



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

O Estado de Exceção em Giorgio Agamben

Kevin Luiz Hoffmann Pontes

Brasília
2023

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Kevin Luiz Hoffmann Pontes

O Estado de Exceção em Giorgio Agamben

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel
em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
Orientador: Wilson Roberto Theodoro Filho

Brasília
2023

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Kevin Luiz Hoffmann Pontes

Estado de Exceção em Giorgio Agamben

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito ()

BANCA EXAMINADORA:

Brasília, Fevereiro de 2023

Agradeço a Deus, minha mãe, Sarha, minha irmã, Anne, Jimmy, meu orientador, Wilson e Jin.

Em memória de meu pai, Luiz.

Resumo

Por meio das obras de Carl Schmitt e Giorgio Agamben, pretender-se-á fazer uma análise do Estado de Exceção em eventos contemporâneos de três países distintos: França, Alemanha e Estados Unidos da América. Inicialmente, a partir Carl Schmitt, desenvolveremos o conceito do “político” e de soberania, a dicotomia entre “amigo” e “inimigo” e a teoria da teologia política. Seguiremos com Agamben e seu conceito de *Homo sacer*, faremos um leve apanhado de Biopolítica e das conclusões de Agamben acerca do Estado de Exceção. Depois, de forma breve, veremos a história do Estado de Exceção nos três países supramencionados. E então, veremos como estes mesmos países lidam com o panorama diverso das crises contemporâneas.

Palavras-chave: Carl Schmitt; Giorgio Agamben; Estado de Exceção; Guerra ao Terror; COVID-19.

Abstract

Based on Carl Schmitt and Giorgio Agamben, we analyzed the State of Exception and its contemporary events in three different countries: France, Germany and the United States of America. Initially, with Carl Schmitt, we develop the concept of the “political” and sovereignty, the dichotomy between friend and enemy and the theory of political theology. We will continue with Agamben and his concept of *Homo sacer*, with the overview of Biopolitics and Agamben’s conclusion concerning the State of Exception. Then, briefly, we will see the history of the State of Exception in the three aforementioned countries. And finally, how these same countries deal with the diverse panorama of contemporary crises.

Keywords: Carl Schmitt; Giorgio Agamben; State of Exception; War on Terror; COVID-19.

Sumário

Introdução.....	8
1. Conceito do Estado de Exceção.....	10
1.1 Carl Schmitt e o Estado de Exceção	11
1.2 Estado de Exceção para Agamben.....	13
2. O Estado de Exceção na história: Estados Unidos, França e Alemanha	15
2.1 França	16
2.2 Alemanha.....	19
2.3 Estados Unidos da América.....	22
3. Estado de Exceção como paradigma de governo?.....	26
3.1 EUA e o 11 de Setembro.....	28
3.2 França e os ataques terroristas de 2015.....	35
3.3 Alemanha.....	38
4. Considerações finais	41
Referências bibliográficas.....	42

Introdução

“Even the clearest water, if deep enough can drown¹”

- R. S. Thomas

Do ponto de vista geopolítico, o século XX, e, em especial, a experiência de suas duas grandes guerras mundiais, foi marcado por duas principais ideologias. O totalitarismo, derrotado militarmente, com a queda do Eixo na Segunda Guerra Mundial em 1945, e, posteriormente, com as reformas políticas posteriores a Stalin, na União Soviética, e a Democracia Liberal, que na atualidade, reina suprema como o sistema político global.

Talvez seja por meio desse domínio que a democracia passa a ser percebida como a norma e não, corretamente, como a exceção histórica. Não só exceção histórica, mas como regime político que permitiu a ascensão de figuras totalitárias que desfiguraram completamente os direitos de seus cidadãos e corromperam toda sua estrutura jurídica.

A estrutura do presente trabalho seguirá o seguinte caminho: primeiro, nos dedicaremos ao estudo de trabalhos de Carl Schmitt e de Giorgio Agamben, que nos apresentarão conceitos gerais, legais e políticos, da teoria do Estado de Exceção. O intuito dessa primeira parte é situar o leitor para que ele mesmo possa analisar os eventos históricos que apresentaremos a seguir e os eventos contemporâneos que aconteceram e continuarão acontecendo no futuro.

Na segunda parte, faremos um apanhado histórico do desenvolvimento do Estado de Exceção na França, na Alemanha e nos Estados Unidos da América. Essa análise

¹ Em tradução livre: “Até mesmo as águas mais cristalinas, se fundas o suficiente, podem afogar”

histórica breve não tem por objetivo traçar uma linha do tempo completa, apenas serão analisados os eventos que de forma arbitrária, consideramos importantes para contextualizar a terceira parte deste trabalho.

Por fim, analisaremos esses mesmos países e suas respostas políticas-jurídicas em face as crises contemporâneas. A esperança é de que, assimilados os conceitos de Agamben e Carl Schmitt, conhecendo a história do Estado de Exceção nos países supramencionados e analisadas as crises contemporâneas, se tenha um paradigma completo da ideia de um Estado de Exceção permanente.

1. Conceito do Estado de Exceção

“Of all men’s miseries the bitterest is this: to know so much and to have control over nothing²”

- Herodotus

O conceito de Estado de Exceção tem uma longa história não só do seu uso, mas também de sua concepção. De forma simples, ele se refere a um momento em que uma ordem jurídica se encontra suspensa devido a uma crise, de qualquer natureza, que ameaça o Estado³. Apesar da simplicidade, esse mecanismo jurídico, e por consequência seu uso, fora muito criticado através dos anos por sua capacidade de desestabilizar os regimes democráticos.

Mas esta definição no vácuo não nos é útil. Qualquer pessoa entende o conceito de exceção. Sua aplicação a ordem estatal, ou jurídica, não é muito diferente. O que fará com que essa conceitualização tenha relevância são os questionamentos que a rodeiam. Quem decide o que constitui a exceção? Como os estados separam a exceção da norma?

Bem, como ponto de partida para essa análise, Agamben nos fornecerá uma análise do Estado de Exceção com base em sua formulação da “vida nua”. Em Carl Schmitt teremos em foco o conceito do que é “político” e, mais importante, do que é “soberania”.

² “De todos os infortúnios que afligem a humanidade, o mais amargo é: ter consciência de muito e controle de nada”

³ GIORDANENGO, David. *The State of Exception*, 2016.

1.1 Carl Schmitt e o Estado de Exceção

O filósofo político e teórico legal Carl Schmitt (1880-1985), nascido na Alemanha, desenvolveu sua teoria política em resposta às crises constitucionais da República de Weimar.⁴ Por acreditar que o parlamento liberal nunca tomaria as decisões que Schmitt julgava necessárias (como o uso do estado de emergência) para a sobrevivência política e crente que os liberais seriam incapazes de pacificar o caos vivido na Alemanha no período da grande depressão, Carl Schmitt se associaria ao *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*⁵, mais conhecido como o partido Nazista, em 1933⁶. Schmitt se tornaria o jurista mais importante para o partido, inclusive tentando reformar a estrutura jurídica da Alemanha Nazista.

Após a Segunda Guerra Mundial, Schmitt foi julgado pelo Tribunal de Nuremberg, mas não fora condenado. Apesar disso, discussões acerca de sua culpabilidade intelectual e quem sabe moral continuam até os dias de hoje⁷. No presente estudo, acreditamos que seja plenamente possível separarmos a valiosa crítica de Schmitt ao Constitucionalismo Liberal de seu apoio ao Nacional-Socialismo.

Em “O Conceito do Político” (1932), Carl Schmitt caracteriza o que é “político”. Para ele, o conceito do que é “político” seria derivado de uma distinção entre amigo e inimigo, em outras palavras, seria “o grau de intensidade entre uma associação e uma dissociação”⁸. Já que qualquer crença política que ameaça a existência de um grupo seria não-negociável para esse grupo, a distinção entre amigo e inimigo é inevitável. Na visão de Schmitt, diferentemente do que se acredita em democracias liberais, a política não seria baseada em união e acordos na política, mas sobre inimigos definidos a quem se deve combater. Assim, a guerra seria a forma mais pura de Política, já que seria a forma mais extrema da diferenciação entre amigo e inimigo:

O amigo, o inimigo e o combate são conceitos que recebem seu significado real precisamente porque se referem a possibilidade real da morte física. A guerra decorre da inimizade. A guerra é a negação existencial do inimigo*. É a consequência mais extrema da inimizade. Não precisa ser comum, normal, algo ideal ou desejável. Mas

⁴ OSTOVICH, Steven. *Carl Schmitt, Political Theology, and Eschatology*, 2007.

⁵ Em tradução livre: “Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães”.

⁶ OSTOVICH, Steven. *Carl Schmitt, Political theology, and Eschatology*, 2007.

⁷ BENDERSKY, Joseph W. *Carl Schmitt and Nuremberg*, 2007.

⁸ FRYE, Charles E. *Carl Schmitt's Concept of the Political. The Journal of Politics*, 1966.

deve, no entanto, permanecer uma possibilidade real enquanto o conceito do inimigo permanecer válido.⁹

Ao utilizar o conceito do inimigo vemos que, para Schmitt, uma entidade ou grupo de pessoas, mesmo que com um objetivo não-político, como um grupo religioso ou uma entidade econômica, se tornará político assim que definir seus inimigos e empregar força ou violência contra ele. São essas sociedades civis e seus direitos que enfraquecem e limitam o poder estatal. Essa é uma das razões pela qual Schmitt acredita que as democracias liberais estão fadadas ao fracasso. Ao rejeitar tomadas de decisão que levam em consideração a dicotomia entre amigo e inimigo, o liberalismo “despolitiza a política”, enfraquecendo internamente devido a crises internas ou sucumbindo perante inimigos externos que respeitam e agem de acordo com a dicotomia, ou que ao menos, agem de acordo com a dicotomia sem máscaras ou amarras.

Com uma visão do Estado, que precederia a própria sociedade, como detentor da “autoridade máxima”, podemos dizer que Schmitt, nas linhas de Marx Weber, também vê o estado como detentor do monopólio da violência. Essa ênfase no poder e domínio Estatal no pensamento de Carl Schmitt nos leva a sua ideia do Poder Executivo com o “juiz supremo” do poder político e a como a maior manifestação da Política, pois é o Estado que pode declarar inimigos e exercer o poder. É através dessa “legitimidade”, se é que podemos chamar assim, de poder que o Estado pode escapar das amarras da Lei declarando a emergência para combater seus inimigos.

