A expansão do estado de exceção: da garantia da Constituição à garantia do capitalismo

Autor(es): Bercovici, Gilberto

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: [URI:http://hdl.handle.net/10316.2/39819](http://hdl.handle.net/10316.2/39819)

DOI: [DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_18](https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_18)

Accessed : 26-Apr-2023 09:32:18

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo I

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

A EXPANSÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO: DA GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO À GARANTIA DO CAPITALISMO

O jurista alemão CARL SCHMITT afirma que, só a partir do estado de exceção pode ser posta, em toda a sua profundidade, o problema da realização do direito, pois se trata da essência do Estado, da questão da manutenção da unidade política. A normalidade não demonstra nada, só a exceção prova tudo, pois a regra vive da exceção. A soberania, simultaneamente, afirma e nega a ordem. Toda ordem repousa sobre uma decisão, não sobre uma norma. O estado de exceção não é apenas o oposto da ordem constitucional da normalidade, mas seu fundamento, a partir da decisão do soberano. O soberano decide sobre a situação na qual o direito pode valer¹.

A definição de soberania que emerge da excepcionalidade tem, segundo ROMAN SCHNUR, o mérito de chamar a atenção

¹ Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, pp. 13-21; Hasso HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität*, pp. 56-62; Pier Paolo PORTINARO, *La Crisi dello Jus Publicum Europaeum*, pp. 80-85; Giorgio AGAMBEN, *Homo Sacer*, pp. 19-24 e 31-34; Helmut QUARITSCH, “Souveränität im Ausnahmezustand: Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts”, pp. 16-24; Carlo GALLI, *Genealogia della Politica*, pp. 337-341, 345-361 e 514-516; Giorgio AGAMBEN, *Stato di Eccezione*, pp. 33-34 e 41-54 e Gilberto BERCOVICI, *Costituzione e Estado de Exceção Permanente*, pp. 65-77.

para um aspecto da realidade ignorado pelos juristas, mas perde seu significado na normalidade. A situação de normalidade significa que o Estado conseguiu manter a ordem. Portanto, é uma hipótese fundamental para o funcionamento do sistema. Não se pode ignorar a normalidade e a exceção, sob pena de ignorar a realidade. O pensamento que nega a exceção é imobilista, recusando-se a reconhecer o verdadeiro valor da ordem. Por sua vez, o pensamento que nega a normalidade é ocasionalístico, recusando-se a enxergar a regularidade jurídica ou política ².

O direito constitucional, acostumado a lidar com regras, tem dificuldades em lidar com a exceção ³. Apesar disto, a maior parte dos autores vai ser favorável à constitucionalização da exceção, cujo objetivo é racionalizar a proteção extraordinária do Estado, incorporando-a ao ordenamento jurídico. Os poderes excepcionais devem ser expressamente previstos na constituição, para limitá-los e controlá-los. A previsão constitucional dos instrumentos de exceção seria, inclusive, uma forma de afirmação da democracia ⁴. A questão dos poderes de exceção no

² Roman SCHNUR, *Individualismo e Assolutismo*, pp. 48-56.

³ Sobre a distinção entre normalidade e exceção, vide Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Die Krise in der Rechtsordnung: der Ausnahmezustand”, pp. 184-187.

⁴ Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *O Estado de Sítio na Constituição Brasileira de 1946*, pp. 19-22; Paul LEROY, *L'Organisation Constitutionnelle et les Crises*, pp. 34-45 e 47; Geneviève CAMUS, *L'État de Nécessité en Démocratie*, pp. 30-31, 202-206 e 413; Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Der verdrängte Ausnahmezustand: Zum Handeln der Staatsgewalt in aussergewöhnlichen Lagen”, pp. 1884-1886; Pedro Cruz VILLALÓN, *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*, pp. 17-19 e 23-24 e Jorge Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*, vol. 2, pp. 1391-1400 e 1514-1540.

Estado constitucional diz respeito sempre às escolhas sobre o que deve ser preservado⁵.

