

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO GRADUAÇÃO EM DIREITO



LEONARDO CRUZ RODRIGUES

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
BRASILEIRO PELO USO DE BALAS DE BORRACHA  
NAS MANIFESTAÇÕES DO MOVIMENTO PASSE LIVRE  
EM 2013 NO BRASIL: SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

Salvador

2017

**LEONARDO CRUZ RODRIGUES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO  
BRASILEIRO PELO USO DE BALAS DE BORRACHA  
NAS MANIFESTAÇÕES DO MOVIMENTO PASSE LIVRE  
EM 2013 NO BRASIL: SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

Este trabalho visa analisar criticamente as decisões das Varas de Fazenda Pública sobre a responsabilidade civil do Estado pelo uso de balas de borracha nas manifestações do Movimento Passe Livre em 2013 no Brasil, Universidade Federal da Bahia, Direito.

Orientador: Prof. José Ponciano de Carvalho Júnior

Salvador

2017

**LEONARDO CRUZ RODRIGUES**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO BRASILEIRO PELO USO DE  
BALAS DE BORRACHA NAS MANIFESTAÇÕES DO MOVIMENTO PASSE  
LIVRE EM 2013 NO BRASIL: SOB A ÓTICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em: .....

**Banca Examinadora**

José Ponciano de Carvalho Júnior – Orientador \_\_\_\_\_  
Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC)

Iuri Mattos de Carvalho \_\_\_\_\_  
Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC)

Júlio César de Sá da Rocha \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São-Paulo (PUC)

RODRIGUES, Leonardo Cruz. **A Responsabilidade Civil do Estado Brasileiro pelo Uso de Balas de Borracha nas Manifestações do Movimento Passe Livre em 2013 no Brasil: sob a ótica do estado de exceção.** 2017. 64f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

## RESUMO

Nas manifestações protagonizadas pelo Movimento Passe Livre em 2013 observou-se forte repressão estatal, tendo como um de seus mecanismos de repressão o uso indiscriminado de balas de borracha, que, por sua vez, foi responsável por lesionar diversos manifestantes, transeuntes e jornalistas, esta é a história de Giuliana Vallone, Tatiana Farah, Sérgio Andrade da Silva, entre muitos outros que, ao cobrirem ou cruzarem ou participarem dos protestos tiveram suas vidas marcadas pela terrorismo de Estado. Este trabalho visa refletir, sob a ótica de Agamben, a ideia do estado de exceção sobre a responsabilidade civil do Estado, como a interseção do jurídico e do político torna a responsabilidade civil uma zona de indeterminação que permite e legitima a ação truculenta da polícia através da ideia de banalidade do mal, por sua vez, conceituado por Hannah Arendt e, por fim, como a indeterminação cruza com a não assunção dos risco em uma sociedade pós-industrial.

**Palavras-chaves:** Manifestações; Estado de exceção; Balas de Borracha; Responsabilidade Civil.

RODRIGUES, Leonardo Cruz. **The Civil Responsibility of the Brazilian State for the Use of Rubber Bullets in the Manifestations of the Free Pass Movement in 2013 in Brazil**: from the point of view of the emergency powers. 2017. 64f. Monograph (Bachelor) – Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2017.

### **ABSTRACT**

In the demonstrations carried out by the Free Pass Movement in 2013, a strong state repression was observed, with one of its repression mechanisms the indiscriminate use of rubber bullets, which in turn was responsible for injuring several demonstrators, passers-by and journalists. Is the story of Giuliana Vallone, Tatiana Farah, Sérgio Andrade da Silva, among many others who, when covering or crossing or participating in the protests, had their lives marked by state terrorism. This paper aims to reflect, from Agamben's point of view, the idea of the emergency powers on the civil responsibility of the state, as the intersection of the legal and the political makes civil liability a zone of indetermination that allows and legitimizes the truculent action of the police through the idea of banality of evil, in turn, conceptualized by Hannah Arendt and, finally, how indeterminacy intersects with the non-assumption of risk in a post-industrial society.

**Keywords:** Manifestations; Emergency powers; Rubber bullets; Civil responsibility.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>O HISTÓRICO SOBRE O ESTADO DE EXCEÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>Para além do mundo moderno.....</b>	<b>16</b>
<b>3</b>	<b>O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE ESTADO DE EXCEÇÃO.....</b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>Análise sobre a previsão do estado de exceção à luz da constituição brasileira.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2</b>	<b>O estado de exceção como um paradigma de governo: relação entre Agamben e Arendt.....</b>	<b>34</b>
<b>4</b>	<b>ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ALGUNS CONCEITOS NECESSÁRIOS AO TEMA.....</b>	<b>40</b>
<b>4.1</b>	<b>Da judicialização das manifestações de 2013 e seus contornos na responsabilidade civil.....</b>	<b>44</b>
<b>4.2</b>	<b>Da análise da jurisprudência sobre a responsabilidade civil do Estado pelo uso de balas de borracha.....</b>	<b>48</b>
<b>5</b>	<b>DA IDEIA DE NÃO LETALIDADE DAS BALAS DE BORRACHA E A SOCIEDADE DO RISCO.....</b>	<b>54</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>7</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>61</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2013 representa uma mudança na estrutura dos protestos sociais que vinham acontecendo nos últimos anos do país desde o período de Redemocratização (1979-1988) e do Impeachment de Collor em 1992. Desde de meados dos anos de 1990, os principais protestos eram geralmente organizados por movimentos sociais atuantes e partidos políticos de esquerda, sendo que aqueles que tinham um número maior de participantes não chegavam a índices tão grandes quanto aos das manifestações pelas Diretas ou pelo impeachment do presidente Collor, nem à amplitude de grupos e classes sociais que aderiram àqueles protestos.

Como estudante de direito do 3º Semestre na época, pude acompanhar e participar das manifestações. Inicialmente, debatia com meus colegas de faculdade o seu papel e se valia a pena engrossar tais fileiras de um movimento difuso, volátil (pois, não tinha uma pauta organizada, permanente, mas, algo que se construiu nas manifestações) e que reprimia os movimentos sociais organizados sobre o discurso do “antipartidarismo” ou “apartidarismo”, houve diversos episódios em que os manifestantes vaiaram e hostilizaram militantes de partidos de esquerda e de movimentos sociais organizados.

Em que pese, o MPL, se defina como um movimento apartidário autônomo e horizontal com pauta permanente “ (...) pelo direito social a um transporte público de verdade, gratuito para o conjunto da população e fora da iniciativa privada.”<sup>1</sup>, este não protagonizava mais o movimento quando este havia ganhado repercussão nacional.

Em seu próprio site, [tarifazero.org/mpl/](http://tarifazero.org/mpl/), o mesmo afirma ser contra ao “antipartidarismo” e diz que militantes partidários são bem vindos, mencionando seu histórico com movimento social organizado, a exemplo do MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra), mas, em virtude do caráter difuso do movimento, e da adesão de grupos de extrema-direita infiltrados ao movimento fazia o mesmo ser visto, por mim e por muitos militantes de esquerda com certa desconfiança.

Ao final, resolvi aderir, pois, ainda com as fragilidades que o movimento possuía, a pauta era justa, e dava uma recado a classe política que o povo não pode ser ignorado nas decisões de um Estado democrático de direito, que a prioridade de um governo não pode ser o marketing ou o interesse de grandes grupos econômicos, que o transporte público não pode ser decidido pelos sindicatos patronais das empresas concessionárias de transporte público.

Tais manifestações também retrataram uma sociedade globalizada, entre 18 de dezembro de 2010 a meados de 2012 o mundo assistiu uma onda revolucionária de

---

<sup>1</sup> MOVIMENTO PASSE LIVRE. *O que é o Movimento Passe Livre (MPL)*. Disponível em < <http://tarifazero.org/mpl/>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

manifestações e protestos que ocorreram no Oriente Médio e no Norte da África. Houve revoluções na Tunísia e no Egito, uma guerra civil na Líbia e na Síria; também ocorreram grandes protestos na Argélia, Bahrein, Djibuti, Iraque, Jordânia, Omã e Iémen e protestos menores no Kuwait, Líbano, Mauritânia, Marrocos, Arábia Saudita, Sudão e Saara Ocidental<sup>2</sup>.

Os protestos compartilharam técnicas de resistência civil em campanhas sustentadas envolvendo greves, manifestações, passeatas e comícios, bem como o uso das mídias sociais, como Facebook, Twitter e Youtube, para organizar, comunicar e sensibilizar a população e a comunidade internacional em face de tentativas de repressão e censura na Internet por partes dos Estados<sup>3</sup>.

Outro fator relevante é que, como já referido, o protesto não foi protagonizado por nenhum movimento social ou partido político, e, mesmo quando o MPL deixou de convocar novas manifestações, os protestos continuaram mesmo, agora, diversos grupos de estratos sociais diferentes, passaram a disputar o protagonismo da manifestação<sup>4</sup>.

Desse modo, a pauta que inicialmente esteve focada no aumento da tarifa de ônibus de São Paulo passou a ter adesões em quase todos os centros urbanos e a assumir uma temática mais difusa, como contra os gastos com a Copa do Mundo de 2014, a PEC 37, o projeto da “cura gay” do Deputado João Campos do PSDB de Goiás ou por mais investimentos na saúde e na educação<sup>5</sup>.

Porém, as manifestações não ficaram caracterizadas apenas pelo seu pluralismo, por uma pauta difusa, ou pela forte adesão social da população residente dos centros urbanos. Precisamente, as manifestações que tinham se localizado em São Paulo, Rio de Janeiro e Porto Alegre, focada na questão do aumento da tarifa do transporte público passou a ganhar um contorno diferente quando a medida que a manifestação crescia numericamente, a repressão policial e dos órgãos da mídia dominante se intensificou a níveis alarmantes.

Nas manifestações protagonizadas pelo Movimento Passe Livre de 2013 observaram-se forte repressão estatal, tendo como um dos mecanismos de repressão o uso indiscriminado de armas “não letais”, ou de “baixa letalidade”<sup>6</sup>, sem falar de episódios com uso de armas de fogo.

---

<sup>2</sup> PRIMAVERA ÁRABE. *Por Isabella Vitória Castilho Pimentel Pedroso Doutoranda em Geografia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 30 de ago. de 2016. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/geografia/assunto/atualidades/primavera-arabe.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> ARTIGO 19. *Protestos no Brasil 2013*. São Paulo, 23 de julho de 2014. Disponível em <<http://artigo19.org/?p=4967>>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> MENOS LETAIS ORG. *Armas Menos Letais*. São Paulo. Disponível em <<http://menosletais.org/armas-menos-letais/>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.



Naquele ano, conforme levantamento da ONG Artigo 19<sup>7</sup>, houve o registro de 696 protestos, sendo que daquelas, 15 tiveram a presença de mais que 50 mil pessoas o que demonstra a expressividade que teve o movimento pela redução da tarifa do transporte público ou pela tarifa zero.

Especialmente, a partir de quando o MPL convocou o “Grande Ato contra o aumento das passagens”, assim como os protestos desse tipo que se seguiram, por violência policial contra manifestantes. Esse protesto contou com cerca de 6000 manifestantes (segundo os organizadores), na cidade de São Paulo, com notícias de 15 manifestantes detidos<sup>8</sup>.

Desde então, a violência policial contra manifestantes tornou-se padrão nos protestos subsequentes contra o aumento das passagens, em São Paulo e em várias outras cidades, incluindo também, como vítimas de violações, comunicadores e profissionais que acompanhavam os protestos como exercício de sua atividade profissional.

Depois de vários protestos fortemente reprimidos pela polícia em todo o país, aconteceu o “4º Grande Ato contra o Aumento das Passagens”, no dia 13 de junho em São Paulo. Esse protesto provavelmente foi o que teve os índices de repressão policial mais violentos do mês de junho e representou a guinada da opinião pública e da mídia sobre as manifestações<sup>9</sup>.

Inicialmente, o posicionamento da grande mídia era contrário as manifestações, focava nas ações dos “vândalos” ou como posteriormente chamados, “*black bocks*”, e com a defesa explícita por mais repressão policial, pois, entendia que a mesma não fora suficiente para deter o avanço dos “vândalos” e que imprescindível “Retomar A Paulista”<sup>10</sup> porque “Chegou A Hora do Basta”<sup>11</sup>. Tal assertiva é facilmente verificada pelos editoriais da Folha de São Paulo e do Estadão em 13/06/2013, algo que não se diferencia, a priori, da forma como noticiava a edição do Jornal Nacional deste dia das Organizações Globo.

Quando os primeiros dados contundentes da manifestação do dia 13/06/2013 chegavam com cerca de com 235 detidos e mais de 100 feridos – sendo 2 detidos e 22 feridos jornalistas que cobriam a manifestação<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup>ARTIGO 19. *Protestos no Brasil 2013*. São Paulo, 23 de julho de 2014. Disponível em < <http://artigo19.org/?p=4967>>. Acesso em: 04 de maio de 2017.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Editorial: Retomar A Paulista*. São Paulo, 13/06/2013. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/06/1294185-editorial-retomar-a-paulista.shtml>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

<sup>11</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. *Editorial “Estado de S. Paulo – Estadão”*. São Paulo, 13/06/2013. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso.chegou-a-hora-do-basta-,1041814,0.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

<sup>12</sup> Ver nota 7 e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Relatório de agressões a comunicadores e jornalistas nas manifestações de 2013*. 14 de janeiro de 2014. Disponível em: < [http://www.abraji.org.br/?id=90&id\\_noticia=2641](http://www.abraji.org.br/?id=90&id_noticia=2641)>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

Quando o protesto da semana seguinte, no dia 17 de junho, participaram mais de 100 mil pessoas tanto em São Paulo quanto no Rio de Janeiro (segundo organizadores)<sup>13</sup>.

Quando veio ao fato que uma dos jornalistas feridos foi a repórter da Folha de São Paulo (a mesma que refendeu a retomada da Avenida Paulista pela polícia) Giuliana Vallone, e de vários outros jornalistas e fotógrafos, como Sérgio Silva que perdeu a visão do olho esquerdo.

A grande mídia redimensionou a opinião de sobre as manifestações. Tal mudança foi acompanhada pela redução da tarifa dos transportes públicos na maioria das capitais e grandes centros urbanos do país e reposicionamento, ainda que temporário do Congresso Nacional como os referidos temas da PEC-37, do projeto da “cura gay” e com a votação sobre a vinculação de parte dos recursos dos royalties do Pré-Sal para saúde e educação.

Os dados da repressão policial não estancaram-se no dia treze de junho, ao todo, durante as manifestações de 2013, segundo dados coletados pela ONG ARTIGO 19 e pela ABRANJI (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo), ao todo 837 pessoas ficaram feridas, sendo 117 eram jornalistas ou profissionais da imprensa; 2608 pessoas foram detidas, sendo 10 jornalistas ou profissionais da imprensa, houve 112 episódios com uso de armas de “baixa letalidade” ou “não letais”; 10 episódios com armas de fogo; além de 08 mortes<sup>14</sup>.

Os números assustam, mas, não apenas pela frequência ou pela escalada da violência, mas, por algo que foge as cifras, o sofrimento humano causado por um Estado de Direito, que se autointitula democrático e que ao mesmo tempo causa traumas irreversíveis na sociedade por reprimir manifestações que pediam a efetividade de valores, princípios e regras expressos na Constituição de 1988.

A repressão policial das manifestações do MPL é algo exclusivo dela ou é um *modus operandi* das forças de segurança do Brasil? Os responsáveis pelos abusos foram punidos? As autoridades e o Estado brasileiro foi responsabilizado?

O que me motivou a pesquisar sobre este tema que já não está mais na moda, que não é motivo para discussão em mesas de bares ou roda de amigos ao comentar os próximos capítulo da “novela” midiática, Lava Jato ou discutir se o processo de impeachment de Dilma foi golpe ou não, ou se a denúncia contra o presidente Michel Temer é pertinente ou não, foi algo que vem antes disso e que talvez não esteja naquela “grande História”.

O que me motivou foi entender o porquê de procedimentos judiciais que só tinham respaldo em livros de direito consitucional e, em pontuais momentos da história brasileira pós-redemocratização (1988-até os dias atuais), ou que pelo menos para aqueles que nasceram após o advento da Contituição de 1988 não faziam parte de nosso cotidiano, se

---

<sup>13</sup> Ver nota 7.

<sup>14</sup> Ver nota 7 e 12.

tornaram o protagonista de um momento da democracia, em que não se decide as coisas com o voto, e que, voltamos, a um passado em que um presidente não eleito diretamente seja sucedido por outro também não eleito pelo povo, e que talvez passe o lugar para outro não igualmente eleito.

Para entender esse panorama, busco não me debruçar sobre este momento que ainda nos é preenchido por incertezas, mas, seguindo o panorama que Hobsbawm em *Sobre História*<sup>15</sup>, o historiador deve voltar-se ao passado, então, resolvi voltar-me a um passado recente que certamente ajudou a construir o cenário que vivemos hoje.

A opção metodológica dessa monografia está voltado ao debate, ao método dialético, entender as forças históricas que ajudaram a criar o cenário jurídico e político que compõem a correlação de forças que dominam o Estado brasileiro.

A opção por analisar a responsabilidade civil do Estado brasileiro pelo uso de balas de borracha é um convite ao debate para compreender em uma área de sensível interesse para o poder coercivo estatal, a responsabilidade do Estado, sempre foi uma área controvertida, pois, quando o Estado põe em xeque o seu poder de punir, quando o mesmo admite sua responsabilidade, com ou sem culpa, de seus prepostos ou de terceiros, o seu monopólio sobre a violência sofre uma crise de legitimidade.

Entender como o Estado julga seus ilícitos ou licitude que causem danos a terceiros é um termômetro das democracias, é com ela que podemos retomar o debate sobre o Estado de exceção moderno ou buscar compreender o resultado dessas forças.

Hoje se fala em judicialização da política e politização da justiça, ora, é sobre essa correlação de forças e papéis dentro do cenário dentro da responsabilidade civil do Estado é, uma das formas, de podermos compreender um pouco melhor este cenário.

Não há uma resposta pronta ao problema, e mesmo que houvesse ele o levaria a mais perguntas, desse modo, o objeto deste trabalho não é necessariamente buscar uma resposta a um problema, ou seja, se o Estado brasileiro responsabiliza atos de seus prepostos conforme a Constituição e a lei civil ou não, mas, trazer a dialética desses atores na práxis jurídica, podendo causar perplexidades.

