constituídos. Além disso, esse fenômeno não representa uma condição tão limitante como poderia parecer inicialmente. Ocorre que a combinação do federalismo (em que efetivamente temos três esferas de poder constituído, entre União, estados e municípios) com uma separação de poderes tripartite (entre Legislativo, Executivo e Judiciário) garante uma pluralidade de posições possíveis entre os poderes constituídos face a uma prática de resistência.

A condição inevitável para o sucesso de uma prática de resistência certamente é o convencimento de grande parte dos demais cidadãos. Quando essa condição é cumprida, é muito razoavelmente possível que um movimento que adota estratégias de resistência encontre apoio em algum órgão dos poderes constituídos. Assim, apesar de se reconhecer a limitação que é a associação entre práticas de resistência e poderes constituídos nos episódios históricos da vida política brasileira anteriormente narrados, convém não exagerar essa limitação. A resistência ainda assim é uma possibilidade na vida político-constitucional brasileira.

Por fim, ainda há que se colocar a questão da inscrição do direito de resistência no texto da Constituição. Seria ingenuidade supor que a mera inscrição textual de um direito o garantiria. Há demasiados casos de rupturas constitucionais e desrespeito com o texto das normas na história brasileira para se supor que o simples texto implique necessariamente em força normativa. Porém, a positivação do direito de resistência pode ter alguns efeitos positivos para tornar esse um controle possível. Em primeiro lugar porque a existência jurídica dessa forma de garantia cria um incentivo a um exercício ativo da cidadania no sentido de controlar o Estado. Isso porque se

trata do reconhecimento de uma forma de controle vertical. Nesse ponto, a inclusão de tal direito na Constituição já confere um certo prestígio ao controle vertical e demonstra, ao menos simbolicamente, uma confiança na cidadania para manter os poderes constituídos sob a normatividade da ordem constitucional.

De outra parte, ainda na questão da inserção do direito de resistência no texto constitucional, a positivação confere uma maior legitimidade ao exercício do direito. Em uma ordem jurídica positiva, não há espaço para a garantia de direitos que não tenham fundamento em normas escritas. Mesmo que se suponha a existência de um direito a nível teórico, este só tem condições de ser incorporado realmente na vida institucional de um Estado após ser positivado. Caso contrário, dificilmente será reconhecido dentro da categoria dos direitos, permanecendo como uma prática fora da esfera tangível ao espaço jurídico. Assim, a positivação recobre de institucionalidade um direito que, outro modo, poderia ser visto como não sendo traduzível para o discurso jurídico. No caso do direito de resistência, onde está presente fortemente a questão topológica (se esse direito está dentro ou fora da ordem jurídica), a positivação realiza uma importante institucionalização. Sem ela, não é possível incluir práticas de resistência na categoria dos direitos, do ponto de vista do direito positivo estatal.

Como tal, se vê bem colocada a necessidade de ponderar a regulamentação da resistência constitucional por meio de sua inclusão explícita no texto da Constituição. Mesmo com todas as dificuldades que representam a inscrição dessa categoria no Direito, e que já se analisou anteriormente neste capítulo, a questão deve ser no mínimo tomada a sério. Disso pode depender a sobrevivência da Constituição nas suas horas mais arriscadas, seja frente a implantação de Estados *de facto*, de tentativas de golpe conjuntural ou de estados de exceção que se tornam a regra.

CONCLUSÃO

Com base no que foi até aqui desenvolvido, surgem as seguintes conclusões. Cabe recordar a pergunta que guiou toda a investigação: é possível existir algum controle do estado de exceção que limite os riscos que este representa à ordem constitucional que o prevê?

A investigação iniciou buscando as origens do estado de exceção, para melhor compreender o instituto. Primeiramente, quanto à genealogia do estado de exceção, vê-se sua origem na *dictadura* romana, seguido do seu posterior desenvolvimento pelos caminhos do *senatus consultum ultimum*. Inclusive, a evolução do instituto da *dictadura* para o do *senatus consultum* já ocorreu em razão de problemas que a ditadura apresentava e que antecipam a problemática do estado de exceção que se seguiria. Observa-se que o estado de exceção ressurgiu posteriormente na modernidade sob várias formas. Em primeiro lugar, como estado de sítio, representando a suspensão (seja parcial seja total) da Constituição. Em segundo lugar, através da concentração de competência nos Poderes Legislativos do Executivo, sob as formas da Lei Delegada e do Decreto-Lei. Assim, as formas modernas do estado de exceção tomam principalmente a forma da suspensão da Constituição e de poderes legislativos do Executivo.