Segundo FRANÇOIS SAINT-BONNET, a questão da exceção no direito público não trata apenas de descartar a legislação aplicável em decorrência de certas circunstâncias, mas também diz respeito à subtração das relações normais entre governantes e governados. A dificuldade em tratar da exceção diz respeito a aporia presente na noção de que a “necessidade faz a lei”⁶.

Um dos motivos desta aporia é o fato de que um governo subordinado ao direito nunca existiu em sua plenitude. O Estado é uma entidade soberana que busca assegurar a sua própria preservação. Neste sentido, para CARL FRIEDRICH, existe uma *constitutional reason of state*, em que a razão de Estado está vinculada a temas como defesa constitucional ou interesse nacional. Segundo HELMUT RUMPF, a idéia de razão de Estado precisa ser repensada e reabilitada para a democracia, no sentido da defesa da ordem constitucional. Na questão da sobrevivência do Estado, as seguranças interna e externa estão vinculadas, sendo um problema

⁵ Gabriel L. NEGRETTO, *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*, pp. 18-19.

⁶ François SAINT-BONNET, *L'État d'Exception*, pp. 1-2. Para uma tentativa de dar um conteúdo dogmático à necessidade no direito público, vide Vicente ALVAREZ GARCÍA, *El Concepto de Necesidad en Derecho Público*, pp. 34-36, 39-43 e 165-306 e Jorge Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*, vol. 2, pp. 1305-1334. Giuseppe De Vergottini destaca que o recurso a fontes não previstas constitucionalmente durante a exceção marca os limites entre o regime jurídico derogatório previsto anteriormente no texto constitucional e o regime jurídico derogatório instaurado fora da disciplina preventiva, a excepcionalidade inovadora baseada na necessidade como fonte do direito. Vide Giuseppe DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, pp. 215-219.

que diz respeito tanto a um governo autoritário quanto a um constitucional ⁷.

O Estado deve garantir a proteção jurídica e a segurança sem as quais é impossível o desenvolvimento do capitalismo e a edificação da economia de mercado. E o mercado não é exclusivamente econômico, mas diz respeito às relações sociais e políticas. No entanto, a concepção proveniente de ADAM SMITH, verdadeiro anti-MAQUIAVEL, é a da despolitização radical das relações sócio-econômicas, como demonstra ROSANVALLON, entendendo que a sociedade de mercado é governada pela economia, não pela política ⁸. A valorização da constituição como norma é utilizada para fazer frente ao discurso revolucionário da soberania popular. O constitucionalismo busca a estabilidade ameaçada pela interpretação radical e democrática da revolução. Mais do que isso, o ciclo polibiano das formas de governo vai ser imobilizado pela pretensão de eternidade do liberalismo. O constitucionalismo e sua pretensão de permanência, caracterizada pela rigidez constitucional, tenta evitar a degenerescência da forma política liberal, buscando encerrar a contingência e o dinamismo da política expostos por MAQUIAVEL. O constitucionalismo liberal tinha essa função e, para garantir a ordem de mercado constitucional contra o eventual ressurgimento do poder constituinte, o estado de exceção foi modificado. A salvaguarda do Estado não é da instituição, que, de acordo com FRANÇOIS SAINT-BON-

⁷ Carl J. FRIEDRICH, *Constitutional Reason of State*, pp. 2-14 e 113-119; Helmut RUMPF, "Die Staatsräson im demokratischen Rechtsstaat", pp. 286-292; Gianfranco BORRELLI, *Ragion di Stato e Leviatano*, pp. 275-278 e Gabriel L. NEGRETTO, *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*, p. 25.

⁸ Otto HINTZE, "Wirtschaft und Politik im Zeitalter des modernen Kapitalismus", pp. 430-436 e Pierre ROSANVALLON, *O Liberalismo Econômico*, pp. 8-10, 76-78 e 183-187.