De acordo com Agamben, em estado de exceção, fl. 66<sup>16</sup>:

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica de potestas - e um elemento

---

<sup>15</sup> Hobsbawm, Erick. *Sobre História* / Erick Hobsbawm - São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

<sup>16</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Fl. 66.

anômico e metajurídico - que podemos designar pelo nome de auctoritas.

Desse modo, o problema está voltado sobre o posicionamento da auctoritas e da potestas sobre a responsabilidade civil do Estado brasileiro, sobre os efeitos dessa estrutura dupla na práxis jurídica aplicada pelos órgãos competentes.

Ao debruçarmos sobre tal estrutura, sobre o conceito de Estado de exceção moderno e a práxis jurídica estudada, nos deparamos com o mesmo problema que o “Sr. K.”, personagem de *O Processo*, escrito por Kafka<sup>17</sup>, quando ao perguntar ao “Pintor” se a justiça de seu tempo é possível uma “absolvição real”, se depara que esta é uma figura mitológica existente na “justiça do passado”, não obstante, ela existe na lei da justiça do presente, mas, nunca ouviu-se falar de uma única só absolvição real.

É preciso, portanto, identificar o antagonismo entre estas duas justiças, em nosso Direito, é preciso entender as vozes de pessoas, como a do fotógrafo Pedro Guimarães Lins Machado<sup>18</sup> vítima de estilhaços de bombas disparadas por Policiais Militares do Rio de Janeiro, em 11 de junho de 2013:

O discurso policial calcado na ordem está funcionando de forma binária, transformando todo manifestante ali presente num inimigo do Estado, inclusive, de forma sádica, rindo da vulnerabilidade civil. A parte da cidade que hoje é vendida como Cidade Maravilhosa experimenta a tradicional política de repressão historicamente reservada às periferias e favelas; o que não é inédito é o modo cínico como grande parte da mídia e o poder público vêm tratando o verdadeiro Estado de Exceção que se instaurou de maneira generalizada a partir de junho desse ano. Trata-se de um serviço de desinformação, ou melhor, um desserviço público. (Nota Pública – Pedro Guimarães Lins Machado, 18 de julho de 2013).

Vamos ao debate.

---

<sup>17</sup> Kafka, Franz. 1883-1924. *O processo* / Franz Kafka; tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2008.

<sup>18</sup> NOTA PÚBLICA. *Pedro Guimarães Lins Machado*. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2013. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=eBPZEMqsREI>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

## 2 O HISTÓRICO SOBRE O ESTADO DE EXCEÇÃO

Inicialmente, antes de introduzirmos sobre o conceito contemporâneo de Estado de exceção é preciso inseri-lo em seu contexto histórico, não obstante, a adoção de determinada corrente ou posicionamento sobre tal conceito implica na forma e na relevância de como vamos contá-la, desse modo, devo situar que entender o Estado de exceção como fato político ou como instituto dentro do direito implica no posicionamento adotado por esta monografia ao situar os fatos históricos relevantes a construção do seu conceito. Adotamos a posição de Agamben que situa o Estado de exceção como força de lei, em que pese, adiante seja importante confrontá-lo como a linha de Carl Schmitt.

A princípio, ao adotarmos a linha de estudo Agamben que defende o estado de exceção tem se tornado uma técnica de governo, é preciso confrontá-la com as posições que o defendem como um fenômeno essencialmente político ou, em todo caso, extrajurídico e aqueles que têm como marco teórico a definição de soberania que se cunhou no Tratado de Vestifália de 1648, ou de uma concepção conceitual presa a ideia do direito dentro de um ordenamento de Estado moderno.

Entre aqueles que procuram inserir o Estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico, seja de um lado, a exemplo de Santi Romano, Carl Schmidt ou Mortati que concebem o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, uma fonte autônoma de direito; seja aqueles que como Rossiter entendem-no como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria conservação, a ligação com a ideia de soberania é íntima, ou talvez, intrínseca.

Carl Schmitt, defende que a ideia de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a ideia e a prática da soberania<sup>19</sup>, o que só ocorreu, como já referido, no século XVII. Por sua vez, Santi Romano vai entender como elemento característico do Estado a soberania e a territorialidade, e quando a necessidade (no sentido do estado de exceção) não só não é estranha ao ordenamento jurídico, mas também é uma fonte primária e originária da lei<sup>20</sup>.

Percebe-se que para tais teóricos, o Estado moderno e soberania constituem conceitos chaves para compreensão de seu marco teórico e conceituação da exceção, ainda que, como defende Julius Hatschek, 1923, p. 158 ss citado por Agamben, 2004, p. 38/39, onde o poder excepcional se baseia “num direito constitucional ou pré-constitucional (natural)” do Estado em relação ao qual a boa-fé é suficiente para garantir

<sup>19</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado* / Dalmo de Abreu Dallari. – 30. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. Fls. 59/80.

<sup>20</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Fl. 43.

a imunidade jurídica. Vê-se, portanto, que ainda sob um prisma de direito natural, tal defenição se constitui num contexto de Estado moderno onde os elementos de soberania ou vínculo jurídico, direito positivo, constituição, territorialidade, e povo são relevantes, ou quiçá decisivos para compreensão da exceção *mutatis mutandis* para tais linhas de pensamento em que a exceção é instituto jurídico-constitucional ou um direito subjetivo natural ou constitucional.

Nesse interim, por amor ao debate, vale ressaltar que a concepção de Estado só ser possível a partir do conceito e prática da soberania é apenas uma das correntes defendidas em Teoria Geral do Estado, e desse modo, devo destacar que há correntes que defendem que o Estado, assim como a própria sociedade, sempre existiu, pois desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo, destacam-se Eduard Meyer e Wilhelm Koppers; em outra esteira, uma segunda ordem de autores admite que a sociedade humana existiu sem o Estado durante um certo período de tempo, depois, por motivos diversos, este foi constituído para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais, a exemplo de Platão, Marx e Engels<sup>21</sup>.

A construção dos enunciados proposições que tornam possível a comunicação entre o emissor e o receptor em torno do estado de exceção, nas suas relações sintagmáticas (*in preaesentia*, isto é, entre as palavras presentes) e associativas (*in ausentia*, isto é conjungam símbolos que não aparecem no enunciado) depende do enfoque do tradutor<sup>22</sup>, esta metáfora Terciana, tem especial relevância neste estudo, pois, os referidos marcos teóricos são importantes para demonstrar que a pesquisa histórica sobre o estado de exceção vai depender de seu refencial sobre o conceito de Estado, pois, ainda que se compreenda que a exceção seja um fato político, extrajurídico, a sua referência tem com um de seus pilares o Direito e o Estado, e ainda que não se limite as díades dentro-fora, alto-baixo, claro-escuro, ou em outras palavras, a bivalência entre vida e direito; anomia e nomos; *auctocritas* e *potestas*; direito e violência; lei e regulamento, como salienta o próprio Agamben<sup>23</sup>, tais espaços criam uma zona de indiferença em que a bivalência associativa não se excluem mas se indeterminam:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica. Donde o interesse das teoria que, como a de Schmdt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado* / Dalmo de Abreu Dallari. – 30. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. Capítulo II.

<sup>22</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*/ Tércio Sampaio Ferraz Junior. 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013. Capítulo 5.

<sup>23</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Fl. 39.

questão o próprio limite do ordenamento jurídico. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou de sua deslocalização). Como veremos, o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o *locus* que lhe cabe.

Desse modo, como aponta o autor, o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o lugar que lhe cabe, é justamente o enfoque (lê-se a referida díade organizativa claro/escuro) conforme o uso competente da língua depende da relevância. Nela se localiza o elemento ideológico da comunicação, desde que a ideologia não seja entendida como uma valoração dos valores, mas uma valoração última e universalizante que não admite outra<sup>24</sup>. Portanto, a opção por Agamben é, como qualquer outra opção por marco teórico, ideológica e, destarte, demarca um espaço no lugar comunicativo, no debate sobre a ideia do estado de exceção. Tais perspectivas será aprofundada no capítulo seguinte onde vai-se buscar a conceituação do estado de exceção.

Em que lugar posiciona-se este trabalho?

Adotando-se a linha de Agamben<sup>25</sup>, este posiciona-se na concepção de Estado e Direito da seguinte forma:

Não existem, primeiro, a vida como dado biológico natural e a anomia como estado de natureza e, depois, sua implicação no direito por meio do estado de exceção. Ao contrário, a própria possibilidade de distinguir entre vida e direito, anomia e nomos coincide com sua articulação na máquina biopolítica. A vida pura e simples é um produto da máquina e não algo que preexiste a ela, assim como o direito não tem nenhum fundamento na natureza ou no espírito divino. Vida e direito, anomia e nomos, auctorita e potestas resultam da fratura de alguma coisa a que não temos outro acesso que não por meio da ficção de sua articulação e do paciente trabalho que, desmascarando tal ficção, separa o que se tinha pretendido unir.

Consequentemente se ver que este autor assume a posição que assim como a sociedade, o Estado e o Direito sempre existiram, seu marco teórico articula-se pela ideia de que tanto a vida pura e simples assim como o direito (que no implícito, na díade participativa, entendemos estar incluso o Estado) não fazem qualquer sentido fora da “máquina biopolítica”, esta localização vai ao encontro das correntes ideológicas de Teoria Geral do Estado que defendem que o Estado, assim como a própria sociedade,

---

<sup>24</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação/ Tercio Sampaio Ferraz Junior*. 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013. Capítulo 5.

<sup>25</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Fls. 132,133.

sempre existiu, pois, desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo, como colocam-se Eduard Meyer e Wilhelm Koppers.

## 2.1. Para Além do Mundo Moderno

Feitas tais considerações iniciais, podemos iniciar a análise histórica sobre o estado de exceção com base nos referenciais teóricos expostos partindo, então, de uma concepção de Estado e Direito que sempre acompanhou a humanidade.

Isto posto, Agamben<sup>26</sup> defende que há um instituto do direito romano que, de certa forma, pode ser considerado como um arquétipo do moderno *Ausnahmezustand* (estado de emergência, em alemão) e que, no entanto, e talvez justamente por isso, não parece ter recebido atenção suficiente por parte dos historiadores do direito e dos teóricos do direito público: o *iustitium*.

Nesse contexto, é preciso introduzir sobre o funcionamento das instituições romanas na qual o Senado é o órgão que possuía a *auctoritas* para proclamar o *iustitium*, assim sendo conforme as lições de Santos Justos<sup>27</sup>:

Senado: é a assembleia dos homens considerados mais representativos por virtude da sua riqueza e autoridade. Desempenha funções políticas de elevada importância: nas relações internacionais, na guerra, na administração pública, no culto, na direção do exército, na designação dos governadores das províncias, no processo legislativo (concede *auctoritas patrum* às deliberações dos comícios), etc.

Tal instituto, como referido por este autor em *Stvdia Ivridica*<sup>28</sup>, deveria do *senatus consultum ultimum*, de competência do Senado Romano tendo sua ocorrência e maior relevância no período da República (508 a.C. a 27 a.C.):

Havendo grave crise, pode suspender as garantias constitucionais e conferir poder único e absoluto aos cônsules (*senatus consultum ultimum*). Ademais, concede *autoritas patrum* às deliberações dos *comitia* que, todavia, perdeu a importância quando, por efeito das *leges Publilia Philonis* (339 a.C.) e *Moemia* (entre 299 a 290 a.C.), passou a preceder, respectivamente, as deliberações legislativas e eleitorais. O

<sup>26</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, Estado de Exceção / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 3.

<sup>27</sup> SANTOS JUSTO, A. *Breviário de Direito Privado Romano* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010. Capítulo II, fl. 27.

<sup>28</sup> SANTOS JUSTO, A. *Stvdia Ivridica – Direito Privado Romano I Parte Geral* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2008. Capítulo II, fls. 66/67.



Senado é convocado e presidido por um magistrado detentor do *imperium*. Tomados os *auspicia* e exposta a questão (*relatio*) pelo presidente, os senadores são interrogados (*rogare sententias*), começando pelo ex-censor patrício mais antigo (*princeps senatus*) e seguindo-se os ex-magistrados segundo a sua categoria. As decisões, que se obtêm por maioria, denominam-se *senatusconsulta*.

Diante da complexidade terminológica e institucional que permeou este período e para melhor compreendermos Agamben deve-se expor alguns dos termos essenciais para sua compreensão tendo com base os ensinamentos de Santos Justos<sup>2930</sup> sobre o Direito Romano.

*Auctoritas*: legitimação socialmente reconhecida que procede de um saber que por natureza não era vinculante, e tinha atribuição, no direito público, quase que exclusiva do Senado Romano, pois o referido órgão desempenhava importante função consultiva em apoio ao *rex*, e depois aos cônsules até paulatinamente perdê-la no Principado (27 a.C. até 285 d.C.). Uma de suas expressões era a *auctoritas patrum*, onde Senado confirma os acordos, dando-lhes eficácia.

*Potestas*: poder de representar o *populus romanus*. Era atribuída aos magistrados. Os cônsules, os *praetores* e o ditador gozam também de *imperium*: poder de soberania (a que nenhum cidadão pode subtrair-se) que permite dirigir o governo do Estado; recrutar e comandar o exército; publicar a *edicta*; administrar a justiça de forma normal até 367 a.C. e depois extraordinariamente; aplicar multas e reter bens (*coercitio*); convocar e presidir ao Senado e aos comícios.

Tendo em conta a análise de Agamben<sup>31</sup>, o *senatus consultum ultimum* este era possível, além de conferir poder único e absoluto aos cônsules, podia conferir poder aos *praetores* e aos tribunos da plebe e, no limite, a cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado. Tal instituto tinha como base o decreto que declarava o *tumultus*, isto é, a situação de emergência em Roma, provocada por uma guerra externa, uma insurreição ou uma guerra civil, e dava lugar, habitualmente, à proclamação de um *iustitium*. Este instituto se difere da ditadura uma vez que não há a criação de uma nova magistratura, e seu poder não resulta de um *imperium* ditatorial, mas, da suspensão das leis que tolhiam sua ação. O termo *consultum* (consulta) se relaciona com *ultimum*, quanto a *vox ultima*, a convocação dirigida a todos os cidadãos que fica, etimologicamente, “não posso recuar” e designa uma zona além da qual não é possível refúgio nem salvação.

Em relação a que o *senatus consultum ultimum* se situa em tal dimensão de extremidade? Agamben defende que a única resposta possível é em relação à ordem

<sup>29</sup> SANTOS JUSTO, A. *Breviário de Direito Privado Romano* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010. Capítulos I, II e III.

<sup>30</sup> SANTOS JUSTO, A. *Stvdia Iuridica – Direito Privado Romano I Parte Geral* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2008. Capítulos I, e II.

<sup>31</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 3.

jurídica que, no *iustitium*, é de fato suspensa. É, portanto, o limite da ordem constitucional que se constituem pelo sistema binário de *auctoritas* e *potestas*.

Feita tais considerações podemos concatenar que a “dimensão de extremidade” a que se refere Agamben<sup>32</sup>, é justamente este espaço de bivalência entre *auctoritas* e *potestas*, onde o *iustitium* ao suspender as garantias constitucionais, cria um vazio jurídico, e é com base nesta referida díade participativa que ao associar com conceito de estado de exceção não o exclue, mas, o indeterminam, por isso, a sua compreensão vai depender do seu *locus*, ou seja, da díade organizativa que vai poder conferir relevo a uma valoração última e universalizante, que não admite outra.

É justamente neste elemento ideológico é que se pode compreender o estado de exceção tendo com base a sua constituições desde o *iustitium*, à vista disso, verifica-se a correspondência deste com ao menos quatro elementos essenciais do estado de exceção: o fato de não ser uma ditadura, não haver a criação de uma nova magistratura; seu poder decorrer da supressão da ordem jurídica e não da criação de uma nova ordem, ou seja, decorre de um vazio jurídico legitimado pela anomia; os atos praticados não são transgressões no que se refere ao direito, mas, um não lugar absoluto; essa indefinibilidade e esse não lugar é que justamente corresponde a ideia de uma força de lei.<sup>33</sup>

Após o período da República Romana (508 a.C. até 27 a.C.) o *iustitium* como suspensão de direito para se enfrentar um *tumultus* desaparece, e não coincidentemente a própria *auctoritas* do Senado também desaparece, *mutatis mutandis*, como observa Santos Justos, passando a ser integrada a figura do *princeps* e de seu *consilium principis*<sup>34</sup>, e um novo significado substitui tão bem que o antigo instituto parece apagar-se.

Assim como os períodos de anomia e crise, os períodos de luto são, frequentemente, caracterizados por uma suspensão e uma alteração de todas as relações sociais, segundo Versnel<sup>35</sup>, os efeitos do luto em seu conjunto (especialmente quando se trata de um chefe ou de um rei) e a fenomenologia das festas cíclicas de transição correspondem perfeitamente à definição de anomia.

Tal situação verifica-se na Roma pós-República (27 a.C. em diante) a exemplo das violentas desordens que haviam acompanhado os funerais dos Césares. Agamben<sup>36</sup>, concorda que é possível ver no *iustitium*-luto público nada mais que a tentativa do príncipe de apropriar-se do estado de exceção, transformando-o num assunto de família,

---

<sup>32</sup> Ver nota 31 e capítulo 6 da mesma obra.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> SANTOS JUSTO, A. *Stvdia Iuridica – Direito Privado Romano I Parte Geral* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2008. Capítulos II.

<sup>35</sup> VERSNEL, H.S. *Destruição, devoção e desespero em uma situação de anomia: o luto de Germanicus em perspectiva tripla* / Henk Versnel - Roma, Editora Ateneo, 1980.

<sup>36</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 5.

não obstante, entende que a relação é mais íntima e complexa. Grava-se também a íntima relação com a figura deificada “augusta” do imperador.

A identificação entre o soberano e lei representa, pois, a primeira tentativa de afirmar a anomia do soberano e, ao mesmo tempo, seu vínculo essencial com a ordem jurídica. Se o soberano é o *nomos vivo* (*nomos empsychos*)<sup>37</sup>, se por isso, anomia e *nomos* coincidem inteiramente em sua pessoa, então a anarquia (que, à sua morte – quando, portanto, o nexu que a une à lei é cortada – ameaça libertar-se pela cidade) deve ser ritualizada e controlada, transformando o estado de exceção em luto público e o luto, em *iustitium*.