Esse protagonismo do Estado e, em especial, da atuação do Executivo que fará com que Schmitt tenha uma visão do artigo 48 da Constituição de Weimar não como limitador do poder estatal, mas como o mecanismo pelo qual o poder soberano se manifestaria na pessoa do presidente. Este teria o poder de decidir a exceção, quando ela existe, como aplicá-la e até quando¹⁰. Essa ideia está explícita na frase que abre seu livro “Political Theology” (1922) “*Soverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*”¹¹, já que “über” é um termo ambíguo e pode significar “aquele que decide qual é o caso excepcional” ou “aquele que decide o que fazer acerca do caso excepcional”.

⁹ SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*, 1927, p. 33.

¹⁰ OSTOVICH, Steven. *Carl Schmitt, Political Theology, and Eschatology*, 2007.

¹¹ Em tradução livre: “Soberano é aquele que decide acerca do Estado de Exceção”

É importante também entender que em “Political Theology” (1922), Schmitt descreve como a teoria e a estrutura do Estado tem suas raízes na teologia, mas de forma secularizada. O Estado como soberano, criador de leis e regulador das hierarquias estatais é apenas uma reflexão de uma metafísica teológica secularizada. De forma mais simples, o Soberano, como criador das leis do universo, decide como e quando essas leis podem ser quebradas, através da exceção. A exceção, na teologia, seria o milagre. O milagre, que está fora da estrutura preconcebida, foge as regras preestabelecidas para solucionar um problema que não poderia ser solucionado dentro da rigidez do sistema estabelecido.

1.2 Estado de Exceção para Agamben

O filósofo italiano, Giorgio Agamben, debruçou-se sobre o Estado de Exceção para responder uma pergunta: por que Estados Liberais Democráticos tornam-se Estados Totalitários¹². Para responder esse questionamento, precisamos primeiro entender o conceito de *Homo Sacer*, resgatado por Agamben dos romanos, que está no centro de sua teoria. Mas antes mesmo disso, precisamos trabalhar com a diferenciação de *bios* e *zoe* que tem como base uma distinção feita por Aristóteles¹³.

Bios seria a vida em grupo dependente da linguagem¹⁴, ou seja, uma vida em sociedade, que para os gregos, seria uma vida política. Já *zoe*, Agamben descreve como uma “vida nua”, uma vida análoga a uma vida animal, natural e biológica, comum a todos os seres, uma mera existência¹⁵. Uma vida política, definida por uma vida em sociedade e uma “vida nua”, dada pelos Deuses e assim, sagrada. Ainda para os gregos, a vida doméstica seria compreendida como *zoe*, desta forma, mulheres, crianças e idosos, por não participarem da vida política, não teriam *bios*.

Na antiga Roma, *Homo sacer*, era o indivíduo exilado de sua sociedade (como punição) e assim poderia ser morto por qualquer um pois sua vida não é mais considerada como existente, mas não poderia ser sacrificado perante os deuses, pois

¹² Acerca do Totalitarismo, ver Hannah Arendt.

¹³ MARTINS, Aline Souza. *Homo sacer, sujeitos abandonados ao crime*, 2014.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

seu sacrifício seria sacrílego, pois essa vida já pertence aos deuses íferos. Exilado da sociedade, este indivíduo era extirpado forçosamente de seu *bios*, restando-o apenas *zoe*, sua vida nua. *Sacer*, sagrado, neste contexto, se refere a separação, à sua exclusão em vista de sua consagração aos deuses infernais. Separação deste indivíduo da sua sociedade. É neste ponto que o conceito de soberania de Carl Schmitt nos será útil. Já que o *Homo sacer* faz parte da exceção, quem decide o que faz parte dessa exceção, ou quem poderá ser morto por qualquer um, sem nenhuma consequência, é o soberano.

No passado europeu medieval, e no início da idade moderna, este soberano era o Monarca, que tinha seu poder legitimado pela vontade divina (sagrado, fora da estrutura). Mas com a rejeição da monarquia e o a Declaração de Independência (1776) e da Declaração dos direitos do homem (1789), essa soberania, antes concentrada na figura do rei, agora é dividida entre os homens, não mais dada por Deus, mas uma responsabilidade coletiva, uma nação.

Ainda, em sua missão de compreender como um estado se torna totalitário, Agamben analisará sob essa ótica, com ajuda da ideia de Biopoder de Michael Foucault (1926-1984), uma nova perspectiva acerca da “biologia”. Para Foucault, biopoder é a “forma de governar a vida”, dividido em “disciplina, o governo dos corpos dos indivíduos; e biopolítica, o governo da população como um todo”¹⁶. Segundo Agamben, “biologia” é totalitária por sua própria natureza. Isso porque ela reduz ao homem a um animal, a “bestialização do homem” e pela forma em que ela mede e “impõe” a vida. Também, pois a “biologia” dita a normalidade, através da genética ou da anatomia e por consequência a anormalidade, assim reformulando a dicotomia “inclusão-exclusão”. Enquanto perante a natureza, os sujeitos são *zoe*, para os Estados Modernos, os sujeitos são *bios*. É essa combinação, entre “biologia” e Estado moderno que faz com o que o sujeito também seja objeto. Vida nua, *zoe*, mais direitos políticos, *bios*.

Assim a “Biologia” não só determina quem é o outro e o exclui através de seu conceito inerente de normalidade, mas também permite o assassinato do outro, pois o reduz a sua “vida nua”, animalesca, *zoe*. A única coisa que protege o indivíduo dessa morte, seria sua vida política, *bios*. Ou seja, assim como o *Homo Sacer*, se retiramos a cidadania do indivíduo, o reduzimos a *zoe*, o colocaríamos para fora do sistema jurídico

¹⁶ BERTOLINI, Jeferson. *O conceito de Biopoder em Foucault: Apontamentos Bibliográficos*, 2018.

e logo este pode ser morto sem consequências. O mecanismo utilizado pelo Estado para reduzir esse divido a sua “vida nua” é o Estado de Exceção.

2. O Estado de Exceção na história: Estados Unidos, França e Alemanha

“A great civilization is not conquered from without until it has destroyed itself from within¹⁷”

-Will Durant

Com os conceitos que nos auxiliam a entender o Estado de Exceção assimilados de forma geral, passemos a explorar sua história, no contexto de três países, a fim acompanharmos a sua trajetória, seus vários usos e como ponto de partida para a análise da modernidade. A visão de que a história é cíclica, “progressista” e repetitiva dentro de um estudo de “leis de história” ou “leis de um desenvolvimento social” é chamado de historicismo. Na definição de Karl Popper:

I mean by historicism an approach to the social sciences which assumes that historical prediction is their primary aim, and which assumes that this aim is attainable by discovering the 'rhythms' or the 'patterns', the 'laws' or the 'trends' that underlie the evolution of history¹⁸¹⁹

Ao decorrer desse trabalho, explicar os eventos que se sucederam na história, sob a ótica do historicismo, será uma tentação. Mas nós não o faremos e esse não é o intuito dessa análise histórica. Ou seja, não se pretende sugerir que exista necessariamente uma correlação direta ou precedentes fixos para o estado de exceção que se observa na modernidade.

¹⁷ Em tradução livre: “Uma grande civilização não pode ser conquistada por fora até que venha ser destruída por dentro”

¹⁸ Em tradução livre: “O que eu quero dizer com historicismo é uma abordagem das ciências sociais que assume que a previsão histórica é seu objetivo principal, e que assume que esse objetivo é alcançável ao se descobrir os “ritmos” ou os “padrões”, as “leis” ou as “tendências” que fundamentam a evolução da história”

¹⁹ POPPER, Karl. *The poverty of Historicism*, 1944, p 3.

É fato inquestionável que devido ao menos ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, as crises enfrentadas pelo estado moderno apresentam um panorama de complexidade diverso, e em certa medida mais extenso que o das observadas nos séculos 18 e 19. Apesar disso, não seria razoável desvincular totalmente os fatos históricos do estadismo moderno. Com crises mais complexas, soluções e exceções mais abrangentes também são aplicadas. Seja o estado de exceção uma realidade puramente jurídico-política ou não, a questão é que a história aparenta se repetir em diversos países, democracias jovens e tardias. Se isso é meramente um risco que se aceita, parte e parcela da democracia liberal ou um sintoma de algo mais grave, endêmico, a história, como instrutora e não como oráculo, é inevitavelmente um ponto de partida para essa análise.

2.1 França

Segundo Agamben o estado de exceção tem origem em um decreto da Assembleia Nacional Constituinte Francesa em 1791²⁰. O decreto, inicialmente, teria um conteúdo majoritariamente militar, tratando de uma organização estrutural contraofensivas estrangeiras²¹. Mas devido à instabilidade político-jurídica do período, logo a ideia do “inimigo interno” (*rebelles*) seria prevista nas leis subsequentes de 1797 e 1811 e equiparado às investidas inimigas²². É assim que nasce, de acordo com Gasparetto, a diferenciação entre um estado de sítio militar (*état de siège militaire*), para ataques de inimigos externos e de estado de sítio político (*état de siège politique*) para cidades tomadas por rebeldes. Uma das principais diferenças entre um estado de paz (*état de paix*), ou de um estado de guerra (*état de guerre*) para o estado de sítio (*état de siège*), é a transferência de poder de uma autoridade civil para uma autoridade militar²³.

Ainda segundo Agamben, em 1799 a Constituição de 22 Frimaire Ano VIII, introduz a ideia de uma suspensão constitucional (*de l'empire de la constitution*). Em

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004.

²¹ GASPARETTO JÚNIOR, Antonio. *Usos e abusos do estado de sítio na França (1849-1875)*, 2020, p 4-17.

²² Idem.

²³ LE GAUL, Sébastien. *Origines de l'État de Siège en France*. Université Jean Moulin, 2021

1814, o artigo 14 concedia ao soberano, de forma vaga, o poder de emitir decretos e regulamentos que fossem necessários para a execução da lei e a segurança do Estado^{24,25}. Em 1815, através de uma espécie de emenda à constituição, o estado de sítio é expressamente mencionado e sua declaração restringida por lei²⁶. Essa transformação progressiva dos ordenamentos demonstra como uma necessidade antes meramente militar passa a ser aplicada de forma cada vez mais generalizada.

Com o início da Segunda República, a relação entre a “lei” e “emergência” na tradição francesa torna-se mais clara. A constituição de 1848 prevê que uma lei definiria “as ocasiões, as formas e os efeitos do estado de sítio”²⁷, ou seja, o conceito de “necessidade” estaria presente dentro do sistema legal. Isso aproxima a doutrina francesa da alemã, mas segundo Agamben, uma grande diferença seria o fato de que para os franceses, “o poder de suspender as leis só pode caber ao próprio poder que as produz”²⁸. Uma nova lei já em 1849 determinava exatamente que o Parlamento, com o chefe de estado como suplente, poderia declarar o estado de sítio político em caso de “perigo iminente para a segurança externa ou interna”²⁹.