NET, é indiferente à pessoa do titular do poder, mas é a salvaguarda do soberano, de seu poder de fazer a constituição e as leis. No Estado constitucional moderno, se invoca a salvaguarda do Estado, no sentido da salvaguarda da constituição, para justificar a violação da constituição. A constituição é violada para salvar o regime⁹. Da garantia do Estado, passa-se à garantia da constituição.

Os constitucionalistas se preocupam essencialmente com os meios jurídicos de controle dos poderes de crise, buscando uma fórmula perfeita que responda a todas as situações, atuando no campo da eficácia e do controle desses poderes. A preocupação se concentra na justificação (sempre posterior à violação da regra) ou no fundamento (antes da atuação violadora) da utilização dos poderes excepcionais. Ou seja, a crise é entendida como um mero exercício normal de competências extraordinárias¹⁰. O legislador sempre pensa que as crises podem ser enfrentadas sem sair da estrita legalidade. Se a legislação de exceção permitiu que se resolvesse uma crise sem ultrapassar os limites legais, não significa que servirá para solucionar outra. As crises são imprevisíveis. No fundo, concordando com a afirmação de FRANÇOIS SAINT-BONNET, toda previsão de legislação de exceção é inútil. A legislação de exceção trata de algo que, na realidade, não consegue dar conta. A legitimação dos atos realizados durante a exceção depende do respaldo político e popular, não jurídico¹¹.

⁹ François SAINT-BONNET, *L'État d'Exception*, pp. 34-42.

¹⁰ François SAINT-BONNET, *L'État d'Exception*, pp. 15-16. Vide no sentido descrito por Saint-Bonnet, Clinton ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, pp. 5-6 e Jorge Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*, vol. 1, pp. 38-42.

¹¹ François SAINT-BONNET, *L'État d'Exception*, pp. 359-362, 366-376 e 380-384. BÖCKENFÖRDE assume a impossibilidade de tipificar crises, propondo separar a declaração da exceção do exercício dos poderes excep-

A antecipação das crises pelos textos legais, para SAINT-BONNET, não ultrapassa a aporia do direito de necessidade, embora desloque o seu centro de gravidade. Em princípio, não há mais violação do direito, com a discussão sendo travada sobre a constitucionalidade de um texto legislativo que autoriza a exclusão da incidência da constituição. Formalmente, a questão principal é o respeito ao procedimento. Funcionalmente, a legislação de exceção está ao lado da legislação normal, são ordens concorrentes. Há, assim, uma espécie de “legalidade de crise” para a exceção, paralela à legalidade da normalidade¹². A legislação sobre a exceção tenta evitar que a exceção vire regra, enquadrando as circunstâncias de crise para propiciar um retorno o mais breve e menos traumático possível à normalidade. O problema é que este retorno não é uma questão jurídica formal, mas política. A salvaguarda da ordem democrática não depende do direito, mas dos cidadãos¹³.

A ruptura constitucional não pertence ao estado de exceção, que trata apenas de uma suspensão ou derrogação de parcela da ordem constitucional e por um período provisório¹⁴. Quando a ditadura constitucional busca se tornar permanente, ela é inconstitucional, pois busca, por um golpe de Estado, alterar ou subverter a ordem constitucional que

cionais, determinando o núcleo constitucional que não será suspenso. Cf. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Der verdrängte Ausnahmezustand: Zum Handeln der Staatsgewalt in aussergewöhnlichen Lagen”, pp. 1886-1890.

¹² François SAINT-BONNET, *L'État d'Exception*, pp. 23-25 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição*, pp. 167-171, 176-177 e 216-219.

¹³ François SAINT-BONNET, *L'État d'Exception*, pp. 27 e 284.

¹⁴ Cândido MOTTA FILHO, *O Poder Executivo e as Ditaduras Constitucionais*, p. 60; Clinton ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, pp. 294-295 e Giuseppe MARAZZITA, *L'Emergenza Costituzionale*, pp. 215-236.

deveria proteger¹⁵. Afinal, o bem protegido pelo estado de exceção é a ordem constitucional, não se trata de uma violação ocasional ou casuística, mas uma violação que tem por finalidade a defesa da ordem constitucional¹⁶.