Tais características guardam íntima relação com festas periódicas – como as Antestérias e as Saturnais do mundo clássico e o *charivari* e o carnaval do mundo medieval e moderno caracterizados pela permissividade desenfreada e pela suspensão das hierarquias jurídicas e sociais. Elas inauguram, portanto, um período, um período de anomia que interrompe e, temporariamente, subverte, a ordem social<sup>38</sup>.

Desse modo, o conceito histórico da exceção sobreviveu durante os tempos do Baixo e Alto Império como da Idade Média e Moderna até se constituir em um novo papel social, sem, não obstante preservar suas características históricas e tradicionais.

Percebe-se que a partir da Revolução Francesa (1789-99) um deslocamento do estado de exceção como uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo configurando-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. O estado de exceção contemporâneo é obra da revolução francesa e não do absolutismo monárquico<sup>39</sup>. Remonta ao decreto de 8 de julho de 1791 da Assembleia Constituinte francesa, ao criar o *état de siège*, em distinção ao *état de guerre* e o *état de paix*. No primeiro, todas as funções de que a autoridade civil é investida para a manutenção da ordem e da polícia internas passam para o comando militar, que as exerce sob sua exclusiva responsabilidade. Porém, o que se acostumou-se dizer estado de sítio, logo, no período napoleônico, através do decreto de 24 de dezembro de 1811, passou a ser independente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas, o que a doutrina passou a denominar *état de siège fictif* em contraposição ao *état de siège effectif*<sup>40</sup>.

A história do estado de sítio posterior é a história de sua progressiva emancipação a situação de efetivo sítio por forças inimigas, e isto posto, passa progressivamente a tornar-se uma técnica de governo agora associada não inexoravelmente a um perigo bélico, mas a todo e qualquer caso de desordens ou sedições internas.

---

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo I.

<sup>40</sup> ARENDT, Hannah. *Da Revolução* / Hannah Arendt - Trad. Fernando Vieira. Brasília: Ed. Unb, 1988.

Um forte exemplo disso é quando em 1924, num momento de grave crise que ameaçava a estabilidade do franco, o governo Poincaré pediu plenos poderes em matéria financeira<sup>41</sup> algo que foi suscedido dentro e fora da experiência francesa no século XX, a exemplo do Terceiro Reich que esteve durante quase todo os seus doze anos de duração (1933 até 1945) funcionando com base em um estado de exceção<sup>42</sup>. A exceção como política de governo é um fato presente e tendo como exemplo mais recente o estado de exceção e emergência econômica proclamada pela Venezuela em 16 de maio de 2017, o que não difere de outras democracias, como o recém empossado governo Macron na França que propôs uma lei antiterrorismo que é acusada de manter o país sobre estado de exceção permanente, ainda em vigor no país desde dos atentados de 2015<sup>43</sup>.<sup>44</sup>

Dado que leis dessa natureza – que deveriam ser promulgadas para fazer face a circunstância excepcionais de necessidade e de emergência – contradizem a hierarquia entre lei e regulamento, que é a base das constituições democráticas, o que traduz a exceção moderna dentro de uma zona de ambivalência hierárquica, alto/baixo, lei/regulamento em face ao novo enfoque que a modernidade deu a este instituto.

Tal diáde advêm de uma diáde participativa em que, sobretudo para aqueles de linha Schmdtidiana torna-se uma verdadeiro exercício encaixar o estado de exceção que cada vez se distancia de seus parâmetros constitucionais para se tornar deliberadamente uma técnica de governo à revelia do Parlamento e do Judiciário que submetem-se a um papel de apenas ratificar os decretos executivos, desse modo, Rossiter busca tentar distinguir o que ele chamou de ditadura (in)constitucional.<sup>45</sup>

Dentro das tradições jurídicas vê-se uma clara divisão entre aqueles que defendem a regulamentação do estado de exceção, e outros, dentre os quais se destaca Carl Schmitt, que criticam a pretensão de se regular por lei.<sup>46</sup>

O fato que esta regulamentação pelo art. 48 da Constituição de Weimar, o estado de exceção desempenhou um papel certamente mais determinante do que na Itália, onde não era previsto explicitamente, ou na França, que previsto por lei possuía limitações maiores<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo I

<sup>42</sup> ARENDT, Hannah, 1906-1975. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal* / Hannahh Arendt; tradução José Rubens Siqueira. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>43</sup> G1. *Maduro decreta novo estado de exceção que restringe garantias na Venezuela*. Rio de Janeiro, 16 maio de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/maduro-decreta-novo-estado-de-excecao-na-venezuela.ghtml>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

<sup>44</sup> EURONEWS. *França: um estado de emergência permanente?* Lisboa, 09 de jun. de 2017. Disponível em <<http://pt.euronews.com/2017/06/09/franca-um-estado-de-emergencia-permanente>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

<sup>45</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo I.

<sup>46</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz García - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992.

<sup>47</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo I.

Por fim, este apanhado histórico antes de se discutir sobre o atual conceito de estado de exceção é um esforço histórico em que busca desvendar como um instituto que nasceu no direito romano ligado entre os espaços bivalentes da *auctoritas* e *potestas*, entre anomia e *nomos*, e luto e anomia, que tinha emprego pontual ou excepcional caminhou para a uma configuração que passa a representar uma técnica permanente de governo.

Cabe uma reflexão, como apontado por Agamben<sup>48</sup>, que o fim da República de Weimar mostra, ao contrário e de modo claro, que uma “democracia protegida” não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário.

---

<sup>48</sup> Ibid.

### 3 O CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE ESTADO DE EXCEÇÃO

Feitas as considerações prévias e análise histórica da evolução de tal instituto ou fato político deve-se partir para conceituar propriamente a concepção de estado de exceção adotado por esta monografia.

Primeiramente, Agamben rompe que as linhas de pensamento entre aqueles que buscam inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico (seja como parte integrante do direito positivo ou como um direito subjetivo natural ou constitucional do estado) e aqueles que consideram exterior a esse ordenamento, isto é, como um fenômeno essencialmente político ou, em todo caso, extrajurídico.

Diante do exposto, ele põe os seguintes argumentos:

Eis que defendem com os argumentos de que a simples oposição topográfica (dentro/fora) implícita nessas teorias parece insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar. Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? Se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a sua situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna?<sup>49</sup>

Desse modo, ele defende que essa zona de bivalência entre dentro/fora, o dentro e o fora não se excluem, mas, se indeterminam. O conflito a respeito do estado de exceção estaria, portanto, em outra esfera, que é o *locus*, a ideologia que se adota para compreender este fenômeno e novamente critica tais correntes, sobretudo a visão de ditadura comissária de Schmitt, para denunciar que o que se está em questão é algo novo e muito mais radical que é o fenômeno do estado de exceção ser visto como uma técnica de governo<sup>50</sup>.

É novo, pois, seu locus ideológico é diferente da posição Schmittiana, sua concepção de Estado é anterior ao marco de Bodin que remontam ao *iustitium* e denuncia que o que se concebia antes da sua recriação a partir revolução francesa (1789-99) não estava atrelado a uma técnica de governo.

De modo geral, o estado de exceção é um conceito que guarda grande indeterminação, não apenas pela díade dentro/fora, os autores que tratam desse tema sabem a que o fenômeno guarda relação com o Direito e com o Estado, como também

---

<sup>49</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo II.

<sup>50</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo I.

com a vida, o luto, anomia, entre outras zonas que são fatores de indeterminação conceitual.

A tradução de tais relações no processo teórico de construção de significados depende do uso competente da língua<sup>51</sup>. Trata-se de uma questão pragmática. O critério da boa tradução repousa no enfoque do tradutor. Aceitar o enfoque do tradutor significa abrir-lhe um crédito de confiança, assim sendo, a relação de hierarquia (alto/baixo – leis/decretos executivos) e participação (dentro/fora do Direito) não é, porém, necessariamente congruente. Nem sempre o fora e o baixo se conjugam. O espaço, da comunicação, é então cortado diagonalmente por uma terceira díade organizadora, que lhe confere a forma cheia: claro/escuro (é aí onde justamente pontua Agamben sobre o *locus* que defende ser onde habita o conflito do estado de exceção)<sup>52</sup>. O enfoque conforme o uso competente depende da relevância. Nela se localiza o elemento ideológico da comunicação, e para compreender melhor tal elemento é preciso evidenciar o seu espaço dentro do debate.

O conceito de estado de exceção de Schmitt guarda uma oposição importante para entender o conceito de força-de-lei de Agamben.

Em princípio, *Die Diktatur*<sup>53</sup>, a obra de Schmitt busca distinguir três conceitos-chaves que traduzem seu posicionamento sobre estado de exceção: soberania, ditadura comissária e a soberana.

O conceito de soberania de Bodin (1576, Capítulo VII do Primeiro Livro dos *Six Livres de la République*) citado por Schmitt (1922, p.57) é o ponto-chave para compreensão da distinção de ditadura comissária e soberana: “*la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une République que les Latins appellent majestatem (...)*”.

A partir dessa definição que a soberania é um poder absoluto e perpétuo, ponto central para Bodin assim como para Schmitt é que se pode distinguir um comissário de um soberano<sup>54</sup>:

*Nominalmente, el soberano sigue siendo el señor frente a todo súbdito encargado de un cometido estatal, ya haya sido conferido este cometido a un funcionario regular o a un comisario. Porque el soberano puede en todo caso revocar el poder conderido y asumir la actividad del comisionado. De ahí se sigue, para Bodino, que el dictador romano no era soberano (...) el dictador tenía tan solo una comisión, como conducir la guerra, reprimir una rebelión, reformar el Estado o instituir una nueva organización de los poderes públicos.*

---

<sup>51</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*/ Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013. Capítulo 5.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura* / Carl Schmitt – versión española de José Díaz García - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Capítulo I.

<sup>54</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz García - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Capítulo I, fl. 57,8.

Para Bodin, comissário é um poder de caráter extraordinário (não possuindo direito ao cargo) que tem como fundamento uma ordem, determinação, para que este cumpra o que lhe fora prescrito tendo a sua duração vinculada a execução da tarefa. O conteúdo de sua atividade esta fortemente ligada a sua tarefa sua *discretion* (discrição) está estreitamente limitada, depende sempre e em todas as particularidades imediatamente da vontade do comitente<sup>55</sup>.

Assim sendo um comissário não pode ser considerado senhor frente a todo súdito já que não apenas seu exercício é limitado a função, e temporário, como também este não pode, em todo caso, revogar o poder conferido e assumir a atividade do comissário, com este racioncínio, Bodin lista uma série de exemplos históricos de comissários, como o ditador romano na República, o Archus de Malta ou os Balia de Florença<sup>56</sup>.

Não obstante, Schmitt assevera que Bodin não distingue entre a soberania do Estado e a do titular do poder do Estado. A última tem especial interesse para Agamben que defende que o *nomos empsychos* como precursor da teoria do soberano como “lei viva” e sua relação entre soberania e estado de exceção apresenta-se sob a forma de uma identidade entre soberano e anomia.<sup>57</sup>

A partir desse panorâma, Schmitt qualifica como ditadura a todo exercício de poder estatal que se realize de uma maneira imediata, ou seja, não mediado através de instância intermediárias independentes, entendendo por ela o centralismo, por oposição a descentralização<sup>58</sup>.

Para conceituar a ditadura soberana em oposição a ditadura comissária o mesmo trás a ideia de uma oposição a monarquia legítima. Para esta ideia obscura e não apenas sob o prisma jurídico, Cromwell e Napoleão são ditadores típicos, posto que eram gerais. Mas, para apreensão da ditadura é preciso ter em conta o caráter da ação da atividade ditatorial.

Para Schmitt<sup>59</sup> o conceito de ditadura tem um conteúdo distinto segundo a situação das coisas, com o qual não se há fundado ainda a distinção jurídica entre ditadura comissarial e ditadura soberana. Para a ditadura o mesmo ato que legítima defesa é sempre não apenas ação, mas também contra-ação. Pressupõe, isto posto, que o adversário não se atem as normas jurídicas que o ditador reconhece o fundamento jurídico que dá a medida de sua ação<sup>60</sup>:

---

<sup>55</sup> Ver nota 54, *ibid*.

<sup>56</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz Garcíá - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Capítulo I, e IV.

<sup>57</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 5.

<sup>58</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz Garcíá - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Fls. 178/179.

<sup>59</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz Garcíá - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Capítulo 4.

<sup>60</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz Garcíá - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Fls. 181/3.



*La dictadura comisarial suspende la Constitución in concreto, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta. Desde siempre se há repetido el argumento (sobre todo y com mayor frecuencia desde Lincoln) de que si la existencia de la Constitución está amenazada, debe asegurarse mediante una suspensión temporal de la misma. La dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esta Constitución.*

A ação do ditador comissário deve criar uma situação em que possa realizar-se o direito, porque cada norma jurídica pressupõe, em meio homogêneo, uma situação normal na qual tem validade. Em consequência, a ditadura é um problema da realidade concreta, sem deixar de ser um problema jurídico. A Constituição pode ser suspensa sem deixar de ter validade, pois a suspensão somente significa uma exceção concreta, já a ditadura soberana<sup>61</sup>:

*La dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar.*

Para Schmitt, juridicamente, o Estado só pode ser concebido em sua Constituição, e a negociação total da Constituição existente tenderia que renunciar propriamente a toda fundamentação jurídica, toda vez que a Constituição a implantar não existe ainda, segundo suas própria premissas, por o que se trataria de uma questão de poder. Em toda ditadura há uma comissão, e se pergunta se há uma comissão compatível com a soberania e até que ponto contradiz ao conceito de soberania o que esta depena de uma comissão.

O operador linguístico para compreensão dessa ditadura soberana está no *pouvoir constituant*<sup>62</sup> que faz possível tal dependência, pois, a causa do caráter deste *pouvoir*, enquanto um poder não constituído e nunca constituível, é concebido que o titular do poder estatal se faça a si mesmo dependente, mas que o poder do que faça dependente se converta em soberano constituído e sem que, de outra parte, desapareça toda outra instância terrena.

Desse modo, cita o exemplo de Crownwell que em momentos decisivos, com a dissolução do Parlamento, não deixava lugar a dúvidas de que ele vê em Deus a fonte do seu poder e que sua soberania não dependia do povo, no sentido dos democratas radicais

<sup>61</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz García - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Fls. 182/4.

<sup>62</sup> SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz García - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Capítulo 4.

de seu tempo. Sua soberania sem o assentimento do Parlamento tinha se tornado, nem sequer formalmente, em fundamento jurídico de sua soberania. Porque ele podia dissolver o Parlamento em qualquer momento, como o fez, e a dissolução foi tudo menos uma conclamação popular. Em realidade, este milagre não o constitui a ditadura, mas, a ruptura da continuidade jurídica que implica tal dominação recém estabelecida.<sup>63</sup>

Assim conclui que tanto a ditadura comissarial como a soberana tem, pelo contrário, uma continuidade jurídica. A ditadura soberana invoca o *pouvoir constituant*, o qual não pode ser suprimido por nenhuma Constituição oposta.<sup>64</sup>

Paga Agamben<sup>65</sup>, a teoria schmittiana busca tornar possível a articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica o que vê de modo paradoxal, pois, segundo este, o que deve ser inscrito no direito é algo exterior a ele, nada mesmo que a sua própria suspensão. Sua consistência factual não pode aceder a forma do direito, não pode ser positivado, pois, trata-se de uma ordem, ainda que diferente da anarquia e do caos.

Os operadores dessa inscrição de algo de fora no direito é, para Schmitt, a distinção entre normas do direito e normas de realização do direito; a distinção entre poderes constituintes e poderes constituídos. Esta, como já demonstrado, é o que possibilita distinguir uma ditadura soberana de uma comissária, porém, para ligar ao seu marco teórico, a doutrina da soberania de Bodin, é preciso distinguir a norma da decisão, defendendo a autonomia desta frente àquela.<sup>66</sup>

Se é autônomo em suas decisões, podendo revogar a decisão de qualquer comissário e assumir as suas funções, ainda que o comissário tenha dado origem ao seu poder, pode-se afirmar que se trata de uma ditadura soberana, a exemplo de Crownwell, que dissolveu o Parlamento que constituiu seu poder. Assim a autonomia da decisão se liga a relação ditadura soberana, é soberana, porque é autônoma em suas decisões<sup>67</sup>.

Desse modo, o que liga a exceção ao direito é a sua autonomia da decisão que é reflexo da soberania. O soberano está fora da ordem jurídica válida e, entretanto, pertencem a ele, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in toto* da constituição.

Agamben, parte desse ideia para demonstrar que a estrutura topológica dentro/fora não é suficiente para compreensão da exceção, uma vez que está em jogo algo mais radical, que é a exceção como técnica de governo, de dominação.

---

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 2.

<sup>66</sup> Ibidem e SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versión española de José Díaz García - Madrid (España): Alianza Editorial, 1992. Capítulo 4

<sup>67</sup> Ibid.

Para firmar sua tese, este também rebate o conceito defendido por Santi Romano<sup>68</sup> que defende o estado de exceção é ilegal, mas, perfeitamente jurídico e constitucional, pois, tal conceito não distingue com precisão o que é extrajurídico do que é antijurídico.

A defesa desse postulado por Santi Romano tem relação direta com a ideia da necessidade ser fonte do direito, em que coloca o estado de exceção num mesmo patamar do estado de necessidade, pois, ao seu ver a necessidade é tida como uma fonte ilegal, mas, autônoma na produção de normas jurídicas<sup>69</sup>.

De modo alegórico, este autor defende o proporcionalmente inverso a Antígona<sup>70</sup>, pois, a necessidade, “fonte da exceção”, não é contra a ordem jurídica positiva, é um instrumento usado para sua defesa. Mas, se a necessidade é fonte autônoma de direito qual sentido em ser referendada?

Feitas tais considerações, Agamben, traça seu marco teórico através das distinções entre força de lei e eficácia da lei. Aquela trata-se da posição da lei ou atos a ela assimilados em relação a outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei ou de inferior a ela, e esta, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos.