A partir deste período da história da França, em meio a guerras, instabilidades jurídicas e políticas da época, o estado de exceção aparenta ganhar uma roupagem de normalidade. Na guerra Franco-Prussiana de 1870, o estado de sítio (*état de siège*) é declarado simultaneamente por 43 departamentos franceses, equivalente à metade do país e na Primeira Guerra Mundial, o país inteiro é colocado em estado de sítio³⁰. Agamben chama esse período de um “estado de sítio permanente” e, de fato, tanto em 1870, como na Primeira Guerra Mundial, o instituto ficou em vigor por 5 e 6 anos, respectivamente.

²⁴ A observação de Chateaubriand transcrita por Agamben: “*qu’il est possible qu’un beau matin tout la Charte soit confisquée au profit de l’article 14*” tem como tradução livre: “É possível que em uma bela manhã toda a *Charte* (constituição política da monarquia francesa) seja perdida em benefício do artigo 14”.

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004.

²⁶ Idem.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 24

²⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 25

²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 25

³⁰ GASPARETTO JÚNIOR, Antonio. *Usos e abusos do estado de sítio na França (1849-1875)*, 2020

Gasparetto aponta também que, para além do combate ao inimigo externo, em ambos os conflitos, o estado de sítio fora utilizado para o controle da mídia³¹ e, com o fim da Primeira Guerra Mundial, serviu para estruturar a Terceira República Francesa através do controle das comunicações, censura de jornais, limite da atuação política de partidos e o combate ao movimento anarquista³². É evidente o abuso do estado de sítio, desviado de seu propósito inicial, para servir os interesses de uma classe política.

Nos anos antecedentes a Segunda Guerra Mundial, tanto partidos de direita como partidos de esquerda “legislaram” através do uso de decretos governamentais³³. O governo de Pierre Laval, por exemplo, criaria mais de 500 “decretos-leis” enquanto as atividades do parlamento estavam suspensas³⁴. Toda essa governabilidade através de decreto se tornaria irrestrita com o início da Segunda Guerra em 1939. O executivo ganharia o poder de “tomar, por meio de decreto, todas as medidas necessárias para garantir a defesa da nação”³⁵.

O conceito do estado de exceção ganhou ainda uma terceira forma na guerra de independência da Argélia (1954-1962). Devido aos diversos ataques da “*Front de Libération Nationale*” (FLN) em 1954, o governo francês ansiava por mais poderes para conduzir interrogatórios, buscas, cumprir mandados e prender indivíduos com possíveis ligações com os ataques. No entanto, como vimos, o estado de sítio transfere parte dos poderes civis aos militares, o que, além de insinuar que a Argélia não fazia parte da República Francesa, contraria o propósito desejado da declaração de um estado de exceção³⁶.

Assim, em 3 de Abril de 1955, alegando que “*la prolongation de l’insécurité trouve son origine essentielle dans l’insuffisance des moyens de droit qui n’ont pas été conçus pour des périodes insurrectionnelles*”³⁷, foi promulgada a lei número 55-385, que permitia

³¹ Esse acontecimento histórico nos será útil para análise da atualidade que faremos no terceiro capítulo.

³² GASPARETTO JÚNIOR, Antonio. *Usos e abusos do estado de sítio na França (1849-1875)*, 2020

³³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 26

³⁴ ROSSITIER, CLINTON L. *Constitutional Dictatorship*. Princeton University Press, 1948, p 122-123.

³⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 27.

³⁶ SEVERSON, Daniel. *State of Emergency: How the Paris Attacks Expanded France’s Police Powers*, 2015.

³⁷ Em tradução livre: “O prolongamento da insegurança encontra sua origem essencial na insuficiência dos meios de direito que não foram projetados para períodos de insurreição”

o “*gouverneur général*”³⁸ da Argélia estipular um toque de recolher, restringir o ir e vir de indivíduos, declarar prisões domiciliares, proibir a reunião de pessoas, fechar locais públicos, controlar a mídia e permitiria as autoridades administrativas cumprir mandados de busca de dia e de noite³⁹. Este novo tipo de estado de exceção seria chamado de “*état d’urgence*”⁴⁰.

Na atualidade, com a Constituição de 1958, a França mantém a regulação do estado de sítio (*état de siège*) no artigo 36. Já o estado de emergência (*état d’urgence*) através do artigo 16, evocado na crise Argelina e depois em 2005 e nos ataques terroristas de 2015. Agamben sustenta que “*a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo*”⁴¹, essa afirmação com certeza se deve ao fato de que até os dias de hoje a constituição francesa regula o estado de exceção de forma explícita, diferentemente das constituições da maioria dos países ocidentais. Historicamente não é difícil ver a exatidão do estado de exceção como “técnica de estado”⁴², no capítulo terceiro, trabalharemos com a excepcionalidade na atualidade da França, Alemanha e dos Estados Unidos.

2.2 Alemanha

A Alemanha e a França possuem histórias entrelaçadas. Com base da tradição francesa trabalhada anteriormente, podemos fazer comparações que facilitam a compreensão. Sabemos já que a tradição alemã também procura prever a “necessidade” dentro de seu sistema legal. Sabemos também que, diferente da tradição francesa, a alemã confia a declaração do estado de exceção ao chefe de estado. Mas antes de analisarmos a famosa república de Weimar, os eventos que culminaram na unificação

³⁸ Em tradução livre: “Governador Geral”

³⁹ THÉNAULT, Sylvie. *L’état d’urgence (1955-2005). De l’Algérie Coloniale à la France contemporaine: Destin d’une loi*, 2007.

⁴⁰ Em tradução livre: “Estado de urgência/emergência”

⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 27-28.

⁴² Neste contexto a expressão e conceito de “Técnica de Estado” é trabalhado pelo jurista alemão Günter Frankenberg.

alemã podem ser os fatores contribuintes para esse sistema jurídico mais voltado para o chefe de estado e por isso iniciaremos nossa análise no século XIX.

Para o povo germano, de acordo com o historiador alemão Heinrich August Winkler, duas problemáticas faziam oposição a uma Alemanha unificada. Primeiro, uma questão de território, nas revoluções que ocorriam entre os anos de 1848 e 1850, era discutido se a Áustria ou parte dela deveria pertencer a essa nova Alemanha. Segundo, uma questão constitucional, se a Alemanha unificada seria liderada por seus representantes eleitos (um parlamento pangermânico) ou pelas diferentes elites dos estados germânicos. Para os revolucionários, a solução precisaria trazer união e liberdade ao mesmo tempo.

Com essas revoluções ainda frescas na memória da classe política da Prússia, em 1851 uma lei para regular o estado de sítio foi criada, dando poderes ao exército para conter revoluções internas e perigos externos. A inadequação dessa lei para o uso de casos de guerra e de emergências nacionais seria ignorada e sua aplicação e interpretação acabaram por se generalizar.⁴³

Isso explica a reação do parlamento quando em 1860 o governo da Prússia planeja uma reorganização militar custosa. Temendo não só abusos mas também um fortalecimento da monarquia e da nobreza, o parlamento alemão desaprova qualquer reforma. Sob a regência do então príncipe William, a câmara dos representantes é dissolvida e novas eleições são convocadas. Mas a vitória dos “Progressistas” não traz o resultado desejado e a reforma é novamente barrada⁴⁴.

Em 1862, o agora rei William I, aponta Otton von Bismark como primeiro-ministro e como ministro das relações exteriores. Bismark ignora o parlamento e executa as reformas militares. A oposição se restringe a protestos verbais e quando a Prússia vence a Dinamarca (1864) e a Áustria (1866), o parlamento também se vê derrotado e aprova retroativamente todos os atos do governo⁴⁵. Esses eventos colocariam um fim na “Crise Constitucional da Prússia” com o executivo fortalecido em face ao legislativo e abriria o

⁴³ KITCHEN, Martin. *The Silent Dictatorship: The Politics of the German High Command under Hindenburg and Ludendorff 1916-1918*. Routledge, 2019.

⁴⁴ BLACKBOURN, David. *History of Germany, 1780-1918: The the long nineteenth century*. Blackwell, 2003.

⁴⁵ idem.

caminho para uma “revolução de cima para baixo” (Revolution from above⁴⁶)⁴⁷ por parte de Bismark.

Com a vitória militar sobre a Áustria e sobre a França em 1870/1, o problema de território havia sido resolvido. O império Alemão seria formado e teria seu território composto pela chamada “pequena Alemanha” (*Kleindeutschland*), excluído o território do Império Austríaco. A solução de Bismark saciava um dos anseios das revoluções de 1848 e 1850, a união. Mas a liberdade almejada não seria saciada. Ceder poder ao parlamento contrariava os interesses de diversos estados alemães que através da união detinham parte do poder executivo. Mesmo que o sufrágio universal masculino estivesse presente na constituição de 1849, uma democratização parcial só viria no século XX.

A lei primordial do Império Alemão, chamada de constituição imperial de Bismark (*Bismarcksche Reichsverfassung*), promulgada em 16 de abril de 1871, já demonstrava expressamente a confiança depositada no “chefe de estado” e no poder executivo em geral. O artigo 68, que se valia da regulação do estado de sítio da lei prussiana de 1851, atribuía poderes ao imperador⁴⁸ para declarar o estado de guerra (*Kriegszustand*) em parte de seu território⁴⁹. O chanceler, que também era o primeiro-ministro da Prússia e membro do *Bundesrat*, era escolhido pelo imperador e indicava os secretários de estado do *Reichsleitung*.

A Constituição de Weimar não abandonaria essa tradição, em seu artigo 48, introduzido pela Assembleia Nacional, o presidente do Reich recebia amplos poderes para “tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com a ajuda das forças armadas” como também para esse fim “suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais estabelecidos nos artigos 114,115, 117, 118, 123, 124, e 153”⁵⁰. Os freios dependiam da votação de uma lei que nunca seria votada, tornando o artigo 48 a porta de entrada para um estado de exceção,

⁴⁶ Em tradução livre: “Revolução de cima”.

⁴⁷ BLACKBOURN, David. *History of Germany, 1780-1918: The the long nineteenth century*. Blackwell, 2003.