Apesar do estado de exceção constitucionalizado a partir do século XIX, as novas manifestações do poder constituinte do povo, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, vão instituir as constituições de compromisso do século XX, em que a constituição não mais se limitava a garantir a ordem do mercado. Pelo contrário, se dirigia muitas vezes contra os fundamentos daquela ordem. CARL SCHMITT percebeu, então, que o estado de exceção no século XX havia passado por uma profunda transformação: a exceção não mais era a garantia da ordem constitucional, como no século XIX. Afinal, a ordem constitucional não garantia mais o mercado. A exceção passa a ser utilizada, dos modos mais diversos, permanen-

¹⁵ As relações entre golpe de Estado e estado de exceção são complexas. Em tese, o golpe de Estado busca instaurar um novo regime, já o estado de exceção se pretende provisório e protetor do regime constitucional. A questão, no entanto, é que, no momento da violação constitucional, não é possível afirmar, objetivamente, se se está diante de um golpe ou de uma exceção. Ambos têm justificativas defensivas, embora intenções e soluções distintas. E, paradoxalmente, ambos são denunciados pelos vencidos como violação da legalidade. No estado de exceção, a insuficiência constitucional é resultante de ameaças exteriores ao regime, ou seja, a constituição não está em causa. Já no golpe de Estado, a insuficiência resulta do próprio regime constitucional, que se quer transformar ou substituir por outro. Cf. François SAINT-BONNET, “Technique Juridique du Coup d’État”, pp. 125-126 e 149.

¹⁶ Cândido MOTTA FILHO, *O Poder Executivo e as Ditaduras Constitucionais*, pp. 150-153; Clinton ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, pp. 7-8 e Jorge Bacelar GOUVEIA, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional*, vol. 1, pp. 32-33 e 44 e vol. 2, pp. 1270-1274. Vide, ainda, Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Die Krise in der Rechtsordnung: der Ausnahmezustand”, pp. 188-189.

temente, não para garantir o Estado ou a constituição, mas para garantir o próprio capitalismo, ou, na expressão consagrada de POLANYI, o “*moinho satânico*”, que transforma os homens em massa, triturando as vidas do povo¹⁷.

O discurso sobre a crise do Estado culmina na proclamação do fim da estatalidade feita por CARL SCHMITT em seu prefácio à edição de 1963 do livro *Der Begriff des Politischen*. Neste texto, CARL SCHMITT declara categoricamente que a época da estatalidade chega agora ao seu fim (“*Die Epoche der Staatlichkeit geht jetzt zu Ende*”). Schmitt afirma que a ideologia do capitalismo anglo-saxão, vitoriosa com a Segunda Guerra Mundial, nega o Estado como totalidade fechada e sua posição central como instituidor e garantidor da ordem. O Estado deve ser entendido essencialmente como espaço econômico dinâmico, o Estado vira, como já afirmara WEBER, uma grande fábrica, uma empresa econômica¹⁸.

O processo de mundialização econômica está causando a redução dos espaços políticos, substituindo a razão política pela técnica. Há um processo de tentativa de substituição dos governos que exprimem a soberania popular pelas estruturas de *governance*, cujos protagonistas são organismos nacionais e internacionais “neutros” (bancos, agências governamentais “independentes”, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, etc.) e representantes de interesses econômicos e financeiros. A estrutura da *governance*, portanto, é formada

¹⁷ Karl POLANYI, *The Great Transformation*, pp. 35 e 234 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição*, pp. 307-319.

¹⁸ Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, pp. 68-69 e Carl SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, p. 10. Vide também Hasso HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität*, pp. 201 e 225-227; Pier Paolo PORTINARO, *La Crisi dello Jus Publicum Europaeum*, pp. 19, 32-37, 234-239 e 261-265; Carlo GALLI, *Genealogia della Politica*, pp. 343, 370-373 e 887-889 e Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente*, pp. 149-162.

por atores técnico-burocráticos sem responsabilidade política e fora do controle democrático, cujo objetivo é excluir as decisões econômicas do debate político. Afinal, a ingovernabilidade, para os neoliberais, é gerada pelo excesso de democracia¹⁹.