O estado de exceção é força de lei sem lei, ou força-de-~~lei~~.

Uma analogia com a linguagem é esclarecedora, pois, o conceito de aplicação da norma em virtude do dogma de subsunção kantiano é mal colocado. A passagem do semiótico ao semântico, não é de modo algum uma operação lógica; mas implica sempre uma atividade prática, ou seja, a assunção da língua por parte de um ou vários sujeitos falantes e a aplicação no dispositivo complexo, através da função enunciativa (aquilo que permite a existência entre frase, ato ilocutório ou intenção comunicativa e proposição)<sup>71</sup>.

A aplicação da norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela reduzida, pois, de outro modo, não seria necessário se criar um direito processual.

É importante salientar que a existência de um enunciado<sup>72</sup> depende de uma relação com “outra coisa”; a relação do sujeito com o enunciado é sempre singular, o sujeito é uma posição, uma vazia, que pode ser ocupado por diferentes indivíduos, mas que não é criado por eles e nem depende deles para existir; a função enunciativa não existe sem um domínio associado, é necessário relacioná-lo com um campo adjacente, aquilo que Foucault chama de espaço colateral, um enunciado tem sempre margens povoadas de outros enunciados. Um enunciado tem sempre existência material. Não se fala de enunciado sem que uma voz tenha o dito, sem que seus signos tenham sido gravados em

---

<sup>68</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 2.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> FOUCAULT, Michel. *A Função Enunciativa IN: A Arqueologia do Saber* / Michel Foucault - 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p.108/27.

uma superfície, sem que tenha deixado marca, afinal, o enunciado não tem existência silenciosa, não é uma figura ideal<sup>73</sup>.

Como mostrou Gadamer (1960, p. 360, 395) citado por Agamben (2004, p. 62, 63), “não só toda interpretação linguística é sempre na realidade, uma aplicação que exige uma operação eficaz”.

O estado de exceção<sup>74</sup> é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união do impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isto significa que para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção<sup>75</sup>.

Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real<sup>76</sup>.

Como é possível um enunciado sem referência real? O enunciado tem relação com a linguagem. Aquilo que se enuncia, a fala. Todo o símbolo tem significado, mas, pode não representar a realidade, logo, é possível um símbolo sem referência real.<sup>77</sup>

### **3.1 Análise sobre A Previsão do Estado de Exceção à Luz da Constituição Brasileira**

Exposto o marco teórico, é preciso analisar os institutos jurídicos-constitucionais brasileiros relacionados ao estado de exceção e se estes ajudam a comprovar o estado de exceção como paradigma de governo, porém, como já exposto, este trabalho não se limita a entender o estado de exceção sob prisma meramente formais, pois, entende que o estado de exceção tem se tornado cada vez mais uma regra (ainda que de forma implícita) nas democracias modernas.

---

<sup>73</sup> SIQUEIRA, Vinícius. *A Função Enunciativa – Arqueologia do Saber*. 18 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://colunastortas.com.br/2016/01/18/a-funcao-enunciativa-arqueologia-do-saber/>>. Acesso em: 02 de jul. de 2017.

<sup>74</sup> AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004. Capítulo 2.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> SIQUEIRA, Vinícius. *A Função Enunciativa – Arqueologia do Saber*. 18 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://colunastortas.com.br/2016/01/18/a-funcao-enunciativa-arqueologia-do-saber/>>. Acesso em: 02 de julho de 2017.

De acordo com Gilmar Mendes<sup>78</sup>:

Intimamente relacionada com a estabilidade e a defesa do Estado de Direito é a chamada *organização constitucional dos períodos de crise*, que outra coisa não é senão uma tentativa, até certo ponto utópica ou, talvez, desesperada dos regimes democráticos para conjurar os seus abalos políticos com um mínimo de sacrifício aos direitos e garantias constitucionais. Por isso todos reconhecem que, ao fim e ao cabo, essa legalidade excepcional, em que pesem os seus custos, mais ou menos elevados, vem a se constituir em importante instrumento de preservação do Estado de Direito e das suas instituições.

A referida organização constitucional dos períodos de crise reflete, para o autor<sup>79</sup> e para Bernardo Gonçalves Fernandes<sup>80</sup>, dois importantes institutos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988): o estado de defesa e o estado de sítio.

Tais institutos, assim como a intervenção federal, e a convocações das forças armadas (Art. 142, caput da CRFB/1988 cumulada com a Lei Complementar nº 97/99<sup>81</sup>) é competência da União e uma prerrogativa exclusiva do presidente da República (Arts. 21, inciso V; 84, incisos IX, X da CRFB/1988)<sup>82</sup>.

Durante o período de vigência do estado de defesa, sítio ou intervenção federal é vedado a possibilidade de emenda à Constituição (Art. 60 § 1º da CRFB/1988), bem como é garantida a permanência do funcionamento do Congresso Nacional durante todo o período abrangido (Art. 136 § 3º da CRFB/1988). Além disso, os executores das medidas constitucionais emergenciais poderão ser responsabilizados por qualquer tipo de arbítrio, excesso ou atos ilícitos cometidos (Art. 141 da CRFB/1988)<sup>83</sup> tanto pelo Congresso Nacional quanto pelo Poder Judiciário, e vale salientar que, o Presidente da República não possui imunidade assim como demais executores pelos atos praticados por tais medidas.

A doutrina<sup>84</sup> defende que a Constituição Federal ao prever tais medidas emergenciais, em termos de excepcionalidade constitucional, por um sistema do tipo

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1267.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional* / Bernardo Gonçalves Fernandes. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2015. Capítulo 19.

<sup>81</sup> PLANALTO. *Lei Complementar nº 93, de 09 de junho de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm)>. Acesso em 10 de junho de 2017.

<sup>82</sup> PLANALTO. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao compilado.htm)>. Acesso em: 10 de Julho de 2017.

<sup>83</sup> Ibid.

<sup>84</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo: Saraiva, 2007. Capítulo 13.

rígido, assim caracterizado como aquele que, em oposição ao de tipo flexível, melhor se harmoniza com o Estado de Direito porque não permite restrições às garantias constitucionais além das expressamente enumeradas na ordenação das crises.

De modo genérico, a doutrina<sup>85</sup> firma a posição de que tais institutos devem reger-se pela excepcionalidade, ou seja, apenas em situações de desequilíbrio (desordem) é que medidas recrudescedoras deverão ser tomadas, justamente para o retorno do status quo ante; necessidade, o que significa que as medidas que compõem o referido sistema só se justificam se não houver outro meio menos gravoso; temporalidade, a medida tem caráter temporário, só podendo durar enquanto persistir os motivos ensajadores, não podendo torna-se a regra do Estado de Direito; obediência estrita a Constituição Federal de 1988, e portanto, são taxativas as hipóteses dos arts. 136/9 do diploma constitucional; controle político/judicial, assim, tais medidas se submetem ao controle do Congresso Nacional tanto pela sua autorização e revogação quanto pela concomitância e do Poder Judicial quando as medidas deixarem de observar as normas constitucionais ou afetarem abusivamente os direitos e garantias fundamentais.

O estado de defesa está previsto na Constituição Federal de 1988 nas hipóteses do art. 136 da CF/88<sup>86</sup> do diploma sendo uma hipótese menos gravosa, decretado pelo Presidente da República com posterior aprovação do Congresso Nacional de duração de no máximo trinta dias, podendo ser renovada por igual período, e, ao contrário do estado de sítio, a medida esta restrita a uma determinada localidade do território nacional.

Para haver decretação desta medida o diploma legal exige a constatação de existência de grave e iminente instabilidade institucional ou calamidade de grandes proporções na natureza.

São requisitos cumulativos para sua implantação a prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, que apenas em caráter consultivo, fornecerão uma posição; decreto do Presidente de República com a previsão do prazo de duração da medida; aprovação por maioria absoluta do Congresso Nacional<sup>87</sup>.

Como já referido, o controle da medida será político pelo Congresso Nacional que além de aprovar/rejeitar ou prorrogar deverá nomear cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e jurídico pelo Poder Judiciário através do controle da legalidade sobre o exercício e abusos de direitos fundamentais. É permitida impetração e concessão do *habeas corpus* e mandado de segurança<sup>88</sup>.

É vedada a incomunicabilidade do preso (Art. 136, § 3º, IV da CRFB/1988).

---

<sup>85</sup> Ver nota 80 e 84.

<sup>86</sup> Ver nota 82.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional* / Bernardo Gonçalves Fernandes. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2015. Fls. 1126/7.

Até o momento, não houve o uso da tal medida desde a vigência da CRFB/1988.

O estado de sítio, por sua vez, é uma medida de maior gravidade no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude disso, ao contrário do estado de defesa precisa o Congresso Nacional decretar a sua autorização para entrar em vigor, a exceção da hipótese de intervenção estrangeira durante o intervalo das sessões parlamentares, sendo que este deverá referendá-lo (Art. 84, XIX e 49, II da CRFB/1988).

As hipóteses estão previstas no art. 137 da CRFB/1988:

I: em situação de grave repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o estado de defesa, são situações que ameacem as instituições democráticas ou o governo eleito de forma legítima; II: declaração do estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira<sup>89</sup>.

Na primeira hipótese terá duração de até 30 dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior e suas medidas estão limitadas as hipóteses do art. 139 da CRFB de 1988; já na segunda durará até que cesse o conflito ou guerra.

Igual ao estado de defesa deverá o Presidente da República ouvir previamente a posição do Conselho de Defesa Nacional e do Conselho da República, não obstante, as especificações da amplitude do estado de sítio podem ser feitas posteriormente à decretação do estado de sítio.

Não há registro da decretação do estado de sítio desde o vigor da CRFB de 1988.

Feitas as considerações sobre a organização constitucional dos períodos de crise, devemos acrescentar outros dois importantes institutos que apesar de não possuírem a abrangência e restrições de direitos e garantias fundamentais que possuem os institutos já referidos, mas que, compõem, igualmente, a defesa do Estado, mas também a defesa das instituições democráticas que é a intervenção federal e o emprego das forças armadas pelo Presidente da República em tempos de paz<sup>90</sup>.

A intervenção federal é um mecanismo drástico e excepcional, destinado a manter a integridade dos princípios basilares da Constituição, e está prevista taxativamente nas hipóteses do art. 34 da CRFB de 1988 e é por óbvio competência exclusiva da União (Art. 21, V da CRFB de 1988). Há também a possibilidade a União intervir nos municípios localizados em Território Federal nas taxativas hipóteses do art. 35 da CRFB de 1988.<sup>91</sup>

Quando se trata de intervenção da União nos Estados, esta poderá agir para manter a integridade nacional; repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; garantir o livre exercício

---

<sup>89</sup> Ver nota 82.

<sup>90</sup> Ver nota 80 e 84.

<sup>91</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 7. Ed. Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 8.

de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; reorganizar as finanças da unidade da Federação; promover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo da receita proveniente dos impostos estaduais, na saúde e educação<sup>92</sup>.

Existe também a possibilidade de intervenção do Estados em seus respectivos Municípios conforme, outrossim, as hipóteses taxativas do art. 35 da CRFB de 1988<sup>93</sup>.

É prerrogativa do Presidente da República decreta intervenção federal, devendo especificar amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor que será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado.

Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal. (Art. 36 § 4º da CRFB de 1988).

Desde a vigência da Constituição Federal de 1988 houve poucos casos de intervenção federal sendo que a jurisprudência do STF tem firmado entendimento restritivo sobre tal instituto.

Por fim, outro instituto que tem chamado atenção inclusive tendo sido aplicado na Copa das Confederações de 15 a 30 de junho de 2013<sup>94</sup>, dentro do marco temporal, teórico e espacial desta monografia, é a prerrogativa exclusiva do Presidente da República poder empregar o uso das forças armadas para segurança pública (Art. 142, caput, da CRFB 1988 cumulada com a Lei Complementar nº 97/1999<sup>95</sup>).

De acordo com o art. 142, caput, da CRFB 1988 as Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa destes, a garantia da lei e da ordem, logo, depreende-se que tais últimas atribuições são de caráter excepcional quando as forças normais de segurança pública, as policiais federal, rodoviária federal, civis e militares não consigam manter com estabilidade a ordem pública. Tal entendimento é reforçado pela Lei Complementar nº 97/1999 (LC nº 97/1999) em seu art. 15, caput, e §§ 1º ao 7º que enfatiza o postulado pela Constituição e delimita que a decisão do emprego das Forças Armadas, atribuição exclusiva do Presidente da República, que em caso de garantia da lei e da ordem só poderá ocorrer após o esgotamento dos instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da CRFB de 1988.

---

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Ver nota 82.

<sup>94</sup> REVISTA DAS FORÇAS ARMADAS. *A Participação da Defesa na Copa das Confederações*. 10 de junho de 2013. Disponível <em: <http://www.revistaforcasarmadas.com.br/8-noticias/501-a-participacao-da-defesa-na-copa-das-confederacoes>>. Acesso em: 10 de jun. de 2017.

<sup>95</sup> Ver nota 81.



A LC nº 97/1999 vai além e em seu art. 15 § 3º estabelece a hipótese de se considerar como esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da CRFB de 1988, ou seja, as polícias estaduais e federais além do corpo de bombeiros, forem formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Tal instrumento tem sido regularmente utilizado tanto nas hipóteses do art. 15 § 2º quanto na do § 3º do diploma legal, esta tem sido empregada com frequência nas não tão raras greves das polícias estaduais, como ocorreu no Estado do Espírito Santo em fevereiro de 2017<sup>96</sup>, ou mais recentemente na eterna “crise de segurança pública” do Estado do Rio de Janeiro<sup>97</sup>, e a do § 2º nas mais diversas hipóteses como reprimir manifestações na praça dos Três Poderes ou como foi usada na Copa das Confederações<sup>98</sup>.

Tal instituto já foi utilizado 115 vezes<sup>99</sup> desde a vigência da Constituição Federal de 1988, e possuindo um forte indício de que a lógica do estado de exceção, e este não se restringe a meras hipóteses do estado de sítio e de defesa, tem sido adotado pelas democracias modernas, com mais ou menos intensidade, como a regra.

Surpreende inclusive que o próprio Comandante do Exército Brasileiro em audiência pública no Senado Federal em 22 de junho de 2017 ao citar a participação do Exército na patrulha da comunidade da Maré, no Rio de Janeiro<sup>100</sup>:

Um dia me dei conta. Os nossos soldados atentos, preocupados (são vielas), armados. E passando crianças, senhoras, eu pensei: estamos aqui apontando arma para a população brasileira. Nós somos uma sociedade doente. E lá ficamos 14 meses. Do dia em que saímos, uma semana depois tudo havia voltado ao que era antes. Então, temos que realmente repensar esse modelo de emprego, porque é desgastante, perigoso e inócuo.

<sup>96</sup> ESTADÃO. *Temer Autoriza Emprego de Forças Armadas no Espírito Santo*. 06 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,temer-autoriza-emprego-de-forcas-armadas-no-espírito-santo,70001654775>>. Acesso em 10 de jun. de 2017.

<sup>97</sup> G1. *Temer Assina Decreto que Autoriza Uso de Forças Armadas na Segurança Pública do Rio de Janeiro*. 28/07/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/temer-assina-decreto-que-autoriza-forcas-armadas-a-atuarem-na-seguranca-publica-do-rio.ghtml>>. Acesso em: 30 de Jul. de 2017.

<sup>98</sup> EL PAÍS. *Temer Convoca Forças Armadas Após Protestos em Brasília e Causa Controvérsia*. Entenda. 25 de maio de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/politica/1495658569\\_972087.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/politica/1495658569_972087.html)>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

<sup>99</sup> AGÊNCIA BRASIL. *Comandante do Exército Diz que Uso de Militares em Segurança É “Perigoso”*. 22 de jun. de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-06/comandante-do-exercito-diz-que-uso-de-militares-em-seguranca-e-perigoso>>. Acesso em 10 de junho de 2017.

<sup>100</sup> G1. *Comandante do Exército Diz que Uso de Militares em Segurança É “Perigoso”*. 22 de jun. de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/comandante-do-exercito-diz-que-uso-de-militares-na-seguranca-publica-e-perigoso.ghtml>>. Acesso em 10 de jun. de 2017.

O Comandante, no entanto, defendeu o uso das Forças Armadas além da proteção à soberania nacional contra ameaças externas, para outras funções para o Exército, como o trabalho de distribuição de água em Estados do Nordeste e o desenvolvimento da área de defesa cibernética<sup>101</sup>.

Tal declaração amparada nos dados de uso de tal instituto ajuda a evidenciar a banalização e a “normalidade” de medida excepcionais dentro da ordem democrática brasileira, vale salientar que as Forças Armadas não são regidas pela hierarquia e disciplina e não preparadas para enfrentamento de conflitos urbanos como o tráfico de drogas, ou na contenção de manifestações como ocorreu em 2013 nas manifestações concomitantes a Copa das Confederações.

Por fim, há uma diferença abissal entre o que é esgotamento das forças normais de segurança pública (Art. 144 da CRFB de 1988) como a ocorrência de greve da polícia nos estados da Federação quanto a recente convocação do presidente Michel Temer para contenção de uma pontual manifestação na praça dos Três Poderes, diga-se de passagem, após o término da mesma.

### **3.2 O Estado de Exceção como um Paradigma de Governo: Relação entre Agamben e Hannah Arendt**

Para Agamben o que chamamos de exceção, não se deve ser enxergado desse modo na atualidade, pois “exceção” (ainda que de modo implícito) a cada vez mais se torna a regra, ou seja, aquilo que pretensamente deveria ser exceção deve ser visto como regra para o direito.

Eis, um dos seus pilares para seu marco teórico, pois, o estudo do estado de exceção não se restringe a institutos expressos nas Constituição Federal de 1988 ou no direito comparado, sendo, portanto, mais abrangente em que pese sua relevância para o estudo.