⁴⁸ O título e poder de imperador da Alemanha unificada estava vinculado ao reinado da Prússia segundo a Constituição Bismark

⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 28.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 28.

a futura dissolução do *Reichstag*, a chamada “ditadura presidencial” e todo o tumulto político-jurídico que levaria a ascensão de Adolf Hitler.

2.3 Estados Unidos da América

Para Agamben, a problemática do estado de exceção na história dos Estados Unidos tem origem em dois pontos. O primeiro é o art. 1 da Constituição que estabelece “o privilégio do *writ* do *habeas corpus* não será suspenso, exceto se, em caso de rebelião ou de invasão, a segurança pública o exigir” mas sem definir a autoridade competente, que por contexto e opinião majoritária, acredita-se ser o congresso⁵¹. O segundo, seria a relação entre a atribuição do poder ao congresso de declarar guerra, recrutar e manter o exército e frota, e a atribuição de “comandante-em-chefe”⁵² do exército e frota ao presidente dos Estados Unidos.⁵³

Assim, mais de 70 anos depois da ratificação de sua constituição, a guerra civil norte-americana (1861 – 1865) coloca o sistema jurídico-político a prova. O resultado foi a suspensão do *writ* de *habeas corpus*, censura do correio, prisão e detenção de pessoas suspeitas de “*disloyal and treasonable practices*”⁵⁴ e o recrutamento de um exército de 75 mil homens através de medidas provisórias do então presidente Abraham Lincoln⁵⁵. Como na Alemanha, no mesmo período, o congresso, embora ciente das transgressões constitucionais se vê obrigado a ratificar os atos presidenciais em agosto de 1861. Fortalecido, o presidente, “sob sua única responsabilidade”, liberta escravos, estende o estado de exceção a todo o território nacional autorizando prisão e julgamento a insurgentes.⁵⁶

Mesmo com a rendição do exército da Virginia do Norte, considerado o mais relevante das forças confederadas em 09 abril de 1865, a guerra ainda duraria alguns meses. Pequenas revoltas e grupos paramilitares continuariam a agir por anos. O fim

⁵¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 34

⁵² *Commander in Chief*.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 35

⁵⁴ Em tradução livre “Desleais e práticas de traição. Talvez essa medida provisória seja a precursora da lei federal “*Espionage Act*” de 1917.

⁵⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 35

⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 36

legal da guerra de secessão só ocorre 20 de agosto de 1866 com a proclamação do então presidente Andrew Johnson⁵⁷:

And I do further proclaim that the said insurrection is at an end, and that peace, order, tranquility and civil authority now exist in and throughout the whole of the United States.⁵⁸

Apesar disso, persistiram poderes excepcionais que regiam sobre relações militares-civis. Como era o caso de uma lei de 1865 que limitava, mas reconhecia o uso do exército para “manter a paz no dia das eleições”. Democratas e Republicanos discutiam no Congresso a possibilidade de se manter em vigência uma lei sancionada em meio a uma guerra, logo o debate já se centralizava no conceito de “tempos de paz” e “tempos de guerra”. Essas discussões teóricas se mantiveram durante anos, e até 1869, o estado da Georgia, no Terceiro Distrito Militar, ainda era tratado como em guerra⁵⁹. O fim dos “poderes de guerra” só viria após o seu desmantelamento em 1871⁶⁰. No mesmo ano, o então presidente Ulysses S. Grant requisitaria ao Congresso poderes mais amplos para enfrentar a ameaça do Ku Klux Klan, que incluíam suspender *habeas corpus* (limitado por 2 anos) e utilizar o exército contra conspiradores sem interferência de governadores, juízes federais ou do legislativo.⁶¹

Já com o início da primeira guerra mundial em 28 de julho de 1914, o presidente Woodrow Wilson, mesmo tendo sido eleito sob uma plataforma pacifista, após a guerra submarina irrestrita alemã, recorre a poderes excepcionais para “tornar o mundo seguro para a democracia”⁶², entrando em guerra com a Alemanha em 1917. Seu programa de governo incluiria atos de recrutamento, a lei de espionagem de 1917⁶³, leis acerca de sedição, proibições nacionais, controle de preços de alimentos e combustíveis⁶⁴ (*Food*

⁵⁷ MURRAY, Robert B. *The End of the Rebellion*, p. 336.

⁵⁸ Em tradução livre “E proclamo ainda que a referida insurreição chegou ao fim e que a paz, a ordem, a tranquilidade e a autoridade civil agora existem dentro e em todo o território dos Estados Unidos”

⁵⁹ DOWNS, Gregory P. *States of Exception in American History*, p. 155-162.

⁶⁰ DOWNS, Gregory P. *States of Exception in American History*, p. 164

⁶¹ *Idem*.

⁶² O *Joint Address* ao congresso pelo presidente Woodrow Wilson que levaria a guerra pode ser acessado em: www.archives.gov/milestone-documents/address-to-congress-declaration-of-war-against-germany, acessado em 10/02/2023.

⁶³ Espionage Act of 1917.

⁶⁴ DOWNS, Gregory P. *States of Exception in American History*, p. 116

and Fuel Control Act of 1917⁶⁵). Acerca desse tamanho acúmulo de poder nas mãos do executivo, o senador James A. Reed se dirige ao Congresso:

The power demanded is greater than has ever been exercised by any king or potentate of earth; it is broader than that which is exercised by the Kaiser of the Germans. It is a power such as no Caesar ever employed over a conquered province in the bloodiest days of Rome's bloody despotism.

Apesar dessa resistência por parte de alguns membros do legislativo, segundo Agamben, diferentemente de Abraham Lincoln, o presidente Woodrow Wilson agia para que o congresso lhe delegasse o poder, governando através de leis excepcionais. É dessa forma que o estado de exceção praticado nos Estados Unidos passa a ter contornos de uma emergência militar e não somente econômica. O uso de expressões como, “*commander-in-chief*”⁶⁶, pelos presidentes americanos não são coincidências.

Logo após a primeira guerra mundial, com o país ainda sentindo os efeitos da pandemia de influenza de 1918-1920⁶⁷, o então presidente Warren G. Harding enfrenta a Depressão de 1920-1921. Curiosamente, no caminho oposto a seus antecessores, o antídoto proposto para a crise econômica não se valeria de poderes excepcionais. Harding adotaria uma política meramente econômica, que se valia de cortes de gastos e diminuição de impostos^{68 69}.

Em total contraste, e retornando à tradição da excepcionalidade, o presidente Franklin D. Roosevelt, mesmo antes da segunda guerra mundial, em meio de uma grave depressão econômica da história do Estados Unidos, acumulou poderes excepcionais, através de uma coleção de ordens executivas e legislações chamadas de “*New Deal*”⁷⁰. Seus poderes ilimitados para regulamentar e controlar a economia do país em todos os seus aspectos só se abrangeram e se fortaleceram com a eclosão da Segunda Guerra Mundial⁷¹

Se o congresso não agir, ou agir de modo inadequado, eu mesmo assumirei a responsabilidade da ação [...]. O povo norte-americano pode estar certo de que não

⁶⁵ Em tradução livre “Ato de controle de combustíveis e comida de 1917”

⁶⁶ Em tradução livre: “Comandante chefe”, mas uma tradução mais compreensível talvez fosse “Comandante Supremo”

⁶⁷ Também chamada de gripe espanhola.

⁶⁸ POWELL, Jim. *Not-so-great Depression*. Cato Instituto. National Review (Online), 2009.

⁶⁹ O importante não é se políticas econômicas liberais foram efetivas ou não na resolução da Depressão de 1920-1921, mas se uma crise pode ser solucionada sem o uso de poderes excepcionais.

⁷⁰ Em tradução livre: “O novo acordo”.

⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 36.

hesitarei em usar todo o poder de que estou investido para derrotar os nossos inimigos em qualquer parte do mundo em que nossa segurança o exigir. (Rossiter, 1948, p. 269)⁷²

Mesmo após décadas, várias das medidas temporárias e reformas políticas postas em prática nos anos de 1930 para o enfrentamento das diversas crises ainda estão em vigor nos Estados Unidos. Como por exemplo, o controle de mercado na agricultura; a produção e venda de energia elétrica para o governo; o salário-mínimo; seguro social; entre muitas outras políticas públicas. O mais impressionante legado é o da moeda fiduciária e do abandono do *Gold Standard*⁷³ iniciado pelo governo de Roosevelt com a “*Executive Order 6102*”⁷⁴. Essa ordem executiva exigia a entrega de todo ouro em posse de indivíduos, parcerias, associações e corporações, como também, exigia a entrega de todo o ouro que viesse a ser recebido após a ordem⁷⁵. Em 1971, o presidente Richard Nixon anunciaria que o governo dos Estados Unidos não converteria mais dólares para ouro a um preço a uma taxa fixa, tornando assim a medida temporária em permanente.

Mas nada seria comparado a primavera de 1942, quando cento e vinte dois mil homens, mulheres e crianças de descendência japonesa seriam retirados de suas casas e forçados pela *War Relocation Authority*⁷⁶ (WRA), criada pela ordem executiva 9066 do então presidente Franklin D. Roosevelt, a adentrar um campo de concentração.⁷⁷ O campo seria marcado por uma sociedade totalmente separada, com cidadãos despidos de seus direitos básicos.

Tão revoltante também seria o véu posto sob as operações do campo. O governo americano criaria vários mecanismos para simular uma sociedade paralela. Eleições para um conselho, mas que não teria nenhum poder decisório. Uma força de segurança interna, mas sem nenhuma autoridade de manutenção de paz. Ofertas de trabalho, mas que ofereceriam 15% do salário médio da época. Um jornal próprio, censurado e controlado através de mecanismos diversos pelos administradores do campo. Ou seja,

⁷² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção, Homo sacer, II, I*, 2004, p. 36.

⁷³ Em tradução livre: “Padrão-ouro”

⁷⁴ Em tradução livre: “Ordem executiva 6102”.

⁷⁵ A ordem executiva 6102 pode ser acessada em: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-6102-requiring-gold-coin-gold-bullion-and-gold-certificates-be-delivered>, acessado em 10/02/2023.

⁷⁶ Em tradução livre: “Autoridade de Relocação de Guerra”

⁷⁷ KESSLER, Lauren. *Japanese Internment Camps*, 1988.

através de farsas e artimanhas, os campos de concentração japoneses eram controlados e a moral dos seus ocupantes era mantida em controle⁷⁸.

Muitos homens e mulheres, a fim de provarem sua lealdade ao Estados Unidos e ter seus direitos como cidadãos restaurados, se alistaram nos serviços militares oferecidos. Em um paradoxo que beira o surrealismo, os cidadãos americanos japoneses tinham o dever de matar e morrer pelo seu país, mas não tinham o direito de viver livre em seu território⁷⁹. O último campo só seria oficialmente fechado no começo de 1946, com o fim da guerra.