Do mesmo modo que o Estado, a constituição demonstra uma crescente debilidade intrínseca, com cada vez menos capacidade de regular a política e a economia. A constituição, que deveria ser o controle político do poder econômico, vê os poderes que deveria controlar se tornarem ocultos e inalcançáveis²⁰. Este fenômeno de neutralização econômica do Estado e de proteção constitucional reforçada para instituições econômicas, colocando-as a salvo de qualquer interferência política democrática é denominado de “*neoconstitucionalismo econômico*” ou “*economic constitutionalism*”. No caso brasileiro, ainda, percebe-se a separação e a supremacia da constituição financeira, voltada para a garantia do capital privado e do equilíbrio macroeconômico, em detrimento da concretização da constituição econômica, ocasionando o que denomino de “*constituição dirigente invertida*”²¹. O ativismo ampliado dos

¹⁹ Pedro de VEGA GARCÍA, “Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual”, pp. 13-17; Kanishka JAYASURIYA, “Globalization, Sovereignty and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?”, pp. 442-443 e 445-452 e António José Avelãs NUNES, *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, pp. 43-55.

²⁰ Dalmo de Abreu DALLARI, *Constituição e Constituinte*, pp. 81-85 e Dieter GRIMM, “Die Zukunft der Verfassung”, pp. 399-403 e 427-439.

²¹ Vide Kanishka JAYASURIYA, “Globalization, Sovereignty and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?”, pp. 443-444, 448 e 452-454 e Gilberto BERCOVICI & Luís Fernando MASSONETTO, “A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica”, pp. 3-6, 12-13 e 15-19.

tribunais, inclusive, tem servido muito mais para preservar a ordem de mercado e limitar o poder de atuação do Estado do que para garantir ou ampliar direitos fundamentais. Nas palavras de HIRSCHL:

“In fact, constitutionalization has more often served as effective means for shielding the economic sphere from attempts to reduce socio-economic disparity through regulatory and redistributive means”²².

A emancipação da constituição em relação à política também se traduz, na visão de FIORAVANTI, na sua emancipação do Estado. Este fenômeno é denominado, por ANNE PETERS, de “desligamento da constituição do Estado” (“*Ablösung der Verfassung vom Staat*”). A constituição adquire maior capacidade de se colocar no plano internacional. A projetada constituição europeia não traz a existência de um povo europeu como titular do poder constituinte, ou seja, não tem origem política no poder constituinte²³. Na opinião de MATTEUCCI, o constitucionalismo deve se libertar do conceito de Estado e colocar o direito acima dos governos. Para tanto, não é suficiente a purificação jurídica do conceito de Estado, reduzindo-o à personificação da unidade do ordenamento ou retirando todos os seus aspectos políticos. É necessário se libertar da submissão ao Estado-legislador, redescobrimdo a função do governo e a supremacia do direito na sociedade de massas. O Estado não mais detém o poder soberano, portanto,

²² Ran HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, p. 218.

²³ Maurizio FIORAVANTI, “Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo”, pp. 884-886 e Anne PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, pp. 93-94 e 163-166. Vide também a crítica de António José Avelãs NUNES, “A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo”, pp. 323-325 e 352-353.

a vitória da forma Estado, pacífica e segura para os juristas oitocentistas, foi uma ilusão, uma fase acidental em um mundo em transição ²⁴.

Com o processo de integração econômica europeia, chega-se ao paroxismo da criação de uma constituição sem Estado ²⁵, preocupada em garantir o livre mercado e que cumpre o projeto constitucionalista, ao excluir a manifestação do poder constituinte do povo. ÉTIENNE BALIBAR, inclusive, denuncia a existência de um bloqueio absoluto do povo e do poder constituinte no debate europeu, propiciando, com isto, o desaparecimento da dialética entre poder constituinte e poder constituído ²⁶. O poder constituinte do povo é a base da constituição democrática, mas não foi acionado para a integração dos Estados na União Europeia. O problema de um poder constituinte europeu é o fato de que o povo é estatal, assim como a democracia ²⁷.