Apesar disso, não nos parece que a distinção entre emergência constitucional dos períodos de crise (em que estão presente os institutos constitucionais do estado de defesa e de sítio) e estado de exceção (conceito doutrinário) sejam algo radicalmente distintos como defende Gilmar Mendes<sup>102</sup>, pois, ainda que seja relevante a opção da CRFB de 1988 em adotar o tipo rígido, ou seja, porque não permite, em tese, restrições às garantias constitucionais além das expressamente enumeradas no diploma, nada impede que tais institutos, como demonstrado por Hannah Arendt e Agamben, sejam utilizados, mas não se esgotando nestes, como instrumentos para o totalitarismo como ocorreu no III Reich que, sob o ponto de vista jurídico, o mesmo pode ser considerado como um estado de

---

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> GILMAR, 2007: 1267,8.

exceção amparado pelo art. 48 da República de Weimar que durou 12 anos (1933-1945)<sup>103</sup>.

Em *Um Relato sobre A Banalidade do Mal*, Hannah Arendt<sup>104</sup>, ao descrever o emblemático julgamento de Eichmann em Jerusalém pode-se observar que um dos principais suportes do totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadão que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.

Como adverte Agamben, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que não declarado, como os casos da legislação brasileira do estado de sítio e de defesa) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.

Tal ponto de vista tem na experiência histórica alemã um de seus exemplos mais dramáticos. O estado de emergência previsto no art. 48 de Weimar não teve o seu uso inaugurado por Hitler, muito pelo contrário, ao chegar ao poder o seu uso já havia sido banalizado como observa Agamben<sup>105</sup>:

Sabe-se que os últimos anos da República de Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção; menos evidente é a constatação de que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder se o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando. Em julho de 1930, o governo Brüning obteve do presidente Hindenburg o recurso ao art. 48 e a dissolução do Reichstag. A partir desse momento, a Alemanha deixou de fato de ser uma república parlamentar. O Parlamento se reuniu apenas sete vezes, durante não mais que doze semanas, enquanto uma coalizão flutuante de socialdemocratas e centristas limitava-se ao papel de espectadores de um governo que, então, dependia só do presidente do Reich. Em 1932, Hindenburg, reeleito presidente contra Hitler e Thälmann, obrigou Brüning a se demitir e nomeou em seu lugar o centrista Von Papen. No dia 4 de junho, o Reichstag foi dissolvido e não foi mais convocado até o advento do nazismo. No dia 20 de julho, foi declarado o estado de exceção no território prussiano e Von Papen foi nomeado comissário do Reich para a Prússia, expulsando o governo socialdemocrata de Otto Braun.

O estado de exceção que a Alemanha se encontrou sob a presidência de Hindenburg foi justificado por Schmitt a partir da ideia de “guardião da constituição”, mas, o seu resultado mostra que Weimar, ao contrário e de modo claro, que uma “democracia protegida” não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona

<sup>103</sup> AGAMBEN, 2003: capítulo I.

<sup>104</sup> ARENDT, Hannah, 1906-1975. *Eichmann – um relato sobre a banalidade do mal* / Hannah Arendt: tradução José Rubens Siqueira. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Capítulo VIII.

<sup>105</sup> AGAMBEN, 2003: 14/16.

sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário.

Esta ideia de “democracia protegida” associada a ideia de atos de Estado constitui um dos pilares para a sustentação do regime totalitário nazista. É, justamente esta teoria que Dr. Robert Servatius, advogado de Eichmann tentou implacar tanto no julgamento de Nuremberg como no caso de Eichmann<sup>106</sup>. Tal teoria consiste que o sistema na ideia de para o sistema legal nazista então existente, este não fizera nada de errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas “atos de Estado”<sup>107</sup>, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição, de que era seu dever obedecer, ato pelos quais segundo Goebbels, 1943, “ficaremos na história como os maiores estadistas de todos os tempos ou como seus maiores criminosos”<sup>108</sup>.

Ora a ideia de controlar a exceção de modo “rígido” ou “flexível” implicitamente admite que tais atos existem, e ainda que hajam critérios para seu cumprimento, se uma vez cumpridos, estes seriam irresponsáveis, expressão da soberania. O estado nazista não funcionou 12 anos sob a vigência do *Ausnahmezustand*? Do ponto de vista jurídico formal tal aplicação do instituto era totalmente legal, e no ponto de vista prático bastante recorrente muito antes do nazismo ser fundado.

Poderia Eichmann, funcionário honesto, obediente e cumpridor do seu dever, além de mediócre, ser responsabilizado por atos de soberania praticados em nome do III Reich? Como responsabilizar alguém que nunca deu a ordem para a “Solução Final” ou o extermínio em massa de toda uma categoria da cidadãos?

Atos de Estado que a jurisprudência alemã chama mais sintomaticamente de *justizlose Hoheitsakte*<sup>109</sup>, têm por base “um exercício do poder soberano” e ficam por isso inteiramente fora do âmbito legal, enquanto todas as ordens e comandos pelo menos em teoria, continuam sob controle judicial. Se o que Eichmann cometeu foram atos de Estado, então nenhum de seus superiores, muito menos Hitler, chefe de Estado, poderia ser julgado por qualquer corte.

Logo, percebemos que em que pese o esforço de controlar a “exceção” em institutos jurídicos formais pode, ao invés dificultar, legitimar e irresponsabilizar os prepostos estatais de sua condutas durante a exceção, o que implica que, tais institutos à luz do direitos brasileiro (estado de sítio, de defesa entre outros) não estão em oposição à ideia de estado de exceção e que entender o funcionamento do mesmo implica em abandonar a ideia de “atos de Estado” e entender tal instituto além de fronteiras jurídico formais.

Se o estado de exceção ajudou decisivamente que os cidadãos comuns alemães não participassem sobre as decisões do III Reich, outro aporte, ainda relacionado a este,

---

<sup>106</sup> ARENDT, 1963: 108,109.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> ARENDT, 1963: 120,121.

<sup>109</sup> ARENDT, 1963: 108,109 e 152,153

outro fator foi igualmente decisivo para tal regime totalitário, foi a ideologia da exceção. No caso Eichamann, era de grande interesse político saber quanto tempo leva uma pessoa mediana para superar a sua repugnância inata pelo crime, e o que exatamente acontece com essa pessoa quando chega a esse ponto<sup>110</sup>.

Durante o julgamento, Eichamann declarou que ao longo de toda a sua vida vivia de acordo com os princípios morais de Kant, e particularmente segundo a definição kantiana do dever. Ao ser indagado pelo juiz Halevi, surpreendentemente, o mesmo deu uma definição quase correta do imperativo categórico, Eichamann, 1961: “o que eu quis dizer que com minha menção a Kant foi que o princípio de minha vontade deve ser sempre tal que possa se transformar no princípio de leis gerais”<sup>111</sup> (O que não é o caso com roubo e assassinato, por exemplo, porque não é concebível que o ladrão e o assassino desejem viver num sistema legal que dê a outros o direito de roubá-los ou matá-los, com assevera Hannah Arendt)<sup>112</sup>.

Eichamann explicou que, a partir do momento em que fora encarregado de efetivar a solução final, deixara de viver segundo tais princípios, porque deixara de ser senhor dos seus próprios atos, incapaz de mudar qualquer coisa. Em tal período, os seus princípios como a de outros oficiais recaía segundo Hans Frank, 1942, fls. 15/6 citado por Hannah Arendt, 1963, fl. 153/4 em “Aja de tal modo que o Führer, se souber de sua atitude, a aprove”, “o imperativo categórico de Terceiro Reich”.

Sem dúvida, Kant jamais pretendeu dizer nada desse tipo, porém tal proposição ajuda explicar bem como a ideologia da exceção funcionava durante o III Reich. Eichamann, 1961, durante o julgamento tentou explicar que, “As palavras do Führer tinham força de lei”,<sup>113</sup> que uma ordem vinda diretamente de Hitler não precisava ser escrita, que nunca pedira uma ordem escrita a Hitler (nenhum documento relativo à Solução Final jamais foi encontrado, provavelmente nunca existiu), em que pese tivera pedido a Himmler<sup>114</sup>.

Arendt, 1963, fl. 165 assevera que “bibliotecas inteiras de comentários jurídicos abalizados foram escritos demonstrando que a palavra do Führer, seus pronunciamentos orais, eram a lei do mundo.”. A extensão da literatura sobre o assunto geralmente baseia suas afirmações no sentido comum que neste contexto significava às vezes a lei local (positiva e constituída) e às vezes a lei que supostamente fala ao coração de todos os homens com a mesma voz.

Para ser desobedecidas as ordens tem que ser “manifestamente ilegais”, acima do que é normalmente uma ordem legal, exemplo, não matar pessoas inocentes só porque

---

<sup>110</sup> ARENDT, 1963: capítulo I.

<sup>111</sup> ARENDT, 1963: 153.

<sup>112</sup> Ibid.

<sup>113</sup> ARENDT, 1963: 165.

<sup>114</sup> ARENDT, 1963: 165/167.

são judeus. São pautadas, muitas vezes, por um sentimento geral de humanidade, como assevera Hannah Arendt<sup>115</sup>.

Para Arendt, sem dúvida, não era meramente a convicção de Eichmann que Himmler estava dando ordens criminosas, como aponta o elemento pessoal indubitavelmente envolvido não era fanatismo, era a sua genuína, ilimitada e imoderada admiração por Hitler, como disse uma das testemunhas da defesa, ele havia percebido que, e sem nenhuma formação, não se tratava de uma ordem, mas a própria lei que os havia transformado a todos em criminosos<sup>116</sup>. Uma ordem diferia da palavra do Führer porque a validade desta última não era limitada no tempo e no espaço. Essa é a razão que uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por meros administradores; essa ordem ao contrário de ordens comuns, foi tratada como uma lei. A lei da terra de Hitler ligava a consciência de todos<sup>117</sup>.

É por tais motivos que quando a ordem de Himmler para suspender a evacuação de judeus húngaros chegou a Budapeste, Eichmann ameaçou, segundo um telegrama de Veessenmayer, “pedir novas ordens ao Führer”<sup>118</sup>.

Entender a ideologia da exceção implica ir um pouco mais a fundo para verificar o imaginário coletivo que permeiava na cabeça de Eichmann entre outros oficiais alemães, Arendt, então, cita como ele em seus interrogatório tem um discurso dominado por “clichês”, que ele dizia que eram “frase aladas”<sup>119</sup> (oriunda de citações famosas dos clássicos) que traduzia o “oficialês” nazista. Estas frases feitas, algo comum em todo círculo nazista, a exemplo do lema da SS: “Minha Honra é minha Lealdade”, “uma grande tarefa que só ocorre uma vez em 2 mil anos” tinha o sentido de traduzir ao receptor da comunicação, os oficiais do Reich, que eles estavam envolvidos em algo histórico, grandioso, único<sup>120</sup>.

Para Eichmann, essas coisas eram questões de estados de espírito, e se conseguia encontrar, fosse na memória, fosse de momento, uma frase feita que provocasse ânimo, ele se dava por satisfeito, sem jamais tomar consciência de uma “incoerência” no discurso<sup>121</sup>.

Vejamos que para o marco teórico desta pesquisa tal “sutileza” tem especial relevância, pois, fica claro que para o estado de exceção para existir precisa de um forte e enraizado suporte ideológico, e este tem que levar a um inimigo comum para assim legitimar uma guerra civil legal que permite a eliminação física do oponente.

Ora, como foi traçado na introdução deste trabalho tivemos uma breve análise do comportamento da mídia nas manifestações de 2013 que inicialmente exigia uma

---

<sup>115</sup> ARENDT, 1963: 166,167.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> ARENDT, 1963: 161/164.

<sup>119</sup> ARENDT, 1963: 60, 61.

<sup>120</sup> ARENDT, 1963: 61/64.

<sup>121</sup> ARENDT, 1963: 68.

repressão as manifestações, e depois, quando uma forte reação negativa da população a repressão policial e a cobertura midiática da grande imprensa, esta mudou seu discurso, agora o “inimigo comum da sociedade” não são mais os manifestante que agora agem de modo pacífico e ordeiro, mas, uma “minorias”, que se cunhou através de uma tradução mal feita do termo *black bloc*<sup>122</sup>.

Tal termo passou a ser amplamente divulgado na grande mídia como sinônimo de toda e qualquer depredação ao patrimônio seja público ou privado ou a qualquer reação dos manifestantes considerada violenta, e era esta que permitia que a grande imprensa continuassem, agora mais contida e implicitamente, a violência e abusos policiais.

Mas, não é a só a ela que podemos entender como ideológico a violência policial, a atitude de seus agentes não adveio apenas de clichês midiáticos, mas, de uma cultura de violência institucional que se robusteceu durante o período da Ditadura Militar (1984-1985), e que, ainda atualmente ecoa em nossa sociedade e recebe amparo institucional, legal e ideológico.

As polícias militares responsáveis pelo controle ostensivo e preventivo da segurança pública compõem a reserva do exército (Art. 144 § 6º da CRFB) sendo regidas pela hierarquia e disciplina assim como o Exército. O seu *modus operandi* que vigia antes da nova Constituição pouco mudou, e as manifestações de 2013 ajudaram a evidenciar isto, como veremos a frente.

---

<sup>122</sup> ARTIGO 19 BRASIL. Protestos no Brasil 2013. 23 jun. 2014. Disponível em: <<http://artigo19.org/blog/2014/06/23/relatorio-protestos-no-brasil-2013/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

#### 4 ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ALGUNS CONCEITOS NECESSÁRIOS AO TEMA

O conceito de responsabilidade civil do Estado varia no tempo e no espaço. No prisma teórico, a ideia da responsabilidade civil do Estado deve ser aprendida com uma das expressões do próprio Estado de Direito, que, passou por transformações históricas significativas assim como a teoria da responsabilidade civil estatal.

Na origem do Direito Público em geral vigia o princípio da irresponsabilidade do Estado que se traduzia pelo brocardo *le roi ne peut mal faire*<sup>123</sup> vinculado a ideia de ato de soberania do Estado, desse modo, o soberano não pode errar, do contrário, se ele fosse responsabilizado, iria igualar-se a súdito. No Brasil não tivemos a fase da irresponsabilidade.<sup>124</sup>

O primeiro caso de reconhecimento da responsabilidade estatal se deu na França, porém, naqueles casos em que havia previsão legal específica. Ou seja, eram situações muito restritas, a exemplo de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 Pluvioso do Ano VIII. Foi a criação do estado de direito, Estado que cria o direito e se submete ao direito que ele mesmo cria<sup>125</sup>.

O reconhecimento da responsabilidade do Estado à margem de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público se deu a partir do caso Agnès Blanco, de 1873<sup>126</sup>, porém desde que se comprovasse a culpa ou dolo do agente. Foi o surgimento da responsabilidade subjetiva. É a chamada teoria da responsabilidade subjetiva.

Superada a fase civilística, nasce a teoria *faute du service*, sendo ainda usada no Brasil em alguns casos, nesta não é preciso comprovar dolo ou culpa do agente, basta comprovar a má prestação do serviço, seja porque foi prestado de forma ineficiente ou atrasado. Não se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo, tanto que se chama de culpa anônima<sup>127</sup>.

Ampliando a proteção do administrado, a jurisprudência da França admitir a responsabilidade do estado objetivamente pautada pela teoria do risco que tem como marco teórico Saleilles e origem na jurisprudência de acidentes de trabalho francesa<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015. Fls. 1017/8.

<sup>124</sup> DI PIETRO, Zanella. *Manual de Direito Administrativo*/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Fl. 563.

<sup>125</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015: 1015/1018.

<sup>126</sup> DI PIETRO, 2015: 564.

<sup>127</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015: 1019/1022.

<sup>128</sup> PEIXOTO, Braga Netto, Felipe. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado* / Felipe Peixoto Braga Netto. Salvador: JusPodivm, 2015. Fls. 92,93.



No Brasil esta está consagrada pela CRFB de 1988 pelo art. 37 § 6º e arts. 43 e 927, parágrafo único do Código Civil de 2002 (CC/2002).

Conforme a teoria do risco e os referidos diplomas legais o Estado passa a ser responsável independentemente de dolo ou culpa. Passando a ser pressuposto para a responsabilidade apenas a conduta lícita ou ilícita; o nexo de causalidade e o dano.

Não obstante, tal teoria divide-se entre a teoria do risco integral (admitida em casos excepcionais, como danos nucleares ou ambientais) e a do risco administrativo que ao contrário a primeira admite causas excludentes da responsabilidade civil<sup>129</sup>.

Como princípios da responsabilidade civil do Estado baseado em suas transformações históricas assim como a do Estado de Direito, a doutrina tem apontado como princípios basilares a primazia do interesse da vítima, a solidariedade social e da proteção (a dimensão preventiva da responsabilidade civil do Estado)<sup>130</sup>.

Como primazia do interesse da vítima pode-se entender que esta não está em condições de igualdade frente ao Estado, tendo este melhor condições de suportar a indenização que um particular. Pela solidariedade social se extrai a ideia que haja uma distribuição equitativa, por todo o corpo social, dos encargos suportados isoladamente. Como princípio da proteção esta se efetiva tanto pela sanção punitiva quanto a reparatória pois esta prega que o Estado tem uma função ativa na proteção dos direitos fundamentais, não mera abstenção<sup>131</sup>.

Tais princípios guardam íntima relação com as funções basilares da responsabilidade civil: preventiva, reparatória e/ou compensatória e da realização da justiça material<sup>132</sup>.

Cabe especial enfoque para este trabalho a função preventiva que está calcada na exemplaridade e na solidariedade como demonstra a jurisprudência do STF:

A reponsabilidade civil do Estado tem caráter pedagógico e preventivo e indeniza o mal individual causado por uma ação estatal socialmente legítima. Tem que servir de exemplo (*exemplary or punitive damages*). (AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 21/19/14).

Feita as considerações iniciais, quanto aos pressuposto da responsabilidade civil do Estado, é preciso salientar que em relação a licitude ou ilicitude do ato administrativo, tanto para doutrina quanto para jurisprudência, é irrelevante para efeitos de responsabilização, decorrência da própria teoria do risco:

Os elementos que compreendem (...) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a gente do poder público, que tenha, nessa condição funcional, incidindo em conduta comissiva ou omissiva, independe da licitude,

---

<sup>129</sup> PEIXOTO, 2015. Fls. 82/85 e 92/99.

<sup>130</sup> PEIXOTO, 2015. Fls. 59/68.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> PEIXOTO, 2015. Fls. 69/76.

ou não, do comportamento funcional. (STF, RE 106.615, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 02/08/96).