3. Estado de Exceção como paradigma de governo?

“To the great evil, people don’t get in one large step, but many tiny ones, each too small for a great outcry⁸⁰”

- Autor desconhecido

Munidos agora do conceito do Estado de Exceção e cientes de seu contexto histórico, passemos a analisar exemplos mais recentes de sua atuação. Mas primeiro, quando conceituamos o estado de exceção, deixamos de lado propositalmente a conclusão lógica de Agamben. Talvez, somente com o contexto histórico já se possa deduzir onde o Estado de Exceção possa chegar e agora, através de exemplos mais atuais, podemos ter mais certeza.

O Estado de exceção é constituído quando o soberano age fora das normas preestabelecidas, fora da lei. Agamben acredita que o Estado Moderno se encontra em um estado de exceção permanente já que o seu uso é constante e alguns dirão, irrestrito. Quando esmiuçamos as teorias filosóficas e político-jurídicas de Agamben,

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Essas informações se encontram na Densho Encyclopedia que pode ser acessada em: https://encyclopedia.densho.org/Japanese_Americans_in_military_during_World_War_II/, acessado em 10/02/2023.

⁸⁰ Em tradução livre: “Para o grande mal, pessoas não dão passos largos, mas vários passos pequenos, cada um pequeno demais para um alarido”

diferenciamos *zoe* e *bios*. No Estado de Exceção permanente, a única coisa que impede que o indivíduo se torne *homo sacer*, sagrado, separado e por consequência, possa ser morto sem consequências é sua cidadania, seu *bios*.

Assim, Agamben entende que só pelo fato de o Estado ter essa possibilidade, de extirpar o cidadão de seu *bios*, verdadeiramente não se tem os direitos que se acredita ter. O soberano apenas concede aos indivíduos esses direitos, ele não os possui verdadeiramente. Essa “revogação” da cidadania ou do *bios*, que pode ocorrer por uma percepção do indivíduo como uma ameaça, associada ou não a fatores históricos ou sociais⁸¹, é feita para que possa justificar ou legalizar seu abuso e até mesmo sua morte.

Se pudermos esticar um pouco a teoria de Agamben e emprestar de forma grosseira, e mais filosófica do que física, a “interpretação de muitos mundos”⁸² da mecânica quântica, poderíamos dizer que essas ações que amputam o *bios* de cidadãos não criam um, novo mundo, um estado de exceção. O estado de exceção sempre existia e essa decisão meramente o revelou. Os males do mundo, como a violência, sempre estiveram presentes. Não há distinção nenhuma entre potencial e a realização. A mera possibilidade de algo ocorrer, por essência, implica que já aconteceu, que já está presente neste mundo⁸³.

⁸¹ Por exemplo, no caso dos campos de concentração japoneses, fora o início da segunda guerra, nenhum outro evento histórico ou social poderia trazer suspeita de que um dia seu status de cidadãos seria, no mínimo, posto em suspensão.

⁸² Criada por Erwin Schrödinger e expandida por Hugh Everetts, a “interpretação de muitos mundos”, resumidamente, sugere que “*todo o universo é descrito por uma gigantesca função de onda que contém dentro de si todas as realidades possíveis*”. Esta definição como também críticas a essa teoria podem ser encontrada em: <https://www.quantamagazine.org/why-the-many-worlds-interpretation-has-many-problems-20181018/>, acessado em 10/02/2023. De qualquer forma, não é sua aplicação física/matemática que nos interesse aqui, mas sim sua proposição filosófica. Achamos que essa comparação seria didática, mesmo que ela talvez venha a desagradar alguns físicos.

⁸³ Essa ideia é trabalhada pelo escritor Cormac Mccarthy em diversas obras. Em especial, “Blood Meridian”. “*War was always here. Before man was, war waited for him. The ultimate trade awaiting its ultimate practitioner*”. “*A guerra sempre vai existir. Antes do homem aparecer, a guerra estava a sua espera. A ocupação suprema à espera do praticante supremo.*”

3.1 EUA e o 11 de Setembro

No dia 11 de setembro de 2001, quatro aviões sequestrados por terroristas ligados à Al-Qaeda⁸⁴ são desviados de seus percursos originais. O “American 11”, se choca com a torre norte do *World Trade Center* às 8:46. Dezesesseis minutos depois, o segundo avião, o “United 175”, se choca com a torre sul às 9:03. As 9:37, o “American 77” atingiria o Pentágono. Às 10:02, após lutarem bravamente contra seus sequestradores, os passageiros do “United 93” impediriam que o avião colidisse contra seu alvo original, o Pentágono. O avião cairia em um campo aberto na Pensilvânia, a 20 minutos de Washington DC⁸⁵.

A resposta legal a essa tragédia mudaria completamente a ordem política e jurídica global. Apesar da lista de medidas propostas e aplicadas ser extensa, nos limitaremos a análise de apenas três, que englobam e baseiam quase todas as ações tomadas na declarada Guerra ao Terror (*War on Terror*). São elas: a AUMF (*Authorization of the Use of Military Force Act*), o *PATRIOT ACT* e a *Military Order of November 13, 2001*.

Com sua aprovação popular em ápice desde sua eleição em 2001⁸⁶ e com os membros do Congresso sob o peso dos recentes ataques terroristas, o presidente George W. Bush declara estado de emergência⁸⁷. O congresso, no dia 18 de setembro, aprova quase com unanimidade o *Authorization for the Use of Military Force Act*⁸⁸ (*AUMF*) que permitiria o presidente tomar:

⁸⁴ WRIGHT, Lawrence. *The Looming Tower: Al-Qaeda and the Road to 9/11*, 2006.

⁸⁵ The National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States. <https://9-11commission.gov/report/>, acessado em 10/02/2023

⁸⁶ Os dados da aprovação do presidente George W. Bush pode ser acessados em: <https://web.archive.org/web/20090402045152/http://www.gallup.com/poll/116500/presidential-approval-ratings-george-bush.aspx>, acessado em 10/02/2023

⁸⁷ Proclamation 7436

⁸⁸ Em tradução livre: “Ato de autorização do uso de força militar”

All necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons the President determines planned, authorized, committed or aided the terrorists' attacks that occurred on September 11, 2001 or harbored such organizations or persons. 89 90

Ou seja, por meio da AUMF o Congresso autoriza o presidente a usar a força necessária contra qualquer nação, organização e pessoas envolvidas de alguma forma nos ataques terroristas do 11 de Setembro. Esse envolvimento seria determinado pelo próprio presidente. Em consonância com a generalidade do termo “Guerra ao terror” (*War on Terror*) e seu objetivo vago, também generalista e imprecisa seria a definição de “*Unlawful Enemy Combatants*”⁹¹, termo que englobaria todos os inimigos potenciais envolvidos nos ataques. Nas duas casas, somente a congressista Barbara Lee votaria contra a proposta⁹², alegando que a medida seria um cheque em branco para “guerras eternas”⁹³. Sua intuição se provaria correta nos anos subsequentes.

The 2001 AUMF is a blank check for endless war. It is an abdication of Congress's constitutional responsibility to give the American people a voice on matters of war and peace. Currently, any President can wage war in any place, at any time against nearly any enemy without Congressional oversight or debate. The American people deserve a voice in deciding whether or not our country goes to war (Barbara Lee).

Desde sua aprovação, a interpretação generalizada de todos os presidentes desde George W. Bush é de que a AUMF não se limita a Al-Qaeda ou ao Talibã. Já que é o próprio quem determina o que constitui envolvimento, a utilização dessa ferramenta passa a ser não somente reativa, mas preventiva em face de qualquer suposta ameaça presente ou futura a segurança dos EUA. O resultado é uma expansão da intervenção bélica norte-americana, como também uma expansão jurídica que procura respaldar ações militares, permitindo assim que o presidente intensifique, alongue e expanda conflitos ao redor do mundo sem o parecer do Congresso⁹⁴.

⁸⁹ QUINTART, *Emmanuelle. Law, crisis, and Guantanamo after 9/11*, 2016.

⁹⁰ Em tradução livre: “Toda a força necessária e apropriada contra nações, organizações e pessoas que o presidente determine que planejaram, autorizaram, cometeram ou auxiliariam os ataques terroristas que ocorreram no 11 de Setembro de 2001 ou que abrigaram tais organizações ou pessoas”

⁹¹ Em tradução livre: “Combatente inimigo fora da lei”

⁹² Os resultados finais da votação podem ser conferidos em: <https://clerk.house.gov/evs/2001/roll342.xml>, acessado em 10/02/2023

⁹³ O Washington post noticia essa informação em <https://www.washingtonpost.com/history/2021/08/17/barbara-lee-afghanistan-vote/> acessado em 10/02/2023

⁹⁴ INGBER, Rebecca. Legally sliding into war, 2021.

Quase um mês depois, o presidente, junto de sua administração, propõe o USA PATRIOT ACT. No Senado, o projeto de lei passaria quase com unanimidade, somente o senador Russel Feingold votaria contra a proposta⁹⁵. O projeto se tornaria lei no dia 26 de outubro de 2001 com a assinatura do presidente. Enquanto a AUMF tinha o foco no inimigo externo, o PATRIOT ACT se voltava para o inimigo interno. Dentre as várias seções, as seções 213, 214, e 215 seriam as mais ofensivas aos direitos dos cidadãos norte-americanos.

Em afronta ao um princípio vigente no *common law* por mais de 400 anos⁹⁶, o “knock-and-announce”, incorporado na quarta emenda⁹⁷ da Constituição americana, a seção 213 afirma: “*Authority for delaying notice of the execution of a warrant*”⁹⁸. Ela concede ao governo o poder de executar mandados de busca e apreensão sem notificar previamente os sujeitos as tais buscas, atrasando a notificação do mandado para depois de seu cumprimento. Isso significa que com base nesses novos poderes, o governo, através de seus agentes, poderia adentrar a uma casa, um escritório ou um carro sem a presença ou conhecimento prévio de seus donos. Praticou-se inclusive procedimentos vinculados aos mandatos como apreensão de documentos, coleta de dados e registros fotográficos⁹⁹.

O Departamento de Justiça¹⁰⁰ norte-americano, acerca da seção 213 do PATRIOT ACT rebate essas acusações. Segundo ele, as circunstâncias que permitem um aviso tardio são específicas (como risco de morte ou fuga), já estariam em uso tendo sido

⁹⁵ O resultado da votação pode ser acessado em: https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_votes/vote1071/vote_107_1_00313.htm, acessado em 10/02/2023

⁹⁶ Ver *Semayne's case*. Ver também *Miller v. United States* e *Ker v California*.