A partir daí, planteou-se as questões relevantes da teoria do estado de exceção. Desde o primeiro momento, observa-se o risco que esta instituição jurídica representa, ameaçando desgastar a força normativa da própria Constituição que o prevê, arruinando a ordem constitucional. Esse efeito, catastrófico para a ordem constitucional colocada, se dá pelo fenômeno sempre presente, em potencial, da banalização do estado de exceção, com a conversão do que era emergencial em regra e do que era temporário em permanente. Dessa maneira chega-se a outro problema quanto à se esse risco é acidental ou se faz parte da essência do estado de exceção. Ainda que o estado de exceção permanente não seja algo inevitável desde o plano abstrato de análise, na realidade ele se impõe de um ponto de vista empírico que autoriza a afirmar que sempre há o risco do estado de exceção permanente, ainda que este não venha a se concretizar. Tal risco à ordem constitucional é demasiadamente acentuado para que ela possa desconsiderá-lo.

Dito isso, por outro lado, não é possível à ordem constitucional do Estado dispensar de todo o estado de exceção. A elasticidade que este traz à Constituição, quando alguma crise a ameaça, é fundamental para que essa adquira força normativa real. Ou seja, o estado de exceção, na mesma medida em que representa um perigo à Constituição é, para esta, uma necessidade lógica de sua estruturação jurídico-política. Trata-se de uma situação aparentemente paradoxal, mas que encontra sua lógica na necessidade de flexibilidade que tem a Constituição, como visto anteriormente. Diante desse fato, o risco do estado de exceção permanente não pode ser evitado simplesmente rejeitando-se a constitucionalização do estado de exceção. Requer, por isso, outra instituição que sirva de controle ao estado de exceção.

Para compreender uma instituição constitucional com potencial de controlar o estado de exceção, adotou-se uma categorização entre controles constitucionais horizontais e verticais. Há uma série de limites que se colocam através da estrutura da separação de poderes, constituindo controles horizontais relativos ao estado de exceção. Por exemplo, o controle jurídico pelo judiciário (ou por um Tribunal Constitucional), em concreto ou em abstrato, das normas emanadas no estado de exceção. Ou o controle legislativo, através da exigência de sua aprovação anterior ou posterior das medidas de exceção adotadas, bem como a fiscalização concomitante. Esses controles são importantes, e trazem aspectos importantes à organização constitucional para controlar o estado de exceção. Porém, são reconhecidas certas situações em que estes controles não alcançam resolver o problema colocado. Ao menos, não se mantidos isolados. Em razão disso, há que se buscar também uma forma de controle que seja vertical, isto é, controles da própria cidadania face aos poderes constituídos, para além dos controles dos Poderes entre si.

A forma de controle vertical adequada para fazer frente e manter sob controle o estado de exceção é o direito de resistência. Já desde o direito romano antigo havia a ideia de que, estando suspendidas as magistraturas e as funções públicas, os cidadãos podiam tomar por si próprios certas decisões quanto à salvação da República. Essa situação fática em que as competências dos magistrados se encontravam suspensas, surgindo assim uma liberdade jurídica do cidadão, está na essência do *iustitium*. Este instituto, que foi interpretado de diversas maneiras ao longo do pensamento ocidental, representava a situação fática que surgia quando nenhuma autoridade possuía competência para guiar a República, quer dizer, quando havia

uma suspensão das competências. O que se suspendia, é importante diferenciar, eram as competências dos magistrados. O direito em si, enquanto corpo de normas, não se via suspenso, ainda que sua aplicação não seguisse os caminhos usuais em razão da suspensão das competências dos magistrados. Assim, no *iustitium* o Direito seguia valendo, mas era interpretado e aplicado de maneira descentralizada, por cada cidadão de acordo com seu juízo, visto que não havia o magistrado competente para decidir a aplicação do Direito. Nesse aspecto, o *iustitium* apresentou um potencial interessante, quanto à possibilidade de controles verticais, na medida em que deixava a preservação da ordem jurídica nas mãos dos cidadãos. Porém, não se tratava ainda de um verdadeiro direito de resistência, em sentido mais próprio.