A democracia constitucional, aparentemente, só é possível no contexto nacional. O déficit democrático europeu não é casual, disfarçando sob o discurso da técnica e da neutralidade a crise do parlamento e da legislação. A constituição europeia garante a *governance* com a exclusão da soberania popular ²⁸.

²⁴ Nicola MATTEUCCI, “Positivismo Giuridico e Costituzionalismo”, pp. 1088-1099.

²⁵ Na sua argumentação contrária à constituição europeia, Dieter Grimm defende a estatalidade como base da integração europeia, pois os tratados são formados pelos Estados. Cf. Dieter GRIMM, “Braucht Europa eine Verfassung?”, pp. 229-239. Sobre a estatalidade como base da integração europeia, vide, ainda, Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, pp. 376-388.

²⁶ Étienne BALIBAR, *Nous, Citoyens d'Europe?*, pp. 288-296.

²⁷ Christoph MÖLLERS, *Staat als Argument*, pp. 405-409 e 415.

²⁸ Dieter GRIMM, “Braucht Europa eine Verfassung?”, pp. 239-250. Sobre o déficit democrático europeu, vide, ainda, J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, pp. 77-86 e 267-278.

A função que o Estado desempenha hoje no espaço europeu, de acordo com BALIBAR, não é nacional, nem supranacional. Trata-se de uma fase de decomposição do Estado, com a privatização, multiplicação e superposição de instituições públicas, sustentando “*l’institution étatique d’un marché*”, um reino do estatismo sem Estado. A constituição econômica europeia é uma constituição do mercado. O risco da constituição europeia é a redução da esfera da política a ponto de ser uma constituição sem política. O seu fundamento é o livre mercado e o princípio da livre concorrência, que prevalecem, inclusive, sobre os direitos fundamentais, com a subtração da economia da esfera da política, sem deixar nenhuma outra alternativa de organização institucional ²⁹. Com a constituição europeia, o constitucionalismo parece ter chegado ao final de sua tarefa. A constituição europeia é uma constituição do mercado, elaborada em um contexto de estado de exceção econômico permanente, sem Estado e sem poder constituinte do povo.

O neoliberalismo buscou implementar um Estado pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental, criando, para legitimar esse programa, todo um discurso sobre o fim do Estado ou a redução deste a um mero “ator local” ³⁰.

A evolução deste sistema de exceção no decorrer do século XX vai da violência aberta, como o fascismo, à sutil e recente elaboração de uma constituição desvinculada do

²⁹ Étienne BALIBAR, *Nous, Citoyens d’Europe?*, pp. 236-238 e 288-293; Maurizio FIORAVANTI, “Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo”, pp. 886-888; Anne PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, pp. 122-125 e António José Avelãs NUNES, “A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo”, pp. 370-378 e 399-410.

³⁰ Vide, por exemplo, Helmut WILLKE, *Ironie des Staates*, pp. 362-372.

Estado e do poder constituinte do povo, mas instituidora e garantidora da ordem do mercado. Apesar dos avanços e conquistas, o Estado social do segundo pós-guerra e os trinta anos de “consenso keynesiano” acabaram por se revelar uma exceção na história do capitalismo. As constituições democráticas e sociais vão, desde o início, enfrentar vários obstáculos para sua concretização, sendo apenas parcialmente cumpridas. O núcleo emancipatório das constituições sociais, na prática, foi suspenso. A suspensão da constituição social, no entanto, vai se tornar evidente com a nova crise econômica, a partir da década de 1970, e a contra-revolução neoliberal conservadora que não se limita mais a suspender ou bloquear as cláusulas sociais das constituições, mas busca a sua extirpação formal do texto constitucional³¹.