⁹⁷ “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*” Em tradução livre: “O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, papéis e pertences, contra buscas e apreensões não razoáveis, não deve ser violado e nenhum mandado deve ser emitido, mas por causa provável, apoiado por juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”

⁹⁸ Em tradução livre: Autoridade para retardar o aviso da execução de um mandado.

⁹⁹ Essas informações foram retiradas do site da American Civil Liberty Union (ACLU) que pode ser acessado em: <https://www.aclu.org/other/surveillance-under-usapatriot-act>, acessado em 10/02/2023

¹⁰⁰ Department of Justice.

apenas codificado pelo PATRIOT ACT e compõem uma ferramenta indispensável para o combate ao terrorismo¹⁰¹.

A seção 214: “*Pen register and trap and trace authority under FISA*”^{102 103} volta a expandir a exceção a quarta emenda da Constituição americana, ao dispensar “*probable cause*”¹⁰⁴, padrão legal ao ser cumprido pelas autoridades policiais para requisitar um mandado de busca. No caso das buscas “*pen register/trap and trace*” o FBI seria isento até mesmo da suspeita do cometimento de um crime.

Novamente, o Departamento de Justiça norte-americano nega a violação de direitos constitucionais, alega que a seção 214 simplificou o requerimento dos mandados de busca “*pen register/trap and trace*”, que respeita os direitos dos cidadãos norte-americanos e que a seção teria limite temporal para seu uso¹⁰⁵. Ao menos no que tange a “*probable cause*”, a Suprema Corte Norte Americana já acumulava precedentes de que somente buscas “não consensuais” e “particularmente intrusivas” teriam o requerimento de “*probable cause*” em escala completa¹⁰⁶.

Já a seção 215: “*Access to records and other items under the Foreign Intelligence Surveillance Act*”¹⁰⁷ permite ao governo a coleta de registros sob posse de terceiros, acerca de indivíduos. Abrange inclusive registros financeiros, médicos, uso da internet, compra de livros, uso de bibliotecas públicas, padrões de viagens ou qualquer outra atividade que possua algum registro. Como nas seções anteriores, a 215 dispensa “*probable cause*”, mas inova, dispensando inclusive evidências que o sujeito alvo da coleta de registros seja um agente estrangeiro. Ainda, diferentemente da seção 213, a notificação da coleta de registros pode ser simplesmente omitida, proibindo até mesmo

¹⁰¹ Essas informações foram retiradas do próprio *site* do Departamento de Justiça americano que pode ser acessado em https://www.justice.gov/archive/ll/subs/add_myths.htm#s214, acessado em 10/02/2023

¹⁰² FISA, Foreign Intelligence Surveillance Act (Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira) também é o nome dado a uma corte especial que tem por competência, entre outras, a análise de requerimentos de mandados de busca contra terroristas ou espões estrangeiros.

¹⁰³ Em tradução livre: “Autoridade dos mandados de busca *Pen Register e Trap and Trace* para FISA”

¹⁰⁴ Em tradução livre: “Causa provável”.

¹⁰⁵ Essas informações foram retiradas do próprio *side* do departamento de justiça americano que pode ser acessado em https://www.justice.gov/archive/ll/subs/add_myths.htm#s214, acessado em 10/02/2023

¹⁰⁶ SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, 2004.

¹⁰⁷ Em tradução livre: “Acesso aos registros e outros itens sob a Lei de Vigilância de Inteligência Estrangeira (FISA).”

o terceiro detentor de anunciar o cumprimento da medida. Sendo o indivíduo um cidadão americano, a seção 215 fere a quarta emenda, fere também o devido processo legal garantido por uma cláusula da quinta emenda¹⁰⁸ e tem como alvo atividades protegidas pela primeira emenda¹⁰⁹ da Constituição americana¹¹⁰

Mais uma vez, o Departamento de Justiça afirma que a seção 215 protege de forma expressa a primeira emenda, que o seu uso é limitado e não pode ser usado para crimes comuns ou até mesmo terrorismo doméstico, que seu uso está sujeito a supervisão do Congresso e que os *“hábitos de leitura de cidadãos americanos comuns não é de nenhum interesse para aqueles conduzindo investigações de terrorismo”* mas mantém que *“Não devemos permitir que as bibliotecas se tornem refúgios seguros para atividades terroristas ou clandestinas”*¹¹¹. Curiosamente, Edward Snowden revelaria um esquema de espionagem que teria como alvo hábitos bem mais sensíveis e minuciosos do que “hábitos de leitura” em 2013.¹¹²

Por uma perspectiva diferente da expressa pelo senador James A. Reed em protesto aos poderes emergências de Woodrow Wilson que trabalhamos no capítulo anterior, não são apenas os poderes acumulados que causam desconforto, mas o escopo e a capacidade de seu exercício. É possível que até mesmo pessoas vivendo em sociedades monárquicas ou ditatoriais no passado tenham tido mais liberdades do que aqueles que viveram sob a vigência do PATRIOT ACT. Isso porque, diferentemente do passado, as tecnologias modernas permitem sistemas de vigilância e coleta de dados quase onipresentes na vida dos cidadãos modernos.

¹⁰⁸ “No one shall be “deprived of life, liberty or property without due process of law.” Em tradução livre: “Ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”

¹⁰⁹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.” Em tradução livre: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.”

¹¹⁰ Essas informações foram retiradas do site da American Civil Liberty Union (ACLU) que pode ser acessado em: <https://www.aclu.org/other/surveillance-under-usapatriot-act>, acessado em 10/02/2023

¹¹¹ Essas informações foram retiradas do próprio site do departamento de justiça americano que pode ser acessado em https://www.justice.gov/archive/ll/subs/add_myths.htm#s214, acessado em 10/02/2023

¹¹² O caso de Edward Snowden é muito extenso e não é o foco deste trabalho. Sua biografia pode ser acessada em <https://www.britannica.com/biography/Edward-Snowden>, acessado em 10/02/2023.

Em 13 de Novembro de 2001, fortalecido e respaldado pelo Congresso e pela opinião pública, o presidente George W. Bush publica a *Military Order*¹¹³ intitulada: *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*¹¹⁴. É por meio desse novo dispositivo que são criadas as *Military commissions*¹¹⁵ e a prisão de Guantánamo Bay.

Já vimos que, ao declarar a “guerra ao terror”, o então presidente Bush e sua administração também resgataram de forma vaga o termo “*Unlawful Enemy combatant*”. Para que se entenda o que isso significa, faz-se necessário entender que a categorização tradicional do direito internacional humanitário, em caso de conflitos armados, divide os envolvidos em combates e não-combatentes (civis). Essa divisão é importante pois combatentes, ao se tornarem prisioneiros de guerra (*Prisoner of War*) ou estiverem “fora de combate” (*hors de combat*), gozam de importantes direitos estabelecidos pela Terceira Convenção de Genebra¹¹⁶. De acordo com a convenção, em seu artigo 13, são considerados combatentes:

- 1) os membros das forças armadas de uma Parte em luta, da mesma forma que os membros das milícias e corpos de voluntários que façam parte dessas forças armadas;
- 2) os membros de outras milícias e de outros corpos voluntários, inclusive os de movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma das Partes em luta e que atuam fora ou no interior de seu próprio território, mesmo que esse território se ache ocupado, contanto que essas milícias ou corpos de voluntários, inclusive os movimentos de resistência organizados, preencham as seguintes condições:
 - a) ter no comando uma pessoa responsável pelos seus subordinados,
 - b) ter um emblema distintivo fixo e reconhecível a distância;
 - c) portar armas ostensivamente;
 - d) conformar-se em suas operações às leis e costumes de guerra;
- 3) os membros das forças armadas regulares que prestem obediência ao governo ou autoridade não reconhecidos pela Potência detentora;
- 4) as pessoas que acompanham as forças armadas sem fazer parte diretamente das mesmas tais como membros civis das tripulações de aviões militares, correspondentes de guerra, fornecedores, membros de unidades de trabalho ou de serviços

¹¹³ Em tradução livre: “Ordem Militar”

¹¹⁴ Em tradução livre: “Detenção, Tratamento e Julgamento de certos não-cidadãos na guerra contra o terrorismo”

¹¹⁵ Em tradução livre: “Comissão Militares”

¹¹⁶ VÅRK, Réne. *The Status and Protection of Unlawful Combatants*, 2005.

encarregados do bem-estar dos militares, desde que tenham recebido autorização das forças armadas que acompanham;

5) os membros de tripulações inclusive comandantes, pilotos e grumetes da marinha mercante e as tripulações da aviação civil das Partes em luta, que não gozem de tratamento mais favorável em virtude de outras disposições do Direito Internacional;

6) a população de um território não ocupado que, ao aproximar-se o inimigo, pegue em armas espontaneamente para combater as tropas invasoras sem ter tido tempo de constituir-se em forças armadas regulares, desde que portem armadas ostensivamente e respeitem as leis e costumes de guerra.” (Terceira Convenção de Genebra, Artigo 13, 1957)

Em contraste, civis não são combatentes, e, salvo em raras exceções, não devem participar de hostilidades como combatentes. Essa categorização segue uma regra que possui uma exceção, o civil que participa de hostilidades e o combatente que não segue as leis que governam o conflito são denominados de “combatentes fora da lei” (*Unlawful combatants*)¹¹⁷. Esses combatentes, caso capturados, não poderiam ser classificados como “prisioneiros de guerra” (POW) e, então, não estariam protegidos pela Terceira Convenção de Genebra. A prisão de Guantánamo Bay teria sido criada para conter exatamente indivíduos que o presidente e sua administração atribuiriam essa denominação.

Localizada em Cuba, para que o governo possa alegar que a Constituição americana não pode ser aplicada fora de seu território, a prisão de Guantánamo Bay seria e provavelmente continua sendo palco de diversas atrocidades em face aos direitos humanos dos detentos. Em violação dos direitos fundamentais, da Constituição americana e das convenções internacionais, os prisioneiros seriam mantidos por tempo indeterminado, não teriam direito a advogados ou acesso a corte e estariam sujeitos a interrogatórios e torturas, com condições de vivência sem nenhuma supervisão¹¹⁸.