O direito de resistência apenas foi originalmente teorizado como tal ao longo da Idade Média, como situações em que o súdito poderia desobedecer a ordem do Soberano, porquanto este agia além do espaço (amplo) de competência que possuía ou porque este era um tirano. O desenvolvimento do conceito de tirania ao longo do pensamento medieval foi de grande importância para o desenvolvimento do direito de resistência, pois permitia formular uma teoria das situações na qual este direito emergia. O Tirano podia ser quanto à forma de governo ou quando à origem ilegítima de seu poder (também chamada usurpação). Essa doutrina do direito de resistência era originalmente ancorada na filosofia tomista, e foi transformada e desenvolvida no início da modernidade por diversos autores. Destacam-se aí as teorias de Hobbes e Locke. Hobbes, porquanto fez do direito de resistência um elemento essencial do contrato social, o qual pode ressurgir na sociedade civil em momentos específicos, emergindo enquanto justa contenda entre súdito e Soberano. Locke porquanto tornou o direito de resistência praticável, atribuindo a este o papel de salvaguarda das liberdades. Ou seja, com o surgimento da modernidade, a teoria do direito de resistência estava assentada e tinha um respeitável *status* no pensamento jurídico ocidental.

A influência dessa teoria do direito de resistência levou às primeiras positivações desse direito, nas Constituições estaduais norte-americanas e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão surgida da Revolução Francesa. Era o apogeu da teoria do direito de resistência, finalmente positivado com a vitória dessas revoluções, chamadas de revoluções burguesas.

Porém, ocorreu um posterior declínio do direito de resistência. Observa-se que houve um certo recuo do direito de resistência no pensamento jurídico ao longo do século XIX e até o começo do século XX, face a uma série de fatores. Dentre estes, se destacam alguns, como o avanço concomitante da normalização do estado de sítio como solução para garantir a estabilidade dos poderes constituídos no período em questão. Além disso, o avanço dos tribunais sobre questões anteriormente tidas por exclusivamente políticas colaborou para o declínio do direito de resistência, uma vez que esse direito tem um exercício habitualmente extraprocessual. Assim, com a consolidação dos poderes estabelecidos, mesmo os Estados que anteriormente positivaram o direito de resistência, foram abandonando-o ou relegando-o a um segundo plano, na medida em que o estado de sítio avançava.

Porém, após as experiências do século XX, o problema do estado de exceção ressurgiu de maneira inevitável e com ele a questão do direito de resistência se coloca novamente. Seja diante do nazismo e do fascismo na Europa, ou diante dos regimes militares dos Estados Burocráticos-Autoritários na América Latina, o problema do estado de exceção descontrolado ressurgiu. Assim também retornou o debate sobre o direito de resistência, como forma de controlá-lo. Resultou mesmo em positivamente constitucionais deste direito, como as previstas nas constituições da Alemanha, Portugal e Argentina, analisadas neste trabalho. Assim, segue presente e se faz necessário considerar seriamente a positivação constitucional do direito de resistência como forma de controle do estado de exceção. As práticas de resistência, ainda que não positivadas, podem ser relevantíssimas para salvaguardar a ordem constitucional de certas rupturas. Assim, o direito de resistência constitucional não apenas cabe na lógica da estrutura jurídica do Estado, mas se faz certamente oportuno.

Claro que ainda há dificuldades para circunscrever teoricamente com precisão o espaço que o direito de resistência pode ocupar na ordem constitucional. Definir os limiares a partir dos quais esse direito emerge é uma tarefa complexa. Tanto mais em razão de que a teoria do direito de resistência recém está sendo retomada após o recuo que ela sofreu no século XIX e até o seu resgate no final do século passado. Logo, o desenvolvimento da teoria do direito de resistência apresenta um campo dos mais novos a serem explorados no Direito Constitucional, por mais que se construa sob uma tradição teórica muito mais antiga. Ainda assim, é possível se levantar desde já algumas afirmações e desenvolvimentos nesse campo da teoria jurídica do direito

de resistência, como visto anteriormente neste trabalho. Continuar esses desenvolvimentos e aprofundar os conhecimentos sobre o direito de resistência é, por isso, não apenas possível, como também imensamente necessário.