Muita vezes o fato gerador do dano decorrem de atividades inteiramente lícitas da administração, como uma obra pública, ou até mesmo em atos em estado de necessidade ou legítima defesa ensejam direito a reparação civil como preceituras os arts. 929, caput, e 930, parágrafo único do CC/02<sup>133</sup>.

Quanto a responsabilidade por omissão do Estado, a maioria da doutrina e da jurisprudência entende que esta possibilidade não está abarcada pelo art. 37 § 6º da CF/88, logo, a falta de atuação do Estado não geraria responsabilidade objetiva, respondendo nesses caso com base na responsabilidade subjetiva. A exceção a esta regra é a teoria do risco criado quando o estado cria uma situação de risco estando na guarda de bem ou pessoa e, em virtude desse risco criado pelo ente público, o Estado responde objetivamente<sup>134</sup>.

Em relação ao dano este tem que ser anormal e específicos<sup>135</sup>, pois, só os danos tutelados pelo direito geram responsabilidade e quanto ao agente da responsabilidade civil não respondem apenas a pessoa jurídica do Estado, mas também, as pessoas de direito público da administração indireta bem como os particulares prestadores de serviços públicos. Para isso é preciso que o agente público esteja atuando nesta qualidade, ou então deve-se aproveitar da sua condição de agente para praticar ato danoso<sup>136</sup>.

Quanto ao nexos de causalidade, a doutrina<sup>137</sup> e jurisprudência, são unânimes que o direito brasileiro adota a teoria do dano direto e imediato (teoria da causalidade adequada) tendo como base o art. 403 do CC/02, esta tem sido aplicada tanto na responsabilidade civil contratual e extracontratual:

[...] Em relação ao nexos causal, o Brasil adotou a teoria do dano direto e imediato, também chamada de teoria de interrupção do nexos causal. (STJ, Resp 858.511, Rel. p/ acórdão Min. Teoria Zavascki, 1ª Turma, DJ 15/09/08).

Porém, o que é de maior relevância para este trabalho é são as excludentes da responsabilidade civil do Estado, que, tendo com base a teoria do risco administrativo constitui uma das grandes zonas de indeterminação na jurisprudência atual.

As excludentes da responsabilidade civil se diferencia das excludentes de ilicitude, pois aquelas rompem com o nexos causal, já as excludentes de ilicitude nem sempre provocam esse resultado, como se extrai da própria redação do art. 929, caput e 930, parágrafo único do CC/02<sup>138</sup> em que cabalmente demonstram que a configuração da legítima defesa ou do estado de necessidade não afasta a responsabilização civil ainda

---

<sup>133</sup> PEIXOTO, 2015: 151.

<sup>134</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015: 1029/1035.

<sup>135</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015: 1036/1042

<sup>136</sup> PEIXOTO, 2015: 111/113.

<sup>137</sup> PEIXOTO, 2015: 199/201.

<sup>138</sup> PEIXOTO, 2015: 151.

que tal ação seja considerada para o direito lícita. Além disso, é passível de punição o seu excesso.

Como excludentes da responsabilidade civil são caso fortuito (interno e externo) ou força maior; culpa exclusiva da vítima; culpa concorrente e fato de terceiro<sup>139</sup>. A doutrina e jurisprudência distinguem caso fortuito interno do externo porque o primeiro guarda alguma relação com a atividade desenvolvida e o último é estranho a atividade<sup>140</sup>.

Porém, o enfoque deste trabalho se dá entre os conceitos de culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente. O primeiro gera a total exclusão da responsabilidade civil e a segunda gera a atenuação do valor da indenização<sup>141</sup>. É importante lembrar que em ambas possibilidades o Estado tem que provar a ocorrência de tais hipóteses não podendo ser tal culpa presumida, como se extrai da redação do art. 373, II do Código de Processo Civil (CPC) e da jurisprudência:

[...] Não tendo a empresa ferroviária provado a culpa da vítima, nem assim elidido sua responsabilidade, comprovando caso fortuito ou força maior, não se exonera da obrigação de indenizar pela morte do menor. (STJ, Resp 217.528, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, DJ 09/04/91).

Como culpa exclusiva da vítima entende-se quando o dano decorreu exclusivamente da vítima, o que afasta o dever do Estado indenizar. A doutrina e jurisprudência traz diversos casos como quando a vítima jogou-se diante do veículo; o *surf* nos ônibus coletivos entre outras variantes<sup>142</sup>.

A culpa concorrente tem como base o art. 945 do CC/02 em que prevê a redução do *quantum* indenizatório com base na compensação das culpas, quando ficar provado que a vítima concorreu para o evento danoso<sup>143</sup>. É importante destacar o entendimento do STJ na matéria:

[...] A definição dos níveis de participação da vítima nem sempre é muito clara, de modo que, na prática, têm-se admitido a mesma como excludente apenas nos casos de completa eliminação de conduta estatal. Nos casos em que existam dúvidas sobre tal inexistência, resolve-se pela responsabilização exclusiva do Estado. (STJ, Resp 1.014.520, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ 02/06/09).

Por fim, tais conceitos têm preciosa importância para se analisar o nível de concordância dos casos de responsabilidade civil estudado dentro do marco temporal deste trabalho e verificar as zonas de indeterminação conceitual que um estado de exceção pode impactar no direito.

---

<sup>139</sup> BANDEIRA DE MELLO, 2015: 1040/1042.

<sup>140</sup> PEIXOTO, 2015: 137/142.

<sup>141</sup> PEIXOTO, 2015: 145/150.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Ibid.

#### 4.1 Da judicialização das manifestações de 2013 e seus contornos na responsabilidade civil

O levantamento da ARTIGO 19<sup>144</sup> e da ABRANJI<sup>145</sup> sobre as manifestações de 2013 trouzeram dados contundentes sobre a violência nas manifestações. A primeira traz o levantamento de que naquele ano registraram-se 696 protestos no país, sendo 15 manifestações com mais de 50 mil pessoas e 16 com mais de 10 feridos

Quanto ao uso de armas “não letais” foram registrados 112 usos, e 10 usos com arma de fogo. Foram registrados 837 pessoas feridas, 2608 detidas, e 8 mortes (direta ou indiretamente relacionados com os protestos.

Pela ABRANJI, foram registrados 117 agressões a jornalistas, além de 10 jornalistas detidos. Ao analisar detidamente a base de dados desta pesquisa, detectei 19 dos casos reportados envolvendo balas de borracha.

Não resta dúvidas que o número de pessoas feridas foi bastante alto e este guarda íntima relação com uso de artefatos “não-letais” como demonstra tais levantamentos bem como diversas imagens e vídeos que foram produzidas pela imprensa e por anônimos.

Outro fator ao se observar é que proporcionalmente o número de jornalistas feridos foi bastante alto, em que pese as agressões não tenham partido só de policiais como assevera a ABRANJI, e como inteligentemente demonstra a Artigo 19 ao cruzar os dados das pesquisas, o número de jornalistas agredidos aumentava a medida que aumentava as lesões de populares.

O número de detenções foi mais que três vezes o número de pessoas feridas fato este que chegou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo entrar com uma Ação Civil Pública (ACP) pedido medidas contra as prisões “por averiguação” que é vedado no ordenamento pátrio, tais ocorrência mostra relação com o uso de artefatos “não-letais” tendo ocorrido, muitas vezes, em concomitância com este uso, conforme relatórios referidos e boletins de ocorrência desta ACP.

Feitas tais considerações iniciais, nos deparamos em universo de milhares de pessoas que foram feridas e/ou presas, e desse fenômeno resultaram centenas ou talvez milhares de inquéritos policiais, destes, centenas de processos penais, contra tais indivíduos ou ao seu favor, além de diversos processos administrativos instaurados pelas corregedorias da polícia e respectivas ouvidorias.

---

<sup>144</sup> ARTIGO 19 BRASIL. *Protestos no Brasil 2013*. 23 jun. 2014. Disponível em: < <http://artigo19.org/blog/2014/06/23/relatorio-protestos-no-brasil-2013/> >. Acesso em: 10 jul. 2017.

<sup>145</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Relatório de agressões a comunicadores e jornalistas nas manifestações de 2013*. 14 jan.2014. Disponível em: < [http://www.abraji.org.br/?id=90&id\\_noticia=2687](http://www.abraji.org.br/?id=90&id_noticia=2687) >. Acesso em: 10 jul. 2017.

Não obstante, em termos de responsabilidade civil estatal tais números foram muito mais tímidos e a maioria deles tiveram desfecho desfavoráveis as vítimas de balas de borracha, recorte de nosso estudo, e tal realidade se confirma pela parca jurisprudência encontrada nessa temática, não obstante, seu significativo impacto na dignidade das vítimas.

Não há jurisprudência firmada ou pacífica nesses casos, as decisões apuradas são divergentes, o que demonstra a necessidade de estudar tal temática.

Tendo como parâmetro a base de dados que a ABRANJI e a ARTIGO 19 puderam nos oferecer, além de ter buscado através das mesmas e outras ONG's, e dos órgãos oficiais, além de pessoas que foram vítima de tais agressões, passo a expor o esforço desta monografia em ampliar os dados.

Considerando que a maioria dos casos e das ações judiciais tiveram registro em São Paulo, além de busca trazer dados regionais do problema traçamos inicialmente o caminho de requisitar informações aos seguintes órgãos: Ministério Público do Estado da Bahia (MP-BA) e de São Paulo (MP-SP); Ministério Público Federal (MPF); Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPE-SP) e da Bahia (DPE-BA); Defensoria Pública da União (DPU).

A DPE-SP, foi requisitada informações, de protocolo nº 3932217697, em 21/07/2017, sobre a ACP que visava restringir o uso de artefatos não letais em manifestações (tal ação fora divulgada por diversas repostagens jornalísticas, na época), e, em resposta, em 09/08/2017, a DPE-SP forneceu a numeração do processo e arquivo contendo os atos públicos da referida ação. Tal contribuição foi de singular importância para o desenrolar da pesquisa.

Ao MPE-SP, em 26/07/2017, foi requisitada informações semelhantes, no âmbito da atuação competente do Órgão Ministerial pela Promotoria de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP), e esta respondeu em 01/08/2017 pedindo que encaminhasse tal pedido a Promotoria de Direito Humanos, o que foi feito, e até o momento sem respostas.

Ao MPF, em 26/07/2017, protocolos de nº 20170057300, e 20170061032, foi requisitada informações semelhantes dentro da sua respectiva esfera de atuação, e também foi pedido informação sobre o Procedimento Preparatório aberto por este para investigar o suposto “desvio de verba” da Universidade Federal do ABC (UFABC) ao prestar assistência social a sua estudante Deborah Fabri que perdeu a visão de um olho nas manifestações contrárias ao impeachment/golpe parlamentar, em 2016 (Em que pese fora do marco temporal, tal caso pode servir de exemplo comparativo aos do marco temporal). Em 27/09/2017 e 10/08/2017 houve respostas de mesmo teor afirmando que seria necessária procuração com firma reconhecida (por se tratar de terceiros) aos autos em virtude de se tratar de processos de cunho pessoal (pessoa jurídica) conforme Portaria nº 1080/2012. Vale salientar que no segundo protocolo apenas pedir o número do PP para acompanhar no campo de consulta pública do próprio site do MPF.

Ao MPE-BA foi requisitado presencialmente Pedido de Informação, de protocolo nº 003.0.17825/2017, sobre se houve ações civis públicas ou procedimento correlato adequado movidas pelo *parquet* visando a regulamentação do uso de artefatos “não letais” em protestos ou a punição de abusos no âmbito coletivo a exemplo da ACP nº 1016019-17.2014.8.26.0053 movida da DPESP ou procedimento correlato visando tais medidas. Desde do protocolo em 27/07/2017 não houve respostas.

A DPE-BA, fui a Ouvidoria Cidadã em 24/07/2017, desta Capital, e estes me encaminharam ao Núcleo de Direito Humanos, que depois de quatro tentativas presenciais sucessivas, não obtive qualquer êxito, então, encaminhei pedido de informação, em teor semelhantes aos demais órgãos, porém dentro do respectivo campo de atuação do órgão, em 31/07/2017, e até o momento não obtive quaisquer respostas.

A DPU, em 27/07/2017, encaminhei pedido de informação semelhante aos demais citados, e em resposta, em 31/07/2017, este respondeu que o referido canal de comunicação da Ouvidoria era restrito a atuação do órgão para com a sociedade.

Finalizada, a pesquisa através dos órgãos públicos, busquei coletar informações de pessoas que foram vítimas de balas de borracha durante o período e que através da mídia ficaram conhecidas. Tal análise não se submeteu ao mesmo rigor, pois, trata-se apenas de buscar mais informações, que ao longo do trabalho foi escasso em virtude da parca jurisprudência sobre o tema.

Desse modo, procurei entrevistar Sérgio Andrade da Silva, Pedro Guimarães Lins Machado, Tatiana Farah, Giuliana Vallone, todos casos conhecidos de jornalistas que foram alvejados por balas de borracha no período de 2013.

Pedro Guimarães Lins Machado não foi localizado, mas foi encontrado vídeo em que ele relata detalhadamente as agressões que sofrera.

Giuliana Vallone, Sérgio Andrade da Silva foram contactados, mas, não responderam a entrevista, não obstante há vídeos em que ambos relatam as agressões assim como a do Alex Silveira, este que ficou cego por bala de borracha nas manifestações de professores da rede pública do Estado de São Paulo em 2003.

Tatiana Farah, foi localizada e respondeu as perguntas do dia 28/07/2017, pelo *imessage*. Informou que fora alvejada por balas de borracha uma de raspão e outra no braço e que não estava na “linha de tiro” entre o confronto da polícia e os manifestantes, estava no acostamento da rodovia onde ocorra o sinistro, juntos com diversos jornalistas em posição estratégica e “protegida” entre os carros. A mesma estava identificada com traje da Organizações Globo assim como os demais jornalistas, quando abruptamente, a Polícia Militar começou a atirar balas de borracha para todos os lados, e em sequência, um dos policiais chegou próxima a ela enquanto ela gritava em voz alta que era imprensa e atirou na cara dela os referidos projéteis que só não feriram seu rosto porque atingiu o ombro e o braço levantado da mesma. Após foi junto com outros jornalistas pedir socorro ao policiais que disseram que ela deveria procurar um hospital e que não poderia ficar ali.

A mesma foi acompanhada com o advogado da emissora a delegacia e corregedoria, além de ter realizado dois exames de corpo de delito, que comprovaram as lesões. Foi informada que a Governadoria de São Paulo ligou para o coordenador da emissora, mas ela nunca foi procurada. Nem a investigação da Corregedoria do Estado de São Paulo, nem o Inquérito Policial chegou a qualquer conclusão.

Em vídeo divulgado<sup>146</sup>, os fotógrafos Alex Silveira e Sérgio Silva, relatam conjuntamente a experiência de ficarem cego de um dos olhos vítimas, o primeiro ao cobrir a manifestação de professores do Estado de São Paulo em 2003 e o segundo em 13 de junho de 2013 na manifestação do Vem pra Rua entre a Consolação e a av. Paulista. Relatam que no momento que foram atingidos pelo projétil estava a cobrir as manifestações em local estratégico e fora da linha de confronto entre manifestantes e policiais. Ambos processaram a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O primeiro teve sentença parcialmente procedente ao pedido reparação dano moral, estético e material, mas que foi reformada na 2ª Instância tornando o pedido totalmente improcedente. Já o segundo, teve em ambas as instâncias a improcedência dos respectivo de reparação dos danos.

Em vídeo do divulgado pela Folha de São Paulo<sup>147</sup>, a jornalista Giuliana Vallone relata que no dia da agressão houve diversos episódios em que os policiais a miravam apontando a arma de fogo (utilizada para as balas de elastano), o que não foi diferente com outros colegas, porém a mesma não imaginava que um dos policiais de fato fossem atirar, por ser mulher ou achar que um policial fardado não faria isto, não obstante, quando a manifestação estava em seu fim, ela estava na rua Augusta e se deparou com uma senhora que queria ir a avenida Paulista, então, a alertou que não estava seguro ir até lá, pois a “Choque” estava entre a Paulista e a Augusta, em seguida ajudou-a se esconder em um estacionamento, logo após, ainda nesse local avistou policiais que aproximando-se dela em direção aos manifestantes que estavam no outro lado da rua, porém um deles, mirou sobre ela que estava com filmando a ação, e então atirou. Não há informações se sobre o inquérito policial e se o mesmo chegou a alguma conclusão.

Pedro Guimarães Lins Machado<sup>148</sup>, fotógrafo, publicou manifesto pelo site YouTube, no qual descreve a manifestação do dia 11 de julho de 2013 na cidade do Rio de Janeiro próximo ao Palácio Guanabara, afirmou que esta transcorria com tranquilidade e aos poucos, ganhavam maior intensidade, quando a PMERJ (Polícia Militar do Rio de Janeiro), de modo abrupto, atirou bombas de gás lacrimogêneo e de efeito moral

---

<sup>146</sup> O ESTADO QUE ARRANCA OLHOS. *Alex encontra Sérgio #pontejornalismo*. 18 de jul. 2014. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=TRsDdXahorR8&index=1&t=1s&list=FLe\\_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw](https://www.youtube.com/watch?v=TRsDdXahorR8&index=1&t=1s&list=FLe_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw)>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

<sup>147</sup> TV FOLHA. *'Jamais achei que ele fosse atirar', afirma repórter atingida em protesto*. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=UGgW\\_6qLWfY&index=8&list=LLe\\_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw](https://www.youtube.com/watch?v=UGgW_6qLWfY&index=8&list=LLe_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw)>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

<sup>148</sup> NOTA PÚBLICA. *Pedro Guimarães Lins Machado*. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=eBPZEMqsREI&index=9&list=LLe\\_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw&t=100s](https://www.youtube.com/watch?v=eBPZEMqsREI&index=9&list=LLe_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw&t=100s)>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

atingindo-o sua cabeça o que causou traumatismo crânio-encefálico, e que, estava a fazer tratamento a base de remédios anticonvulsivos sentindo dores de cabeça e dificuldades de concentração, com possibilidade de perda de memória. Em seu manifesto, demonstrou que:

O discurso policial calcado na ordem está funcionando de forma binária, transformando todo manifestante ali presente em inimigo do Estado, inclusive de forma sádica, rindo da vulnerabilidade civil [...] o que não é inédito é o modo cínico como a grande mídia e o poder público vêm tratando o verdadeiro estado de exceção que se instaurou de maneira generalizaa a partir de junho desse ano. (LINS MACHADO, 2013).