No decorrer do século XX, portanto, a distinção entre estado de exceção e normalidade deixou de ser absoluta, com a inutilidade dos meios tradicionais de exceção diante da exceção econômica. A ditadura constitucional deixou de ser temporária para se tornar uma estrutura permanente de governo para enfrentar crises. Ou seja, há a banalização do estado de exceção. Formalmente, vigoram os princípios democráticos, mas, na prática, são constantemente suspensos ou violados. O estado de exceção, assim, não é um “raio caído de um céu azul” (*“ein Blitzstrahl aus heiterm Himmel”*), expressão com a qual MARX descreve a imagem que os liberais franceses tinham do golpe de Estado de Luís NAPOLEÃO BONAPARTE. Nem é o milagre de CARL SCHMITT. Pelo contrário, de acordo com GIORGIO AGAMBEN, é o novo “paradigma de governo”. Da garantia do Estado, o estado de exceção passou a ser empregado na garantia da constituição e agora se consolida o modelo da garantia do capitalismo. Apesar destas

³¹ Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição*, pp. 319-326.

transformações, uma constante permanece neste percurso histórico: a tentativa permanente de exclusão do poder constituinte do povo ³².

Bibliografia

- AGAMBEN, Giorgio, *Homo Sacer: Il Potere Sovrano e la Nuda Vita*, Torino, Einaudi, 1995.
- *Stato di Eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri Editore, 2003.
- ALVAREZ GARCÍA, Vicente, *El Concepto de Necesidad en Derecho Público*, Madrid, Civitas, 1996.
- BALIBAR, Étienne, *Nous, Citoyens d'Europe? Les Frontières, L'État, le Peuple*, Paris, Éditions La Découverte, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.
- *Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo*, 2.^a ed., São Paulo, Quartier Latin, 2013
- ; MASSONETTO, Luís Fernando, “A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica”, Separata do *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XLIX, Coimbra, 2006, 26 pp.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Der verdrängte Ausnahmezustand: Zum Handeln der Staatsgewalt in aussergewöhnlichen Lagen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31. Jahrgang, Heft 38, 20. September 1978, München, C.H. Beck, pp. 1881-1890.
- “Die Krise in der Rechtsordnung: der Ausnahmezustand”, in MICHALSKI, Krzysztof (org.), *Über die Krise*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1986, pp. 183-191.
- BORRELLI, Gianfranco, *Ragion di Stato e Leviatano: Conservazione e Scambio alle Origini della Modernità Politica*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- CAMUS, Geneviève, *L'État de Nécessité en Démocratie*, Paris, L.G.D.J., 1965.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Constituição e Constituinte*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1984.

³² Karl MARX, *Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte*, p. 119; Carl SCHMITT, *Politische Theologie*, p. 43; Giorgio AGAMBEN, *Stato di Eccezione*, capítulo 1, pp. 9-43 e Gilberto BERCOVICI, *Soberania e Constituição*, pp. 43-46 e 327-344.

- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Guerra e Costituzione: Nuovi Conflitti e Sfide alla Democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *O Estado de Sítio na Constituição Brasileira de 1946 e na Sistemática das Medidas Extraordinárias de Defesa da Ordem Constitucional*, mimeo, São Paulo, Tese de Livre Docência (Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), 1964.
- FIORAVANTI, Maurizio, “Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo” in *La Scienza del Diritto Pubblico: Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. 2, pp. 871-888.
- FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Reason of State: The Survival of the Constitutional Order*, Providence, Brown University Press, 1957.
- GALLI, Carlo, *Genealogia della Politica: Carl Schmitt e la Crisi del Pensiero Politico Moderno*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Exceção no Direito Constitucional: Entre a Eficiência e a Normatividade das Estruturas de Defesa Extraordinária da Constituição*, 2 vols., Coimbra, Almedina, 1998.
- GRIMM, Dieter, “Die Zukunft der Verfassung” in *Die Zukunft der Verfassung*, 2.^a ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1994, pp. 399-439.
- “Braucht Europa eine Verfassung?” in *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, München, C. H. Beck, 2001, pp. 215-254.
- HINTZE, Otto, “Wirtschaft und Politik im Zeitalter des modernen Kapitalismus” in *Soziologie und Geschichte: Gesammelte Abhandlungen zur Soziologie, Politik und Theorie der Geschichte*, 2.^a ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1964, pp. 427-452.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Ms.)/London, Harvard University Press, 2004.
- HOFMANN, Hasso, *Legitimität gegen Legalität: Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, 4.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2002.
- JAYASURIYA, Kanishka, “Globalization, Sovereignty and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?”, *Constellations*, vol. 8, n.º 4, dezembro de 2001, pp. 442-460.
- LEROY, Paul, *L'Organisation Constitutionnelle et les Crises*, Paris, L.G.D.J., 1966.
- MARAZZITA, Giuseppe, *L'Emergenza Costituzionale: Definizioni e Modelli*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MARX, Karl, *Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte in Marx-Engels Werke*, Berlin, Dietz Verlag, 1960, vol. 8, pp. 111-207.
- MATTEUCCI, Nicola, “Positivismo Giuridico e Costituzionalismo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVII, 1963, pp. 985-1100.