Alguns critérios que podem servir para se estabelecer o surgimento de um direito a resistir já foram apontados nesse trabalho. Em primeiro lugar, temos a ideia de irrecorribilidade, no sentido de que não há como evitar-se o dano de acatar um comando inconstitucional ou ilegal. Essa irrecorribilidade pode advir da inexistência de uma autoridade superior competente para avaliar a constitucionalidade do comando questionado (aqui ressurge com clareza a mesma ideia que vem desde a situação do *iustitium* romano). Nesse tipo de situação podem estar incluídas as situações chamadas de “alienação legal”, em que os sujeitos estão impedidos de participarem de decisões fundamentais que lhes afetam diretamente. Porém, a irrecorribilidade pode advir também da urgência, da iminência de um dano irreparável a um direito ou à ordem jurídica, em razão da demora de outras vias menos extremadas de questionamento à norma.

No que diz respeito a esse dano, temos dois critérios distintos (porém não excludentes) adotados pelas positavações. Há aquelas, como a da Constituição de Portugal, que abrem espaço ao direito de resistência de maneira individualizada, com base na violação de um direito fundamental. Há outras, como as Constituições da Argentina e da Alemanha, que estabelecem como critério a violação da ordem constitucional. Essas são particularmente mais interessantes no contexto do controle do estado de exceção, pois a ameaça que este representa à ordem constitucional está no cerne do problema aqui abordado (ainda que também venha acompanhado, habitualmente, de relevantes violações de direitos fundamentais). Conforme abordou-se anteriormente, definir o que é a ordem constitucional para verificar sua violação é uma tarefa difícil, devido a pluralidade de sentidos e interpretações possíveis. O mesmo problema se apresenta em termos igualmente difíceis se falamos em ordem democrática como critério. Em algumas situações, porém, a violação da ordem pode ser tão evidente a ponto de não ser problemática. Em geral, ainda assim, um critério que pode ser apontado é a legalidade. Ou seja, o direito de resistência poderia surgir, de maneira evidente, contra as ordens que não são respaldadas por autorizações normativas que derivem sua legitimidade da Constituição.

Além disso, destaca-se a necessidade de uma proporcionalidade a ser estabelecida entre as medidas de resistência e a gravidade das ordens anticonstitucionais. Esses foram apenas alguns apontamentos de como se pode esclarecer e delimitar os limiares em que um direito de resistência pode vir a emergir, se reconhecido. Este novo problema, claro, ainda demandaria estudos mais aprofundados, pois constitui um objeto de estudo em si.

Para melhor observar as potencialidades de um reconhecimento do direito de resistência, foram observadas práticas de resistência na história republicana brasileira. Para tanto, foram definidas práticas de resistência como sendo aquelas práticas sociais (independentemente do reconhecimento de licitude por agentes estatais) de desobediência a atos ou comandos emanados por sujeitos detentores de poderes estatais, em que os desobedientes agiam majoritariamente como cidadãos e que reivindicavam a correção de seus atos de desobediência com base em uma gramática de resistência. Esta gramática de resistência, por sua vez, é a estrutura básica dos discursos de justificação da prática quando estes apresentam uma “atitude conservadora”, de defesa da ordem jurídico-constitucional, voltando-se para uma questão constitucional relevante.

Dentro desses critérios, as práticas de resistência que melhor se adequaram foram a Revolução Constitucionalista de 1932 e o Movimento da Legalidade em 1961. Destacam-se alguns pontos em comum entre essas duas práticas. Primeiramente, em nenhum dos dois casos havia um estado de exceção legalmente declarado. Defrontavam-se contra um Estado *de fato* que recusava a constitucionalizar-se, em 1932, e contra uma tentativa de golpe de Estado, em 1961. Também, ambos os casos foram seguidos, em poucos anos, de golpes que destruíram as ordens constitucionais que os movimentos buscavam resguardar (em 1937 e 1964, respectivamente). O que se nota, por isso, é que mesmo sem eliminar de todo o risco que estava presente à ordem constitucional (ou a retomada desta ordem, no caso de 1932), esses movimentos de resistência alcançaram ao menos temporariamente parte relevante de seus objetivos de defesa da ordem constitucional (a reconstitucionalização que veio em 1934 e durou até 1937, e a posse de João Goulart em 1961 até o golpe de 1964).