Ainda que fora do marco temporal e temático, consegui entrevistar Deborah Fabri, que em 31 de agosto de 2016 ficou cega de um olho nas manifestações contra o impeachment/golpe parlamentar, em virtude de estilhaços de bombas de gás lacrimogêneo e efeito moral buscando informações sobre o PP movido pelo MPF e também quais medidas que a mesma tomou após o incidente. Em relação a primeira pergunta a mesma respondeu que tal procedimento foi fruto de denúncia ao órgão por um estudante da UFABC que “prega discurso do ódio”, mas, que tal procedimento “não deu em nada”. Em relação ao segunda pergunta a mesma respondeu que prestou queixa, fez duas vezes o exame de corpo de delito, quando foi na Corregedoria da PM-SP alega que foi posta “contra a parede” de tantas perguntas que foram feitas na tentativa de “culpá-la” pelo ocorrido. Disse que a Polícia não quer fornecer as imagens das câmeras de segurança que o Estado possui. Não há notícia de qualquer resultado das “queixas” bem como está a ser assistida pela DPE-SP e visa processar o Estado pelos danos sofridos. Entrevista realizada pelo *imessage* em 12/08/2017.

Diante do exposto, verifico que a pesquisa de campo teve resultados positivos, ainda que insatisfatórios, ajudaram a ampliar um pouco mais a base da dados que encontrei através do mapeamento de casos e processos fornecidos pela ABRANJI, como a ACP 1016019-17.2014.8.26.0053, e entrevistas que foram de grande valia e que nos ajudam a entender o porquê que de um universo tão grande de agressões, só houve poucos casos de ações de responsabilidade civil contra a Fazenda Pública.

#### **4.2 Da análise da jurisprudência sobre a responsabilidade civil do Estado pelo uso de balas de borracha**

Após coleta de dados, chegou-se a conclusão, dentro da temática estabelecida, de 7 processos judiciais visando a responsabilidade civil do Estado pelo uso de balas de borracha e/ou deste artefato, porém, destes, apenas 5 dizem respeito aos protestos de 2013.



No âmbito coletivo, e dentro do marco temporal, foram localizadas duas ACP movidas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a primeira de nº 0024010-95.2013.0053, sustenta que, durante a onda de protestos de 2013, capitaneados pelo MPL, a PM-SP valeu-se das chamadas “prisões por averiguação” como forma de repressão em massa dos manifestantes, este processo se relaciona a temática uma vez que tais prisões estão relacionadas com o uso de balas de borracha e artefatos “não-letais” pois a ocorrência das prisões foi concomitante ou, logo, posteriores ao uso desses artefatos. A ação tem com base diversos boletins de ocorrência que relatam os sinistros e ajuda informar os ocorridos pelo presente trabalho. A Defensoria pediu a condenação do Estado de São Paulo a obrigação de abster de adotar tais práticas, sob pena de multa, e pagamento de danos morais homogêneos individuais a cada pessoa que tiver sido vítima destas prisões.

O Estado de São Paulo, por sua vez, entende que os fatos narrados não indicam a ocorrência de prisão, a qual exige o encarceramento; no mais, sustenta ter ocorrido mera custódia, procedimento absolutamente previsto pela legislação brasileira, e que o próprio Supremo Tribunal Federal, em julgamento de habeas corpus, definiu ser possível a condução de suspeito até a presença da autoridade policial para ser inquirido sobre os fatos investigados. O Ministério Público opinou pela improcedência dos pedidos, nos mesmos termos da Procuradoria.

A sentença foi julgada improcedente, alegou o juiz que, tais prisões já são vedadas no ordenamento jurídico brasileiro, e que não há sentido em determinar um provimento jurisdicional que seja demasiadamente genérico, sem poder analisar no caso concreto se a prisão é ou não ilegal, e desse modo, não se pode caracterizar o dano da ACP, pois, diversas hipóteses podem ensejar uma prisão e caso ocorram hipóteses de prisões ilegais há tutelas específicas tanto na esfera penal quanto na cível e na administrativa para remediar a ilegalidade. A presente ação encontra-se, no momento, em grau de recurso na 2ª Instância.

A segunda ACP, de nº 1016019-17.2014.8.26.0053, também movida pela DPE-SP, visa o estabelecimento do conteúdo e do alcance dos princípios constitucionais do direito de reunião, art. 5º, inciso XVI, da liberdade de expressão, art. 5º, inciso IV, e o direito à cidade, art. 182, caput, da CRFB de 1988, que, segundo a Defensoria, estariam ameaçados em razão das medidas desproporcionais adotadas pela PM-SP (como marco desde as manifestações do Vem pra Rua, em 2013) buscando provimento jurisdicional para resgatar esses direitos, como a apresentação de um projeto de atuação da PM-SP que defina os parâmetros técnicos que garantam o livre-exercício de tais direitos, fácil identificação dos policiais, e que estes não usem armas de fogo, balas de borracha e gás lacrimogêneo, só em circunstâncias excepcionais, como a legítima defesa.

Em Contestação, a Procuradoria do Estado de São Paulo, alega tais princípios não são absolutos e que devem conciliar com outros como a garantia da lei e da ordem (art. 144, caput da CRFB de 1988), que a Polícia Militar tem agido segundo padrões e regras, a exemplo da Lei Estadual nº 616/74 que permite ações preventivas para dissuadir

ameaças à ordem pública, e que, por fim, tem agido com uso força proporcional e necessária às circunstâncias do episódio, não cabendo ao Poder Judiciário modificar tais padrões técnicos. O MPE-SP se manifestou no mesmo sentido, porém em razão de conflito interno de atribuições, em novo parecer ministerial, este se pronunciou de forma favorável a deslinde do feito.

Houve tutela liminar favorável, em parte, determinando a PM-SP a elaborar o referido plano e abster-se das condutas danosas referidas. Tal decisão foi derrubada no 2º Grau. A sentença também foi julgada parcialmente procedente determinando a execução de tal plano de ação, no prazo de 30 dias, sob pena de multa, da abstenção das condutas danosas como o uso de balas de borracha e gás lacrimogêneo, além da condenação de danos morais coletivos e individuais homogêneos no valor de R\$ 8.000.000,00. Houve nova concessão de tutela de urgência e, novamente, foi suspensa pela 2ª Instância.

Tal decisão trouxe argumentos razoáveis, segundo o magistrado, a resposta da PM-SP variava conforme a pauta ideológica das manifestações tendo sido violenta nas manifestações do Vem pra Rua de 2013, nas ocupações das escolas estaduais pelos estudantes (menores de idade, com proteção especial do Estatuto da Infância e da Adolescência), e extremamente pacíficas como as favoráveis ao impeachment de Dilma Roussef.

Outro fator decisivo pontuado na decisão é que o êxito no controle da ordem pública exercido pela PM-SP nos estádios de futebol, sem uso de armas de fogo e de elastano, permite confirmar a possibilidade de garantir a ordem sem recurso a tais instrumentos. Desse modo, a garantia da lei e da ordem não significa necessariamente dispersar.

Nas ações individuais, dentro da temática e do marco temporal, tivemos a ação de indenização ajuizada por Sérgio Andrade da Silva, referida no tópico anterior, de nº 1006058-86.2013.8.26.0053, em virtude de perder a visão em um dos olhos, no dia 13 de junho de 2013, no protesto do Vem pra Rua entre a Consolação e a av. Paulista, por projétil de elastano.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) alegou a necessidade do autor provar que a bala de borracha foi do Estado para configurar o nexo causal da suposta conduta comissiva do Estado, e não obstante, o mesmo aduziu culpa exclusiva da vítima que se pôs na “linha de tiro” entre manifestantes e policiais.

A perícia médica foi inconclusiva, não se pronunciando se a lesão foi em decorrência da bala de borracha ou não. O pedido foi julgado totalmente improcedente alegando, assim como referido pela Procuradoria, que o juiz entendeu que o autor pôs-se na linha de tiro entre manifestantes e policiais o que, segundo ele, caracterizou culpa exclusiva da vítima.

Já a ação ajuizada pelo advogado, Antonio Roberto Toledo Lopes, de nº 1011921-56.2014.8.26.0451, contra o Município de Piracicaba, pedindo indenização por ter sido o

autora atingido por bala de borracha no abdômen disparada pela Guara Municipal foi julgada procedente, o que foi confirmada em 2ª Instância, transitando em julgado.

Nesta ação, além de resultado distinto, devo relatar que houve dois tipos de perícias, uma para comprovar as lesões corporais e outra quanto ao projétil tendo as duas comprovado a lesão decorrente de bala de borracha. A magistrada também chamou atenção ao fato de não se encontrar nos autos evidências sobre a necessidade do uso de tal medida como também de qualquer ação por parte do autor que ensejasse tal reação.

No âmbito individual, também houve outra ação localizada, dessa vez ajuizada em Brasília, contra o Distrito Federal, ajuizada por Isadora Cristina Ribeiro de Alencar, de nº 2013.01.1.144023-7, que ao cobrir jornalisticamente a manifestação que seu deu na porta do Estádio Nacional de Brasília durante o jogo Brasil e Japão na Copa das Confederações no dia 15/06/2013, foi alvejada por bala de borracha na cabeça. Alegou que fora diversas vezes ameaçada pelos policiais para que parasse de filmar até que estes começaram a avançar sobre a multidão que estava sentada pacificamente fazendo uso de balas de borracha e bombas de gás.

A juíza julgou totalmente improcedente a ação alegando que:

Com efeito, ainda que tenha se constatado, tanto da prova testemunhal como documental, que o disparo de balas de borracha na forma como realizado no dia e local da manifestação em que se encontrava a autora possam ter “contrariado a técnica” (fls. 132, itens 3º e 4º), isso por si só, não rende direito à indenização. (CANDEIRA DE LIRA, Sandra Cristina, 2016).

A contrariedade da técnica se refere ao disparo de balas de borracha não se deu em ricochete, mas a disparo direto, segundo a mesma, se deu muito provavelmente pela fumaça do gás disparado pela própria polícia, o que dificultou a sua visibilidade além do fato dos manifestantes estavam correndo (fugindo dos disparos) em uma área de grande amplitude. Além disso, disse que a ação estava em conformidade com a Portaria Interministerial nº 4.226 de 2010. Tal ação foi mantida pela 2ª Instância tendo a ação transitado em julgado em 23/11/2016.

Fora do marco temporal, em caráter coletivo, houve o Mandado de Segurança preventivo, nº 0018010-10.2014.8.26.0000, impetrado por grupo de advogados em face Governador do Estado de São Paulo e outros, visando a obtenção de comando judicial para que, em manifestação popular a ser realizada em 13 de março de 2014 a Polícia Militar: se abstinhasse de formar cordões de isolamento; limitasse a acompanhar a manifestação a uma distância de cem metros; não utilizasse a tática denominada "panela de hamburgo"; não atuasse preventivamente contra os manifestantes; não realizasse prisões para averiguação; não impedisse jornalistas e advogados, então presentes, de atuarem com liberdade. A liminar foi rejeitada, o magistrado alegou que a ação preventiva das polícias, com vistas à manutenção da ordem é legítima, e não pode ser afastada, sem

prejuízo de rigosa apuração e punição de eventuais abusos, se caso constatados. O processo foi extinto em virtude de decurso de prazo.

Este mandado tem especial relevância, pois, posteriormente, a Procuradoria do Estado de São Paulo, a utilizou como um dos argumentos para a improcedência da ACP 1016019-17.2014.8.26.0053 e citou na sua respectiva Contestação reportagens jornalísticas desta manifestação que, não obstante, o indeferimento da liminar, foi marcado por “quebra-quebra” de patrimônio público e privado por “vândalos” e “black-bloc’s”, em virtude do “voto de confiança” dado pela PM-SP ao MPL.

Também, fora do marco temporal, em caráter individual, foi a ação de reparação civil contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ajuizada pelo já citado jornalista Alex Silveira em 2003, de nº 0027384-71.2003.8.26.0053, em que teve provimento parcial ao pedido de indenização por danos estéticos, morais e materiais, e negado o pedido de pensão.

Em a sentença, o magistrado, com base na responsabilidade objetiva do Estado por atos comissivos, alega que ficou provado o nexo causal entre a conduta da PM-SP e a lesão permanente do autor, por meio do exame de corpo delito, imagens, vídeos e testemunhas arroladas no processo, e que sobre a regra da responsabilidade civil, as causas de interrupção do nexo causal tem que ser comprovadas pelo réu, a exemplo de culpa exclusiva da vítima, desse modo, o magistrado entendeu que, com base nas provas acostadas, ficou provado que houve culpa concorrente da vítima pela sua proximidade para com o confronto e, desse modo, mitigou a indenização postulada.

Em acórdão, o 2º grau reformou a sentença apelada e negou totalmente o pedido de indenização ao Alex Silveira alegando culpa exclusiva da vítima.

Feita a análise dos referidos casos, vale salientar que o aqui exposto trata-se de um breve resumo dos processos, em que alguns têm mais de mil páginas, que as decisões são divergentes, em que pese encontrarmos uma clara tendência em excluir a responsabilidade civil do Estado.

Em uma análise geral, observa-se que, de forma implícita o ônus de provar a suposta “culpa exclusiva da vítima” que deveria ser da Fazenda Pública, conforme a lei processual, em seu art. 373, inciso II do CPC, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Tal regra não contraria a presunção de legalidade da Administração Pública, conferida pelo art. 37, caput da CRFB de 1988, uma vez que esta se refere aos atos que esta pratica, e não estabelecem qualquer tipo de presunção sobre a conduta da vítima.

Tal falta é corroborado pela jurisprudência, como já referido pelo capítulo sobre os conceitos da responsabilidade civil a exemplo do STJ, Resp 1.014.520, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 02/06/09, no o ministro bem assevera que cabe ao poder público provar a culpabilidade da vítima, e a dúvida, resolve-se favoravelmente a última. Não é o

que se observou nos processos aqui relatados, com algumas exceções, como o caso de Antonio Roberto Toledo Lopes, ou parcialmente, no caso Alex Silveira.

Tal realidade, torna ainda mais difícil a possibilidade da vítima poder provar os fatos constitutivos de seu direito o que contraria frontalmente o princípio da primazia do interesse da vítima e as funções preventivas, reparatorias e compensatórias da responsabilidade civil, pois, torna a possibilidade da vítima ser reparada um verdadeiro labirinto processual.

Em consequência, deixa de punir os agressores e torna a ação do poder público distante de sua função constitucional imediata de promover o interesse público, passando o interesse mediado da instituição Estado a ser mais importante e valorado.

Poucos vítimas conseguem provas tão precisas quanto o caso do advogado Roberto Toledo, mas, ainda quando conseguem estas podem ser negadas como ocorrera com a estudante de comunicação Isadora Ribeiro.

Ao invés de punir más condutas, sentenças como essas banalizam e legitimam o mal, a revelia da legalidade e dos princípios constitucionais, como a liberdade de expressão, a imprensa livre e de reunião ficam severamente ameaçados.

## 5 DA IDEIA DE NÃO LETALIDADE DAS BALAS DE BORRACHA E A SOCIEDADE DO RISCO

Por fim, resta esta monografia chamar atenção a um fato despercebido pelas sentenças e até por grande parte da sociedade e da mídia, o feição letal da bala de borracha.

A história da criação das balas de borracha foi uma invenção do exército britânico, e implantado durante o conflito na Irlanda do Norte em 1970<sup>149</sup>:

Eram uma espécie de “cassetete disparado”, feito de borracha com 15 cm. Depois vieram balas menores, disparáveis de fuzis comuns com carga menor de explosivo propelente. Os britânicos foram os maiores usuários da história. Entre 1970 e 1975 foram disparados 55 mil dessas balas na Irlanda do Norte. Uma pessoa morreu a cada 16 mil disparos; um em cada 800 teve ferimentos sérios, e um em cada 1.900 teve lesões incapacitantes<sup>150</sup>.

Desse modo, tal artefato constitui um risco de morte, além de risco de lesões graves e incapacitantes como ocorreu com os fotógrafos Sérgio Andrade da Silva e Alex Silveira.

Tal artefato também foi largamente utilizado na África do Sul durante o regime apartheid como citado pelo relatório da Artigo 19<sup>151</sup> que, após o fim do regime, aboliu tal uso.

Tal instrumento foi aperfeiçoado ao longo da história, sendo que as balas menores com núcleo de metal, são consideradas 10 vezes mais perigosas, o seu uso na Irlanda do Norte de 1987 a 1993 causou mais de 20 mortos. Tal técnica foi ainda mais aprimorada por Israel que utilizou largamente nos distúrbios palestinos conhecidos como Intifada.<sup>152</sup>

Ver, portanto, algo que Ulrich Beck, em Sociedade de Risco<sup>153</sup>, conceituar como “diversidade definitiva”:

---

<sup>149</sup> MENOS LETAIS. *Balas de Borracha*. Disponível em: <<http://menosletais.org/bala-de-borracha/>>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

<sup>150</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Balas de borracha, não letais, sim, podem matar*. 17/06/2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1296235-balas-de-borracha-nao-letais-sim-podem-matar.shtml>>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

<sup>151</sup> ARTIGO 19 BRASIL. *Protestos no Brasil 2013*. 23 jun. 2014. Disponível em: <<http://artigo19.org/blog/2014/06/23/relatorio-protestos-no-brasil-2013/>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

<sup>152</sup> Ver nota 150.

<sup>153</sup> BECK, Ulrich, 1944-2015. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade* / Ulrich Beck; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor – São Paulo: Editora 34, 2011. Fls. 36/38.

O conteúdo teórico e o referencial axiológico dos riscos condicionam outros componentes: a conflitiva pluralização e diversidade definitiva de riscos civilizacionais observável. Atinge-se, por assim dizer, uma superprodução de riscos, que em parte se relativizam, em parte se complementam, em parte invadem o terreno uns dos outros [...] ameaças ao solo, à flora, ao ar, à água e a fauna ocupam uma posição especial nessa luta de todos contra todos das definições de riscos mais lucrativas.