O argumento da extraterritorialidade é inegavelmente uma manobra jurídica para manter a prisão como um “buraco negro legal”. A denominação dos prisioneiros como “combatentes fora da lei” não impede que sejam protegidos pela Quarta Convenção de Genebra, que exprime em seu artigo quarto: “São protegidas pela Convenção as

¹¹⁷ VÄRK, Réne. *The Status and Protection of Unlawful Combatants*, 2005.

¹¹⁸ SHERMAN, Edward F. *Obama Positions in the Aftermath of Supreme Court’s Rejection of Bush Detention Policies at Guantanamo*, 2009, p. 4

peças que, num dado momento e de qualquer forma, se encontrem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte, no conflito ou de uma Potência ocupante de que não sejam súbditas”¹¹⁹. Está claro aqui, ao menos o intuito de se reduzir essas vidas ao *homo sacer* de Agamben.

A excepcionalidade da prisão de Guantánamo Bay é também uma clara demonstração do poder soberano estadunidense. As violações das normas e apelos internacionais são tão constantes e explícitas que só podem nascer de uma ideia de superioridade em face as estruturas internacionais. Soberano é aquele que decide acerca da exceção.

3.2 França e os ataques terroristas de 2015

No dia 11 de Janeiro de 2015, pouco tempo depois dos ataques terroristas ao escritório da revista Charlie Hebdo em Paris, um movimento aproximadamente 4 milhões de pessoas, sob o slogan de “*Je Suis Charlie*”¹²⁰, marchou nas ruas da cidade em defesa da liberdade de expressão, liberdade de imprensa e a democracia liberal francesa¹²¹. Mas no dia 13 de novembro de 2015, quando oito terroristas ligados ao Estado Islâmico, munidos de metralhadoras e bombas, promoveram diversos ataques contra civis franceses e de diversas nacionalidades em Paris, manifestações em prol da liberdade, contra o medo e contra o Estado de Exceção só viriam a ocorrer em Janeiro de 2016¹²².

Imediatamente, o presidente François Hollande declara estado de emergência (*état d'urgence*) em todo o território francês, pela primeira vez desde 1961¹²³, com base no ato de 3 de abril de 1955¹²⁴. Apenas 6 dias depois, dos 12 dias de estado de emergência permitidos com o uso de decreto presidencial sem um ato do legislativo, o parlamento votaria em uma extensão de 3 meses¹²⁵. A lei estipula que:

¹¹⁹ VÄRK, Réne. *The Status and Protection of Unlawful Combatants*, 2005.

¹²⁰ Em tradução livre: “Eu sou Charlie”

¹²¹ BOZINOVIC, Filip G. *Finding the Limits of France's State of Emergency*, 2017.

¹²² LOOF, Ian-Peter. *The French “post-Paris” state of emergency and its implications for the protection of human rights*, 2016.

¹²³ SEVERSON, Daniel. *State of Emergency: How the Paris Attacks Expanded France's Police Powers*, 2015.

¹²⁴ Trabalhamos acerca do ato de 1955 e a independência Argelina no segundo capítulo.

¹²⁵ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette. *The State of Emergency in France: Days Without End?* 2018.

L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique 126.

A aplicação desta lei aos ataques de 2015 é um marco. Isso pois a França já luta contra o terrorismo desde os anos 1970¹²⁷, sem precisar instituir um estado de emergência para essa crise. Esse marco ficaria ainda mais evidente em 2016, quando discutindo sobre novas prorrogações do estado de emergência, o presidente Hollande, se dirigindo ao Parlamento, afirmaria: “La France est en guerre¹²⁸”. Novamente, claro que não em mesma escala, veríamos a “Guerra ao Terror” sendo travada sob os pilares de leis excepcionais.

O ato de 3 de abril de 1955 fora instituído em face aos ataques da “*Front de Libération Nationale*” e a insurgência na Argélia, como já vimos. Seria razoável deduzir que a expansão de poderes permitida seria mais que o suficiente para que fossem tomadas as ações necessárias a fim de prever e prevenir novos ataques, inclusive se a França estivesse em meio a um conflito armado, como na Guerra de Independência Argelina. Supreendentemente ou não, entre muitas extensões da vigência do estado de emergência, novas emendas foram costuradas no ato de 1955.

Dentre as novas restrições e expansões, a das “prisões domiciliares” (*assignation à résidence*) demonstra uma mudança familiar, a nova medida se torna preventiva e não mais reativa, já que no ato inicial de 1955 só seria possível a “*assignation à résidence*” para aqueles indivíduos “cuja ações acabam constituindo um risco à ordem pública e à segurança”. Já na no ato alterado de 2015-2017, seria possível para indivíduos “sobre quem recaia razões sérias para se acreditar que seu comportamento constitui riscos para a ordem pública e a segurança.” A nova medida também permitiria também a proibição

¹²⁶ Em tradução livre: “O estado de emergência pode ser declarado em todo ou parte do território metropolitano, departamentos ultramarinos, comunidades ultramarinas regidas pelo artigo 74 da Constituição e na Nova Caledônia, seja em caso de perigo iminente resultante de graves violações da ordem pública, seja na ocorrência de eventos que apresentem, por sua natureza e gravidade, o caráter de calamidade pública”

¹²⁷ BOZINOVIC, Filip G. *Finding the Limits of France's State of Emergency*, 2017.

¹²⁸ Em tradução livre: “A França está em guerra”

do contato com pessoas designadas e o requerimento daqueles postos sob a prisão domiciliar de se apresentar a uma autoridade policial até três vezes ao dia¹²⁹.

No que tange às buscas domiciliares administrativas, as novas emendas permitiriam coleta de dados, o interrompimento da conexão à internet e “buscas casadas”. As últimas seriam utilizadas quando no decorrer de uma busca, fosse revelado que uma outra localidade possa ser de interesse. Nestes casos, uma nova busca domiciliar poderia ser efetuada imediatamente na nova localidade sem a necessidade de um mandado formal e escrito. Essa nova ferramenta do texto emendado do ato de 1955 explicitamente indica que poderá ser objeto de uma regularização posterior¹³⁰. Também foram afetadas, pela primeira vez, “associações, procissões, desfiles e reuniões” se, e quando, as autoridades administrativas pudessem comprovar que não estariam em posição material de assegurar a segurança.¹³¹

O Parlamento francês, durante toda a duração da medida, sequer ensaiaria qualquer resistência ou ressalva às extensões requisitadas pelo Executivo. Em determinado momento, inclusive estendendo sua vigência por mais tempo do que o pedido¹³². Vemos novamente, como no caso dos Estados Unidos, o legislativo não exercendo sua função de freios e contrapesos. Durante os aproximadamente 2 anos de vigência do estado de emergência, de novembro de 2015 até outubro de 2017, 4.469 buscas domiciliares foram conduzidas e 754 prisões domiciliares foram decretadas na França¹³³.

Sob a perspectiva de legitimidade, é difícil justificar um estado de emergência que, através da ambição de governos, busca ter seus mecanismos excepcionais, nascidos de uma suspensão temporária de leis e direitos, legalizados e solidificados dentro do estado de direito, mais extenso e amplo do que o utilizado para combater a “*Front de Libération Nationale*” (FLN).

¹²⁹ VAUCHEZ, Stéphanie Hennette. *The State of Emergency in France: Days Without End?* 2018.

¹³⁰ Idem.

¹³¹ Idem.

¹³² VAUCHEZ, Stéphanie Hennette. *The State of Emergency in France: Days Without End?* 2018.

¹³³ HERGON, Flora. *The State of Emergency at Home: House Arrests, House Searches, and Intimacies in France*, 2021, p. 1

3.3 Alemanha

O foco deste estudo sempre foi o estado de exceção, não é objeto de estudo a efetividade ou não das medidas tomadas no caso da pandemia do Covid-19. Também não estamos discutindo a moralidade ou se as medidas deveriam ou não ser impostas. O que se pretende nesta última parte do presente trabalho é apenas apontar se houve ou não o uso do Estado de Exceção e em qual grau as liberdades individuais foram afetadas de um ponto de vista puramente jurídico-político. Em todos os outros casos, e este não é diferente, existe a possibilidade de uma perspectiva de mérito. Novamente, não é esse o foco de nosso estudo.

Em dezembro de 2019, após um surto viral em Wuhan, na China, o coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2) foi identificado como o causador. Medidas de contenção foram impostas na China, mas ao falharem, o vírus se espalhou pelo mundo. Em resposta às mortes iniciais e temendo, entre outras coisas, o completo caos nos sistemas de saúde, governos de quase todos os países do mundo implementaram medidas visando conter a propagação do vírus. A Alemanha não faria diferente. A pandemia ceifaria mais de 6 milhões de pessoas no mundo inteiro¹³⁴.

A Lei Fundamental alemã contém diversas provisões que propendem a tratar de situações de crise, mas diferente da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental Alemã não possui provisões gerais¹³⁵. As crises previstas são a de insurgência pelo artigo 91, a de desastres naturais no artigo 35 e as de guerra, “*Spannungszustand*”¹³⁶ no artigo 80 e “*Verteidigungsfall*”¹³⁷ no artigo 115^a. Como as categorias previstas não se encaixam em “emergências de saúde”, nenhuma delas poderia ser utilizada¹³⁸. Diferentemente de

¹³⁴ Essas informações foram retiradas do site da Organização mundial da Saúde, em: <https://covid19.who.int/?mapFilter=deaths>, acessado em 10/02/2023.

¹³⁵ KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and The Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

¹³⁶ Em tradução livre: Estado de tensão

¹³⁷ Em tradução livre: Estado de defesa

¹³⁸ O documento resumo do parlamento europeu intitulado de: *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States* expressa que o estado de exceção poderia sim ser imposto com base em uma das provisões de combate a crises internas.

outros países, a Lei Básica Alemã não permite nenhuma suspensão de direitos fundamentais em situações emergenciais, apenas sua restrição¹³⁹.

Assim, um estado de emergência nacional não fora decretado na Alemanha, ao menos não se utilizando dos mecanismos constitucionais acima elencados. O governo alemão se utilizaria do “Federal Infection Protection Act¹⁴⁰” de 2001 para administrar sua reação a crise emergencial. Este ato teria que ser emendado em março de 2020 para abarcar novas necessidades no enfrentamento da crise¹⁴¹. A seção 5 da emenda introduzira uma nova lei estatutária que criaria um novo estado de emergência na lei alemã, o “*epidemic situation of national concern*¹⁴²” e em 27 de março de 2020, o *Bundestag*¹⁴³ declararia uma emergência epidêmica¹⁴⁴.