Outro fenômeno interessante que ambas as práticas de resistência tiveram em comum foi a relação destes com a institucionalidade. Se bem que tanto em 1932 quanto em 1961 estávamos diante de movimentos orgânicos da sociedade civil, em

ambos os casos pode ser notada uma evidente preponderância do papel do executivo estadual, quanto este apoiava a resistência. Na Constitucionalista, os interventores foram peças-chaves para o sucesso e derrota da resistência nos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, respectivamente. Durante a Legalidade, os Governadores dos estados em Goiás e no Rio Grande do Sul apoiaram e foram centrais na organização da resistência. Assim, há uma relação forte entre as práticas de resistência e os poderes constituídos. Porém, tal relação não implica uma limitação tão grande quanto poderia parecer, uma vez que a separação de poderes e o federalismo geram uma diversidade de posturas nos poderes constituídos diante de práticas de resistência. Além disso, a adesão de grande parte da cidadania torna mais provável que algum órgão do Estado acabe decidindo por apoiar a resistência, diante do convencimento da população. Assim, em que pese essa associação entre práticas de resistência e poderes constituídos, não se está diante de um fator totalmente determinante, que impossibilite excessivamente a possibilidade da prática de resistência.

Finalmente, quanto à questão de uma possível posituação constitucional do direito de resistência, cabem alguns apontamentos. De um lado, não se deve adotar uma postura ingênua e imaginar que a mera inscrição textual do direito terá efeitos na vida institucional do Estado que o faz. No entanto, se houver condições para o preenchimento social, na prática, do direito juridicamente positivado, podem surgir algumas vantagens para o exercício desse direito de resistência como controle na institucionalidade constitucional. Primeiramente, pela possibilidade de incluir a resistência no discurso jurídico positivo, sem o qual ele não poderia facilmente ser reconhecido desde o ponto de vista do Estado. De modo tal que a posituação exerce uma função de dar legitimidade institucional, o que é fundamental para confrontar os problemas topológicos do posicionamento do direito de resistência, colocando-o claramente dentro da ordem jurídica, do ponto de vista do ordenamento. Em segundo lugar, pelo prestígio que seria conferido a um controle vertical, exercido pela cidadania sobre os poderes constituídos e que pode ser um incentivo relevante a um exercício mais ativo da cidadania em defesa da ordem constitucional (o que é um objetivo desejável, desde o ponto de vista da Constituição, pois melhoraria sua força normativa).

A conclusão central deste trabalho é, portanto, pelo importante valor que tem a posituação constitucional do direito de resistência, enquanto controle vertical, capaz de fazer frente ao estado de exceção permanente. Pode ser observado que, se desimpedido, o estado de exceção pode tornar-se a regra e romper a Constituição. Com um entendimento do direito que seja capaz de articular o direito de resistência enquanto expressão da cidadania frente aos abusos do estado de exceção, a posição da Constituição contra a sua própria violação pelo estado de exceção permanente poderá melhorar. Portanto, a conclusão do presente trabalho é de que, junto aos demais controles institucionais, o direito de resistência pode exercer um papel fundamental na defesa da Constituição contra os riscos do estado de exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, G. **Estado de Excepción**. Tradução de Flávia COSTA e Ivana COSTA. 4ª. ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2010.

AGAMBEN, G. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, G. Forma-de-vida. In: AGAMBEN, G. **Meios sem Fim: notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa. 1ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. p. 9-21.

AGAMBEN, G. Glosas à Margem dos Comentários à Sociedade do Espetáculo. In: AGAMBEN, G. **Meios sem Fim: Notas sobre a Política**. Tradução de Davi Pessoa. 1ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. p. 71-86.

AGAMBEN, G. **Meios Sem Fim: Notas sobre a política**. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. 1ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

ALBERDI, J. B. Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina. In: ALBERDI, J. B. **Política y Sociedad en Argentina**. 1ª. ed. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2005. p. 66-183.

AQUINO, T. D. **Suma Teológica**. 1ª. ed. São Paulo: Loyola, v. IV, 2005.

ARENDT, H. **Eichmann in Jerusalem**. 2ª. ed. Nova Iorque: Viking Press, 1964.

ARENDT, H. **On Revolution**. 2ª. ed. London: Penguin Books, 1965.

ARENDT, H. Civil Disobedience. In: ARENDT, H. **Crises of the Republic**. 1ª. ed. Nova Iorque: Harvest, 1972. p. 40-102.