- MÖLLERS, Christoph, *Staat als Argument*, München, C. H. Beck, 2000.
- MOTTA FILHO, Cândido, *O Poder Executivo e as Ditaduras Constitucionais*, São Paulo, Estabelecimento Grafico Phoenix, 1940.
- NEGRETTO, Gabriel L., *El Problema de la Emergencia en el Sistema Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1994.
- NUNES, António José Avelãs, *Neoliberalismo e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- NUNES, António José Avelãs, “A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLVIII, Coimbra, 2005, pp. 311-417.
- PETERS, Anne, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- POLANYI, Karl, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, 2.^a ed., Boston, Beacon Press, 2001.
- PORTINARO, Pier Paolo, *La Crisi dello Jus Publicum Europaeum: Saggio su Carl Schmitt*, Milano, Edizioni di Comunità, 1982.
- QUARITSCH, Helmut, “Souveränität im Ausnahmezustand: Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts”, *Der Staat*, vol. 35, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 1-30.
- ROSANVALLON, Pierre, *O Liberalismo Econômico: História da Idéia de Mercado*, Bauru, EDUSC, 2002.
- ROSSITER, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, reimpr. New Brunswick/London, Transaction Publishers, 2002.
- RUMPE, Helmut, “Die Staatsräson im demokratischen Rechtsstaat”, *Der Staat*, vol. 19, 1980, pp. 273-292.
- SAINT-BONNET, François, “Technique Juridique du Coup d’État” in BLUCHE, Frédéric (org.), *Le Prince, le Peuple et le Droit: Autour des Plébiscites de 1851 et de 1852*, Paris, PUF, 2000, pp. 123-160.
- *L’État d’Exception*, Paris, PUF, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 7.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- *Der Begriff des Politischen: Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 6.^a ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- SCHNUR, Roman, *Individualismo e Assolutismo: Aspetti della Teoria Política Europea Prima di Thomas Hobbes (1600-1640)*, Milano, Giuffrè, 1979.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y Derecho Constitucional: La Crisis del Principio Democrático en el Constitucionalismo Actual”, *Revista de Estudios Políticos* n.º 100, abril/junho de 1998, pp. 13-56.
- VILLALÓN, Pedro Cruz, *Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

WEILER, J. H. H., *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

WILLKE, Helmut, *Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.

Resumo: O presente texto oferece uma análise histórica da formação e desenvolvimento da concepção de estado de exceção, destacando a evolução do seu papel da proteção do Estado até a proteção do sistema econômico capitalista.

Palavras-chave: estado de exceção; estado de emergência; crise do Estado.

The expansion of the state of exception: from the protection of the Constitution to the protection of capitalism

Abstract: The text presents a historical analysis of the formation and development of the state of exception conception, focusing on the evolution of its role from the protection of the State to the protection of the capitalist economic system.

Keywords: state of exception; state of emergency; crisis of the State.

Gilberto Bercovici

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Brasil