Esta emergência epidêmica autorizaria o Ministro da Saúde Alemão, à época Jens Spahn, a restringir tráfego, exigir identidades e exames de saúde nas fronteiras¹⁴⁵. Para além da restrição de movimento, que estariam restringindo o artigo 2, o direito de ir e vir, da Lei Básica Alemã, o governo também faria diversas outras restrições. O fechamento de escolas estaria restringindo a liberdade acadêmica expressa no artigo 5. O direito a uma profissão do artigo 12 estaria em risco com o fechamento de atividades econômicas julgadas não essenciais, como bares e restaurantes. E por fim as restrições a grandes reuniões, medidas para o distanciamento social, *lockdowns* e quarentenas estariam restringindo o artigo 8, o direito de se reunir livremente.¹⁴⁶

Incrivelmente, mesmo com o sistema federalista, a resposta dos 16 estados alemães foi coesa. Os estados usariam seus poderes de forma extensa.¹⁴⁷ As medidas adotadas por um estado logo passaram a ser adotadas por outros. O requerimento de

¹³⁹ KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

¹⁴⁰ Em tradução livre: “Ato federal de proteção a infecções”.

¹⁴¹ KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

¹⁴² Em tradução livre: “Situação epidêmica de preocupação nacional”.

¹⁴³ Parlamento Federal Alemão, comparada a Câmara dos Deputados no Brasil.

¹⁴⁴ KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

¹⁴⁵ Essas informações foram retiradas do site da Comissão de Venice em Venice Commission em: <https://www.venice.coe.int/files/EmergencyPowersObservatory/GER-E.htm>, acessado em 10/02/2023

¹⁴⁶ KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

¹⁴⁷ Idem.

usar máscaras no transporte público, por exemplo, fora adotada pela Bavaria e pela Saxônia primeiramente. Após a maturação do discurso nacional, todos os outros estados adotaram a mesma política¹⁴⁸ Cada estado publicaria sua “Regulações do Covid” e as emendaria com frequência com cada mudança na situação nacional.¹⁴⁹

Com tantas medidas, é razoável se questionar se essas restrições não se tornaram suspensões. Em concordância com a Lei Básica Alemã, os limites impostos aos direitos não poderiam violar o princípio da proporcionalidade, a “essência inamovível” (Artigo 19) e o “Núcleo de Dignidade Humana” (Artigo 1) desses direitos¹⁵⁰. Dentre esses limites, ao menos o da “essência inamovível” no que tange ao direito de reunião fora desrespeitado. Isso porque, o direito fora suspenso durante quase toda a regulação de Covid, salvo em Land Bremen, o que é algo que a Lei Básica Alemã, como já vimos, proíbe expressamente em seu artigo 19.¹⁵¹

Apesar disso, o sistema de suspensão nos parece ter diversas vantagens. Primeiro, o modelo de restrição, pelo menos em essência, mantém os direitos constitucionais restritos, mas em vigor. Mesmo quando é difícil distinguir restrição e suspensão. E em segundo lugar, já que os direitos não estão suspensos, os cidadãos podem continuar a questionar a constitucionalidade das medidas perante as cortes¹⁵². Ainda é muito cedo para fazer análises mais profundas acerca da resposta alemã ao COVID-19. Outros estudos precisam ser desenvolvidos para que uma nova investigação possa ser feita.

¹⁴⁸ BÜTHE, Tim; MESSERSCHMIDT, Luca and CHENG, Cindy. *Policy Responses to the Coronavirus in Germany*, 2020.

¹⁴⁹ KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and the Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Idem.

4. Considerações finais

“The simple step of a courageous individual is not to partake in the lie. One word of truth outweighs the whole world”

- Alexander Solzhenitsyn

O presente trabalho tentou demonstrar a relevância do Estado de Exceção e seu estudo para a análise dos sistemas jurídicos-políticos da atualidade. Como mencionado na introdução, é fácil, após décadas de relativa paz e conforto, esquecer que a democracia é a exceção histórica. Um regime político concebido com a participação política e a vigilância constante de seus cidadãos como pilares de seu bom funcionamento.

A manifestação do Estado de Exceção de forma permanente percebida em todos as crises é preocupante. Mas, mais preocupante ainda é a constante tendência dos governos em tentar legalizar os poderes emergenciais advindos dos estados de emergência. Ao menos no caso francês e norte-americano, nós temos ou expressamente a vontade de tornar lei medidas excepcionais, ou a perpetuação de locais de exceção, como no caso de Guantanamo Bay, *ad nauseam*, mesmo sob constante denúncias e protestos.

Vimos a exceção (o excesso) desfigurar o processo democrático, as liberdades individuais, o estado de direito, a separação dos poderes, e até mesmo o sistema monetário. Isso não justifica o pânico, mas também não justifica a complacência. Não chegamos a nenhuma solução para o problema em questão e este nunca fora nosso objetivo. Mesmo o modelo alemão, tão cuidadoso na sua tentativa de evitar a declaração

de um estado de exceção nacional ainda assim acabou por ferir e tecnicamente suspender ao menos um direito fundamental de seus cidadãos.

Mas se saber é metade do caminho, então nosso estudo cumpriu, ao menos em parte, o seu objetivo. Não só para nos proteger de futuros abusos e para vindicar aqueles que sofreram nas mãos da exceção, mas também abrir as portas a uma reflexão acerca do Estado de Exceção em nossa realidade do presente.

Referências bibliográficas.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção. Homo Sacer, II, I*. Trad.: Iraci D. Poleti. São Paulo:Boitempo, 2004.

BLACKBOURN, David. *History of Germany, 1780-1918: The the long nineteenth century*. Blackwell, 2003.

BENDERSKY, Joseph W. *Carl Schmitt and Nuremberg*, 2007. Acessado em: <https://www.telospress.com/carl-schmitt-and-nuremberg>, no dia 10/02/2023

BERTOLINI, Jeferson. *O conceito de Biopoder em Foucault: Apontamentos Bibliográficos*. SABERES. Natal RN, 2018.

BOZINOVIC, Filip G. *Finding the Limits of France's State of Emergency*. Claremont-UC Undergraduate Research Conference on the European Union: Vol. 2017, Article 4, 2017
Acessado em: <https://scholarship.claremont.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1126&context=urceu> no dia 10/02/2023

BÜTHE, Tim; MESSERSCHMIDT, Luca e CHENG, Cindy. *Policy Responses to the Coronavirus in Germany*, 2020. Acessado em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3614794, no dia 10/02/2023

DOWNS, Gregory P. *States of Exception in American History*. University of Chicago Press; First edition, 2020.

FRANKENBERG, Günter. *Técnicas de Estado: Perspectivas sobre o Estado de Direito e o Estado de Exceção*. Trad.: Gercelia Mendes. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

FRYE, Charles E. *Carl Schmitt's Concept of the Political*. The Journal of Politics, 1966.

GASPARETTO JÚNIOR, Antonio. *Usos e abusos do estado de sítio na França (1849-1875)*. Rio de Janeiro. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, 2020.

GIORDANENGO, David. *The State of Exception*, 2016.

HERGON, Flora. *The State of Emergency at Home: House Arrests, House Searches, and Intimacies in France*, 2021.

INGBER, Rebecca. *Legally sliding into war*, 2021.

KAISER, Anna Bettina. *The State of Exception Under German Law and The Current Pandemic: Comparative Models and Constitutional Rights*, 2020.

KESSLER, Lauren. *Japanese Internment Camps*. *Journalism History*, 1988. Acessado em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00947679.1988.12066665>, no dia 10/02/2023.

KITCHEN, Martin. *The Silent Dictatorship: The Politics of the German High Command Hindenburg and Ludendorff 1916 -1918*, Routledge, 2019.

LE GAUL, Sébastien. *Origines de l'État de Siège en France*. Université Jean Moulin, 2021

LOOF, Ian-Peter. *The French "post-Paris" state of emergency and its implications for the protection of human rights*, 2016.

MARTINS, Aline Souza. *Homo sacer, sujeitos abandonos ao crime*. Editorial Marta Pedó, 2014. Acessado em: <https://appoa.org.br/correio/edicao/240/sumario/154>, no dia 10/02/2023.

MURRAY, Robert B. *The End of the Rebellion*. *The North Carolina Historical Review*, 1967.

MURRAY, Simon. *Légionnaire: Un Anglais dans la guerre d'Algérie*. Ed. Perrin, 2022.

Ostovich, Steven. *Carl Schmitt, Political Theology, and Eschatology*. *KronoScope*, Volume 7; Issue 1, 2007.

POPPER, Karl. *The poverty of Historicism*. Routledge, 1994.

POWELL, Jim. *Not-so-great Depression*. Cato Instituto. *National Review (Online)*, 2009.

QUINTART, Emmanuelle. *Law, crisis, and Guantanamo after 9/11*. *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*. Vol. 76, 2016. Acessado em: <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2016-1-page-211.htm#no21> no dia 10/02/2023.

ROSSITIER, CLINTON L. *Constitutional Dictatorship*. *Princeton University Press*, 1948.

SCHEPPELE, Kim Lane. *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, 2004. Acessado em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1365&context=jcl>, no dia 10/02/2023

SCHMITT, CARL. *Political Theology: Four chapters on the concept of sovereignty*. Trad.: George Schwab. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 2005.

SCHMITT, CARL. *O Conceito do Político/ Teoria do Partisan*. Trad.: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

SEVERSON, Daniel. *State of Emergency: How the Paris Attacks Expanded France's Police Powers*, 2015. Acessado em: <https://www.lawfareblog.com/state-emergency-how-paris-attacks-expanded-frances-police-powers>, no dia 10/02/2023,

SHERMAN, Edward F. *Obama Positions in the Aftermath of Supreme Court's Rejection of Bush Detention Policies at Guantanamo*. Military Law and the Law of War Review, Forthcoming Tulane Public Law Research paper No.09-13, 2009. Acessado em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1518936, no dia 10/02/2023.

THÉNAULT, Sylvie. *L'état d'urgence (1955-2005). De l'Algérie Coloniale à la France contemporaine: Destin d'une loi*. Le Mouvement social. 2007. Acessado em: <https://www.cairn.info/revue-le-mouvement-social1-2007-1-page-63.htm>, no dia 10/02/2023

VAUCHEZ, Stéphanie Hennette. *The State of Emergency in France: Days Without End?*. European Constitutional law review, 14(4). 2018

VÄRK, Réne. *The Status and Protection of Unlawful Combatants*. Institute of Law, University of Tartu. 2005.

WRIGHT, Lawrence. *The Looming Tower: Al-Qaeda and the Road to 9/11*, 2006.

ZUCKERT, Catherine. *Political Philosophy in the Twentieth Century*, 2011.