BANDEIRA, M. **O Governo de João Goulart: as lutas sociais no Brasil (1961-1964)**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

BARBOSA, R. A Constituição Rio Grandense. In: BARBOSA, R. **Obras Completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde e da Educação, v. XXII, tomo I, 1951. p. 192-222. Disponível em:

<<http://docvirt.com/docreader.net/ObrasCompletasRuiBarbosa/46574>>. Acesso em: 8 dezembro 2016.

BARBOSA, R. **Atos Inconstitucionais**. 3ª. ed. Campinas: Russell, 2010.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARSALINI, G. **Direito e Política na Obra de Giorgio Agamben: Soberania e estado de exceção permanente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2013.

BENJAMIN, W. Über den Begriff der Geschichte. In: BENJAMIN, W. **Gesammelte Schriften**. 1ª. ed. Frankfurt: Suhrkamp, v. 1, 1991. p. 691-704. Disponível em: <<https://archive.org/details/GesammelteSchriftenBd.1>>. Acesso em: 11 abril 2016.

BENJAMIN, W. Zur Kritik der Gewalt. In: BENJAMIN, W. **Gesammelte Schriften**. 1ª. ed. Frankfurt: Suhrkamp, v. II, 1991. p. 179-203.

BENJAMIN, W. Sobre a Crítica do Poder como Violência. In: BENJAMIN, W. **Escritos sobre Mito e Linguagem**. Tradução de Ernani CHAVES. 2ª. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 121-156.

BENJAMIN, W. Sobre o Conceito de História. In: BENJAMIN, W. **O Anjo da História**. Tradução de João Barrento. 2ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 8-20.

BENJAMIN, W. Sobre o Conceito de História. In: BENJAMIN, W. **O Anjo da História**. Tradução de João Barrento. 2ª. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 8-20.

BEZERRA, H. G. **O Jogo do Poder: revolução paulista de 32**. São Paulo: Moderna, 1988.

BOBBIO, N. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BRIZOLA, L. **Discurso proferido do Palácio Piratini pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola, em 28 de agosto de 1961**. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 1961.

BUENO, R. **Uma Interpretação Conservadora Revolucionária do Político e da Ditadura: o potencial totalitário de Carl Schmitt**. Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011.

BURDESE, A. **Manuale di Diritto Pubblico Romano**. 1ª. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966.

BUZANELLO, J. C. **O Direito de Resistência como Problema Constitucional**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina. 2011. p. 273.

CAPELATO, M. H. **O Movimento de 1932: a causa paulista**. 3ª. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CARONE, E. **A Quarta República (1945-1964)**. Rio de Janeiro: Difel, v. 1, 1980.

CARONE, E. **A República Liberal: a evolução política**. São Paulo: Difel, v. 2, 1985.

CARY, M. et al. **The Oxford Classical Dictionary**. 1ª. ed. London: Oxford University Press, 1949.

CICERO. **The Speeches**. 1ª. ed. Londres: William Heinemann, v. VII, 1923.

CICERO. Philippica V. In: **CICERO Discours**. 4ª. ed. Paris: Société d'Édition Les Belles Lettres, v. XX, 1960. p. 18-47.

CORTÉS, C. E. **Política Gaúcha: 1930-1964**. Tradução de Amy Caldwell de Farias. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

COSTA, F. Entrevista a Giorgio Agamben. In: AGAMBEN, G. **Estado de Excepción**. 1ª. ed. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2010. p. 5-20.

DEL PICCHIA, M. **A Revolução Paulista: através de um testemunho do Gabinete do Governador**. São Paulo: Nacional, 1932.

DERRIDA, J. **Force de Loi: Le "fondement mystique de l'autorité"**. 1ª. ed. Paris: Galilée, 1994.

FEHR, H. **El Espíritu Popular en el Desarrollo Jurídico: Influencia del pueblo suizo y alemán en la evolución del Derecho**. Tradução de Diego A. de Santillán. Buenos Aires: Atalaia, 1949.

FELIZARDO, J. **A Legalidade: último levante gaúcho**. Porto Alegre: UFRGS, 1988.

FERREIRA FILHO, M. G. **O Estado de Sítio: na constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

FERREIRA FILHO, M. G. A Disciplina Constitucional das Crises Econômico-Financeiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 181/182, p. 21-37, jul-dez 1990.

FERREIRA, A. G. **Dicionário de Latim-Português**. 1ª. ed. Porto: Porto Ed., 1997.