Nesta esteira, o autor demonstra que um dos fatores para se chegar a diversidade definitiva, está o estudo científico pautada em condições isoladas, em analisar determinado fenômeno apenas por ele mesmo, sem verificar possíveis interações com outros fatores, desse modo:

Abre-se uma arena inteiramente distinta de causas e culpados quando um tal erro de diagnóstico tipicamente local, que sempre precisa ser conflitivamente ultrapassado pelos risco no caminho de seu reconhecimento, é finalmente superado e o desmatamento [exemplo do capítulo] é percebido e reconhecido como efeito da industrialização.<sup>154</sup>

Desse modo não se pode perceber a teoria do risco administrativo fora da sociedade do risco, esta nasce desde os primórdios de Saleiles ao defender a responsabilidade objetiva oriunda de acidentes de trabalhos.

O contexto de Saleiles são os efeitos da revolução industrial<sup>155</sup>, e esta, no mundo contemporâneo (pós-industrial) são ainda mais acentuadas, portanto, as balas de borracha ao serem consideradas como “não-letais” traduz uma versão ao intérprete do direito que estas não podem matar, e tornam possível ao operador do direito ignorar o fato do Estado assumir o risco ao adotar o uso de tais artefatos.

É esta diversidade definitiva que permite a Portaria Interministerial nº 420/2010 a enquadrar a bala de borracha como instrumento de menor potencial ofensivo, que as sentenças que foram aqui estudadas entenderem tal uso como algo padrão e legítimo para manutenção de lei e da ordem contra pessoas desarmadas.

Por fim, devemos salientar que em uma sociedade de risco, a suscetibilidade ao risco pelo indivíduo não é decidível, a todos, em maior ou menor grau está exposto aos risco. O antigo inimigo comum da sociedade capitalista não é mais a nobreza ou o socialismo, mas, são os próprios riscos que ela produz.

O risco produz situações de ameaças, em contraste, implicam uma forma inteiramente diversa de perplexidade. Nada nelas é evidente. Elas são de certo modo universais e inespecíficas<sup>156</sup>. Chernobyl é um exemplo dramático e paradigmático da

---

<sup>154</sup> BECK, 1986: 37.

<sup>155</sup> PEIXOTO, 2015: 92, 93.

<sup>156</sup> BECK, 1986: 62, 63.

obra, mostra como uma tragédia atômica impactou na vida de pessoas dentro e fora da “Cortina de Ferro”<sup>157</sup>.

Nesse sentido, pode-se falar que ninguém, dentro da sociedade de risco está isento, a bala de borracha pode atingir o manifestante, o jornalista, o pedestre e até mesmo outro policial. Não se pode criar novas formas de subjetivização, como a “presunção” da culpa exclusiva da vítima, quando o Estado assume o risco da atividade e do uso da bala de borracha.

---

<sup>157</sup> BECK, 1986: 09/10.



## 6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verificamos que o conceito de estado de exceção remonta desde a República Romana (508 a.C – 27 a.C) através do instituto denominado de *iustitium*, considerado como arquétipo moderno do *Ausnahmezustand* como defende Agamben.

Na tradição romanística, o *iustitium* pressupunha o *tumultus* e era proclamado através do *senatus consultum ultimum* que configurava a *ultima ratio*, a situação limite entre a *auctoritas* e a *potestas*.

Com o fim da República, tal instituto perdeu esta importância deslocando seu *locus* para a festa, o luto e a anomia como as festas Saturnais no mundo clássico e o *charivari* na Idade Média.

O *iustitium*-luto público passou até singular importância no Império Romano (27 a.C. – 476 d.C.), este configurava um importante instrumento de controle social entre a morte de um imperador ou *princeps* para outro. Era o momento do novo *princeps* apropriar-se do estado de exceção transformando-o num assunto de família, pois, a suspensão do direito torna-se parte integrante do funeral do *princeps*.

Esse instituto, no Império, passa a ter íntima relação com o *nomos empsychos* (lei-viva), pois, o *princeps* é a lei viva, quando ele morre, a lei transforma-se em anomia, e esta é controlada pelo *iustitium*.

O *nomos empsychos* é a forma originária do nexos que o estado de exceção estabelece entre um fora e um dentro da lei e, nesse sentido, constitui o arquétipo da teoria moderna da soberania.

O estado de exceção ganha nova configuração a partir da Revolução Francesa (1789-1799) através da criação do *état de siège*, que paulatinamente, algo concebido para situações de defesa de praças-fortes e aos portos militares, passa ao longo da história, a progressiva emancipação à situação de guerra, para ser usado, em seguida, como medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas (*état de siège fictif*), sendo caracterizado pela suspensão do Direito.

Esta emancipação não finda como medidas extraordinárias, mas, passa a se constituir como um paradigma de governo, tendo o III Reich (1933-1945) existido pelos seus 12 anos de existência como um estado de exceção sob o auspício do art. 48 da Constituição de Weimar.

O estado de exceção pode ser considerado, como observa Agamben, como o caminho, o momento de transição, entre a democracia e o totalitarismo, a ditadura soberana para Schmitt.

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união do impossível entre norma e realidade, e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isto significa que para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção.

É portanto, a força-de-lei sem lei, ou força-de-lei.

Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real, nesse ponto, a exceção se relaciona diretamente com a banalidade do mal de Arendt.

Em Um Relato sobre A Banalidade do Mal, Hannah Arendt, ao descrever o emblemático julgamento de Eichmann em Jerusalém pode-se observar que um dos principais suportes do totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadão que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.

Para Arendt, sem dúvida, não era meramente a convicção de Eichmann que Himmler estava dando ordens criminosas, como aponta o elemento pessoal indubitavelmente envolvido não era fanatismo, era a sua genuína, ilimitada e imoderada admiração por Hitler, como disse uma das testemunhas da defesa, ele havia percebido que, e sem nenhuma formação, não se tratava de uma ordem, mas a própria lei que os havia transformado a todos em criminosos. Uma ordem diferia da palavra do Führer porque a validade deste último não era limitada no tempo e no espaço. Essa é a razão que uma tempestade de regulamentos e diretivas, todos elaborados por advogados peritos e conselheiros legais, não por meros administradores; essa ordem ao contrário de ordens comuns, foi tratada como uma lei. A lei da terra de Hitler ligava a consciência de todos.

Esta ideia de “democracia protegida” associada a ideia de atos de Estado, que por sua vez, constitui um dos pilares para a sustentação do regime totalitário nazista. É, justamente esta teoria que Dr. Robert Servatius, advogado de Eichmann tentou implacar tanto no julgamento de Nuremberg como no caso de Eichmann. Tal teoria consiste que o sistema legal nazista então existente, este não fizera nada de errado; de que aquelas acusações não constituíam crimes, mas “atos de Estado”, sobre os quais nenhum outro Estado tinha jurisdição, de que era seu dever obedecer, ato pelos quais segundo Goebbels, 1943, “ficaremos na história como os maiores estadistas de todos os tempos ou como seus maiores criminosos”.

Logo, percebemos que, transplantando tais marcos teóricos para a realidade brasileira, em que pese o esforço de controlar a “exceção” em institutos jurídicos formais podem, ao invés dificultar, legitimar e irresponsabilizar os prepostos estatais de sua condutas durante a exceção, o que implica que, tais institutos à luz do direitos brasileiro (estado de sítio, de defesa entre outros) não estão em oposição à ideia de estado de exceção, vale salientar que a exemplo da Garantia da Lei e da Ordem (GLO) que já foi usado 115 vezes desde a vigência da Constituição mesmo contrariando a lei que determina que o uso das Forças Armadas só poderia ocorrer em caso de esgotamento das forças ordinárias de segurança, tal instrumento excepcional é usado com facilidade e sem qualquer controle sobre seus requisitos.

Desse modo, entender a exceção implica em abandonar a ideia de “atos de Estado” e entender tal instituto além de fronteiras jurídico formais.

No panorama da responsabilidade civil do Estado brasileiro, percebemos que, da forma que o Poder Judiciário tem aplicado o Direito, estabelecendo uma falsa presunção de que a vítima tem culpa exclusiva pelos atos violentos que o Estado produz contra a sociedade e a ela, através de seus prepostos, abre caminho para uma implícita ideia de irresponsabilidade estatal, como defendido no Tribunal de Nuremberg e no caso Eichmann, onde tais prepostos defenderam que seus atos foram “atos de estado” ou *justizlose Hoheitsakte*, como fosse um exercício do poder soberano.

Essa quase presunção de ilegalidade da vítima ou de sua culpa exclusiva, não pode ser uma verdadeira presunção ao princípio de legalidade da Administração Pública, porque este diz respeito aos atos praticados por esta, e não, por particulares, no caso a vítima.

Tal realidade, torna ainda mais difícil a possibilidade da vítima poder provar os fatos constitutivos de seu direito o que contraria frontalmente o princípio da primazia do interesse da vítima e as funções preventivas, reparatorias e compensatórias da responsabilidade civil, pois, torna a possibilidade da vítima ser reparada um verdadeiro labirinto processual.

Em consequência, deixa de punir os agressores e torna a ação do poder público distante de sua função constitucional imediata de promover o interesse público, passando o interesse mediado da instituição Estado a ser mais importante e valorado.

Poucos vítimas conseguem provas tão precisas quanto o caso do advogado Roberto Toledo, mas, ainda quando conseguem estas podem ser negadas como ocorrera com a estudante de comunicação Isadora Ribeiro.

Ao invés de punir más condutas, sentenças como essas banalizam e legitimam o mal, a revelia da legalidade e dos princípios constitucionais, como a liberdade de expressão, a imprensa livre e de reunião ficam severamente ameaçados.

Por fim, tal práxis jurídica se legitima em um plano científico, ao entender o uso de balas de borracha como “não letais” ou de “menor potencial ofensivo”, não como de fato é uma arma de fogo menos letal.

É esta diversidade definitória que permite a Portaria Interministerial nº 420/2010 a enquadrar a bala de borracha como instrumento de menor potencial ofensivo, e que permite as sentenças que foram aqui estudadas entenderem tal uso como algo padrão e legítimo para manutenção de lei e da ordem contra pessoas desarmadas, inclusive atirando-se frontalmente quando pessoas desarmadas estão em fuga, e pior, legitimar, os abusos sobre riscos que o próprio Estado cria, como no caso de Isadora Ribeiro, onde a fumaça causada pelo gás lacrimogêneo foi justo motivo para atirar balas de borracha frontalmente contra pessoas desarmadas, é, sem qualquer pudor, a legalização do *venire contra factum proprium* na responsabilidade civil.

Devemos salientar que em uma sociedade de risco, a suscetibilidade ao risco pelo indivíduo não é decidível, a todos, em maior ou menor grau está exposto aos risco. O antigo inimigo comum da sociedade capitalista não é mais a nobreza ou o socialismo, mas, são os próprios riscos que ela produz.

Nesse sentido, pode-se falar que ninguém, dentro da sociedade de risco está isento, a bala de borracha pode atingir o manifestante, o jornalista, o pedestre e até mesmo outro policial.

Concluo este trabalho e afirmo que não se pode criar novas formas de subjetivização, como a “presunção” da culpa exclusiva da vítima, quando o Estado assume o risco da atividade e do uso da bala de borracha.

## 7 REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio, 1942 -, *Estado de Exceção* / Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti – São Paulo: Boitempo, 2004.

AGÊNCIA BRASIL. *Comandante do Exército Diz que Uso de Militares em Segurança É “Perigoso”*. 22 de jun. de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-06/comandante-do-exercito-diz-que-uso-de-militares-em-seguranca-e-perigoso>>. Acesso em 10 de jun. de 2017.

ARTIGO 19. *Protestos no Brasil 2013*. São Paulo, 23 de jul. de 2014. Disponível em <<http://artigo19.org/?p=4967>>.

ARENDT, Hannah, 1906-1975. *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal* / Hannahh Arendt; tradução José Rubens Siqueira. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. *Da Revolução*. Trad. Fernando Vieira. Brasília: Ed. Unb, 1988.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JORNALISMO INVESTIGATIVO. *Relatório de agressões a comunicadores e jornalistas nas manifestações de 2013*. 14 de jan. de 2014. Disponível em: <[http://www.abraji.org.br/?id=90&id\\_noticia=2641](http://www.abraji.org.br/?id=90&id_noticia=2641)>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*/ Celso Antônio Bandeira de Mello – 32. Ed. – São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

BECK, Ulrich, 1944-2015. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade* / Ulrich Beck; tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor – São Paulo: Editora 34, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado* / Dalmo de Abreu Dallari. – 30. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Zanella. *Manual de Direito Administrativo*/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro – 28. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

EL PAÍS. *Temer Convoca Forças Armadas Após Protestos em Brasília e Causa Controvérsia*. Entenda. 25 de maio de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/politica/1495658569\\_972087.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/24/politica/1495658569_972087.html)>. Acesso em: 10 de jun. de 2017.

ESTADÃO. *Temer Autoriza Emprego de Forças Armadas no Espírito Santo*. 06 de fev. de 2017. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,temer-autoriza->

emprego-de-forças-armadas-no-espírito-santo,70001654775>. Acesso em 10 de jun. de 2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Editorial “Estado de S. Paulo – Estadão”*. São Paulo, 13 de jun. de 2013. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,chegou-a-hora-do-basta-,1041814,0.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

EURONEWS. *França: um estado de emergência permanente?* Lisboa, 09 de jun. de 2017. Disponível em <<http://pt.euronews.com/2017/06/09/franca-um-estado-de-emergencia-permanente>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional* / Bernardo Gonçalves Fernandes. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*/ Tércio Sampaio Ferraz Junior. 7. Ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Balas de borracha, não letais, sim, podem matar*. 17 de jun. de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1296235-balas-de-borracha-nao-letais-sim-podem-matar.shtml>>. Acesso em: 16 de jul. 2017.

\_\_\_\_\_. *Editorial: Retomar A Paulista*. São Paulo, 13 de jun. de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/06/1294185-editorial-retomar-a-paulista.shtml>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

FOUCAULT, Michel. *A Função Enunciativa IN: A Arqueologia do Saber* / Michel Foucault - 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

G1. *Comandante do Exército Diz que Uso de Militares em Segurança É “Perigoso”*. 22 de jun. de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/comandante-do-exercito-diz-que-uso-de-militares-na-seguranca-publica-e-perigoso.ghtml>>. Acesso em 10 de jun. de 2017.

\_\_\_\_\_. *Maduro decreta novo estado de exceção que restringe garantias na Venezuela*. Rio de Janeiro, 16 de maio de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/maduro-decreta-novo-estado-de-excecao-na-venezuela.ghtml>> . Acesso em: 30 de maio de 2017.

\_\_\_\_\_. *Temer Assina Decreto que Autoriza Uso de Forças Armadas na Segurança Pública do Rio de Janeiro*. 28 de jul. de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/temer-assina-decreto-que-autoriza-forcas-armadas-a-atuarem-na-seguranca-publica-do-rio.ghtml>>. Acesso em: 30 de Jul. de 2017.

HOBBSAWM, Erick. *Sobre História* - São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KAFKA, Franz. 1883-1924. *O processo* / Franz Kafka; tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 7. Ed. Ver e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENOS LETAIS ORG. *Armas Menos Letais*. São Paulo. Disponível em < <http://menosletais.org/armas-menos-letais/>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

MOVIMENTO PASSE LIVRE. *O que é o Movimento Passe Livre (MPL)*. Disponível em < <http://tarifazero.org/mpl/>>. Acesso em: 05 de Maio de 2017.

NOTA PÚBLICA. *Pedro Guimarães Lins Machado*. Rio de Janeiro, 18 de jul. de 2013. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=eBPZEMqsREI>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

O ESTADO QUE ARRANCA OLHOS. *Alex encontra Sérgio #pontejornalismo*. 18 de jul. 2014. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=TRsDdXahor8&index=1&t=1s&list=FL\\_e\\_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw](https://www.youtube.com/watch?v=TRsDdXahor8&index=1&t=1s&list=FL_e_TUhrQBWYv2sclXbEnpLw)>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

PEIXOTO, Braga Netto, Felipe. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado* / Felipe Peixoto Braga Netto. Salvador: JusPodivm, 2015.

PLANALTO. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 de jul. de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 93, de 09 de junho de 1999*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp97.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm)>. Acesso em 10 de jun. de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 de jun. de 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105 de 16 de maio de 2015*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 10 de jun. de 2017.

PRIMAVERA ÁRABE. *Por Isabella Vitória Castilho Pimentel Pedroso Doutoranda em Geografia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 30 de ago. de 2016. Disponível em: < <http://educacao.globo.com/geografia/assunto/atualidades/primavera-arabe.html>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

REVISTA DAS FORÇAS ARMADAS. *A Participação da Defesa na Copa das Confederações*. 10 de jun. de 2013. Disponível <em: <http://www.revistaforcasarmadas.com.br/8-noticias/501-a-participacao-da-defesa-na-copa-das-confederacoes>>.

SANTOS JUSTO, A. *Breviário de Direito Privado Romano* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2010.

\_\_\_\_\_. *Stvdia Ivridica – Direito Privado Romano I Parte Geral* / A. Santos Justos – Coimbra: Coimbra Editora S.A., 2008.

SCHMITT, Carl, 1888 – 1985, *La Dictadura*/ Carl Schmitt – versão espanhola de José Díaz García - Madrid (Espanha): Alianza Editorial, 1992

SIQUEIRA, Vinícius. *A Função Enunciativa – Arqueologia do Saber*. 18 de jan. de 2016. Disponível em: <<http://colunastortas.com.br/2016/01/18/a-funcao-enunciativa-arqueologia-do-saber/>>. Acesso em: 02 de jul. de 2017.

TV FOLHA. *'Jamais achei que ele fosse atirar', afirma repórter atingida em protesto*.

Disponível em: <

[https://www.youtube.com/watch?v=UGgW\\_6qLWFY&index=8&list=LLe\\_TUhRQBWYv2sclXbEnpLw](https://www.youtube.com/watch?v=UGgW_6qLWFY&index=8&list=LLe_TUhRQBWYv2sclXbEnpLw)>. Acesso em: 15 de jul. 2017.

VERSNEL, H.S. *Destruição, devoção e desespero em uma situação de anomia: o luto de Germanicus em perspectiva tripla* / Henk Versnell - Roma, Editora Ateneo, 1980.