FIGUEIREDO, E. **Contribuição para a História da Revolução Constitucionalista de 1932**. 3ª. ed. São Paulo: Martins, 1981.

FLYNN, T. Foucault's Mapping of History. In: GUTTING, G. **The Cambridge Companion to Foucault**. 1ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 28-46.

FOISNEAU, L. Souveraineté et Animalité: Agamben lecteur de Hobbes. In: GONTIER, T. **Animal et Animalité dans la philosophie de la Renaissance et de l'âge classique**. 1ª. ed. Louvain: Éditions Peeters, v. III, 2005. p. 231-244.

FORJAZ, M. C. S. F. **Tenentismo e Política**: Tenentismo e camadas médias urbanas na crise da primeira república. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

FOUCAULT, M. **L'Archéologie du Savoir**. Paris: Gallimard, 1969.

FREITAS, D. **O Homem que Inventou a Ditadura no Brasil**. Porto Alegre: Sulina, 1998.

FRIEDRICH, C. J. **Constitutional Government and Democracy**. 4ª. ed. Waltham: Blaisdell Publishing Company, 1968.

FRIEDRICH, C. J. **Constitutional Government and Democracy**. 2ª. ed. Waltham: Blaisdell Publishing Company, 1968.

GADAMER, H.-G. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo MEURER. 10ª. ed. Petrópolis: Vozes, v. I, 2008.

GARDINER, S. R. **Oliver Crowell**. 1ª. ed. Londres: Goupil, 1899. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2027/ien.35556009551003>>. Acesso em: 2016 maio 4.

GARGARELLA, R. **The Last Resort**: The right of resistance in situations of legal alienation. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Cuzco: Yale University. 2003. p. Paper 23.

GARGARELLA, R. **La Sala de Máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

GENOINO NETO, J. **Nossas Exigências na Constituinte**. São Paulo: Kairós, 1986.

GIL, P. P. V. La Constitución Colombiana y los Estados de Excepción: Veinte años después. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 27, p. 261-290, julho 2011. ISSN 0122-9893. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n27/n27a12.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2016.

GNEIST, R. **The History of the English Constitution**. 1ª. ed. Nova Iorque: G.P. Putnam, v. 2, 1886. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/2027/coo.31924025077987>>. Acesso em: 6 maio 2016.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. 1ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HAYEK, F. **The Road to Serfdom**. Abingdon: Routledge, 1944.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, T. **Elements of Law Natural and Political**. [S.l.]: Dodo Press, 2009.

HOBBS, T. **Leviathan or The Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civill**. [S.l.]: Dodo Press, 2009.

HONNETH, A. **El Derecho de la Libertad**. Tradução de Graciela CALDERÓN. Buenos Aires: Katz, 2014.

KELSEN, H. A Garantia Jurisdicional da Constituição. In: KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 119-209.

KELSEN, H. A Intervenção Federal: Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca. In: KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 47-117.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KLEIN, N. **The Shock Doctrine: the rise of disaster capitalism**. New York: Metropolitan, 2008.

KRAMER, L. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LEAL, V. N. **Coronelismo, Enxada e Voto**. 7ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LIVIOUS, T. **Historia Romana**. 2. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1955.

LOCKE, J. **Second Treatise on Government**. 6^a. ed. Londres: MILLAR, A. et al., 1764. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/7370>>. Acesso em: 13 julho 2016.

LYNCH, C. E. C. O Caminho para Washington Passa por Buenos Aires: A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). **Revista Brasileira de Ciência Social**, São Paulo, v. 27, n. 78, p. 149-169, fev 2012. ISSN 0102-6909. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092012000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 16 março 2016.

MACAULAY, N. **A Coluna Prestes: Revolução no Brasil**. Tradução de Flora Machman. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1977.

MAQUIAVEL, N. **Discursos sobre a Primeira Década de Tito Lívio**. Tradução de Patrícia Fontoura Aranovich. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARX, C. **O 18 Brumário e Cartas a Kugelmann**. 5^a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

MARX, K. Kritik des Gothaer Programms. **Die Neue Zeit**, Stuttgart, v. 1, n. 18, 1891. Disponível em: <http://www.praxisphilosophie.de/marx_gothaer_programm.pdf>. Acesso em: 23 fevereiro 2016.

MOMMSEN, T. **Römisches Staatsrecht**. 3^a. ed. Leipzig: S. Hirzel, v. I, 1887.

MOMMSEN, T. **The History of Rome**. Tradução de W. P. Dickson. 1^a. ed. London: J.M. Dent & Sons, v. I, 1911.

MOMMSEN, T. **Compendio del Derecho Publico Romano**. Buenos Aires: Impulso, 1942.

NAUD, L. M. C. Estado de Sítio (1^a Parte: Introdução, 1824-1910). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. v. 2, n. n. 5, p. 134-180, mar 1965. ISSN 0034-835X.

NAUD, L. M. C. Estado de Sítio (2^a Parte: 1910-1922). **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, n. 6, p. 61-88, Junho 1965. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/182495>>. Acesso em: 19 Agosto 2015.

NAUD, L. M. C. Estado de Sítio (3^a Parte: 1922-1930). **Revista de Informação Legislativa**, v. 2, n. 7^a, p. 121-148, setembro 1965. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180648>>. Acesso em: 2015 agosto 22.

NINO, C. **Juício al Mal Absoluto**. Buenos Aires: Ariel, 2006.

O'DONNELL, G. **El Estado Burocrático Autoritário: triunfos, derrotas y crisis**. 2ª. ed. Buenos Aires: Belgrano, 1996.

OPORTO, P. F. El Núcleo de la Doctrina de Francisco Suárez sobre la Resistencia y el Tiranicidio. **Pensamiento**, Madrid, v. 69, n. 260, p. 493-521, 2013. ISSN 00314749.

PACHECO, C. **Tratado das Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 1, 1958.

PADRÓS, E. S. **Como el Uruguay no hay. : terror de Estado e segurança nacional Uruguai (1968-1985) : do pachecato à ditadura civil-militar**. Tese (Doutorado em História) - Programa de Pós-Graduação em História, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 434. 2005.

PAUPÉRIO, A. M. **O Direito Político de Resistência**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PRESTES, A. L. **Uma Epopéia Brasileira: a Coluna Prestes**. 2ª. ed. São Paulo: Moderna, 1995.

ROHLING, M. Locke e a Doutrina do Direito de Resistência. **PERI**, v. 4, n. 2, p. 114-135, 2013. ISSN 2175-1811.

ROUSSEAU, J.-J. **Du Contrat Social**. 1ª. ed. Saint-Amand: Gallimard, 1964.

SAMPAIO, E. Franz Kafka e Walter Benjamin: dois olhares que nos interpelam com força. In: BENJAMIN, W. **Kafka**. 1ª. ed. Lisboa: Hiena, 1994. p. 9-17.

SCHMITT. **El Concepto de lo Político**. Tradução de Rafael Agapito. 2ª. ed. Madri: Alianza Editorial, 2014.

SCHMITT, C. **Politische Theologie: vier kapitel zur lehre von der souveranität**. 1ª. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1922.

SCHMITT, C. **La Dictadura**. Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza, 1999.

SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, J. M. D. **Vozes da Legalidade: política e imaginário na era do rádio**. Porto Alegre: Sulina, 2011.

SREEDHAR, S. **Hobbes on Resistance: Defying the Leviathan**. Cambridge: Cambridge University, 2010.

SUÁREZ, F. **Guerra ,Intervención, Paz Internacional**. Tradução de Luciano Pereña Vicente. Madrid: Espasa-Calpe, 1956.

SUÁREZ, F. **Defesa de la Fé Católica y Apostólica contra los Errores del Anglicanismo**. Tradução de José Ramón Eguillor MUNIOZGUREN. 1ª. ed. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, v. IV, 1971. Edição bilíngue, com o reprodução do texto original da edição príncipe de Coimbra de 1613.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, M. B. **O Golpe em Goiás: história de uma grande traição**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

TEIXEIRA, M. B. **Tempos Idos e Vividos: minhas experiências**. Goiânia: Ed. do Autor, 2002.

TEIXEIRA, M. D. L. **Mauro Borges e a Crise Político Militar de 1961 em Goiás: movimento da legalidade**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1994.

TEMER, M. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRINHA, F. **Dicionário Latino Português**. 2ª. ed. Porto: Gráficos Reunidos, 1942.

VITALE, E. **Defenderse del Poder: por una resistencia constitucional**. Tradução de Pedro Salazar Ugarte e Paula Sofia Vásquez Sánchez. Madrid: Trotta, 2012.

