

NOMOS ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ ? **apocalypse, exceção, violência¹**

*NOMOS ΠΑΝΤΟΚΡΑΤΩΡ ?
apocalypse, exception, violence*

Andityas Soares de Moura Costa Matos²

Ἐγώ εἰμι τὸ Ἄλφα καὶ τὸ ὦ, λέγει κύριος ὁ θεός,
ὁ ὢν καὶ ὁ ἦν καὶ ὁ ἐρχόμενος, ὁ παντοκράτωρ.

Eu sou o Alfa e o Ômega, o princípio e o fim,
diz o Senhor, que é, e que era, e que há de vir, o
Todo-Poderoso

APOCALIPSE, 1, 8.

- 1 Este trabalho integra as investigações do Projeto de Pesquisa por mim coordenado e intitulado: “O estado de exceção no Brasil contemporâneo: para uma leitura crítica do argumento de emergência no cenário político-jurídico nacional”. Tal projeto contou com auxílio financeiro da Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais por meio de seu Edital nº 02/2011, destinado aos Doutores recém-contratados da UFMG, razão pela qual agradecemos o apoio recebido.
- 2 Graduado em Direito, Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Titular de Filosofia do Direito no curso de Graduação em Direito da FEAD (Belo Horizonte/MG). Autor de ensaios jusfilosóficos tais como *Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen* (Belo Horizonte: Del Rey,

Resumo: Com o presente artigo pretendemos refletir sobre o caráter originalmente violento do direito e da política que o realiza. Para tanto, o tema é abordado a partir do paradigma do estado de exceção pensado por Carl Schmitt e retomado por diversos outros autores, entre os quais se destacam Walter Benjamin e Giorgio Agamben. Objetivamos demonstrar que o ordenamento jurídico é violência qualificada cuja ação ordenadora no mundo social, essencialmente indeterminado, só é possível graças à mediação da decisão soberana, de natureza política. Na primeira parte do texto apresentamos os elementos do conceito de estado de exceção, bem como uma breve história do instituto. Já na segunda parte, discutimos o papel da exceção na conformação estrutural do direito e em sua relação com a decisão política soberana que define o amigo e o inimigo. Na terceira parte, analisamos a dialética entre exceção e normalidade, vital para o funcionamento do direito. A quarta parte explora o tema da exceção econômica permanente, concluindo-se o trabalho com uma crítica a tal modelo apolítico, que vem se impondo à contemporaneidade como única alternativa.

Palavras-chave: Estado de exceção. Formação amigo/inimigo. Violência originária. Decisão política soberana. Exceção econômica permanente.

2006), *O Estoicismo Imperial como Momento da Ideia de Justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stoá em Roma* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009) e *Kelsen Contra o Estado* (In: *Contra o Absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011). Diretor da *Revista Brasileira de Estudos Políticos*.

Abstract: In this paper, we intend to reflect on the originally violent character of the law and the policy which performs it. For this purpose, the subject is approached from the paradigm of the state of exception designed by Carl Schmitt and criticized by several other authors, among which Walter Benjamin and Giorgio Agamben stand out. We aim to demonstrate that the legal system is qualified violence, being its action which orders the social world, essentially indeterminate, possible only through the mediation of the sovereign decision, of political character. In the first section we present the elements of the concept of state of exception as well as a brief history of the institute. In the second part, we discuss the role of the exception in the structural conformation of the law and its relation to the sovereign political decision which defines the friend and the foe. In the third part, we analyze the dialectic between the exception and normalcy, which is vital to the operation of law. The fourth part explores the theme concerning the permanent state of economic exception, and the work is concluded with a critique of such apolitical model, which is growing to be the only alternative in the contemporary times.

Keywords: State of exception. Structure friend/foe. Original violence. Sovereign political decision. Permanent economic exception.

1. Introdução: ir à origem

1.1. Os elementos do conceito de “estado de exceção”

A expressão “estado de exceção”³ (*state of emergency*, *Ausnahmezustand*) designa a provisória suspensão do direito

3 Preferimos grafar a expressão como minúsculas para demonstrar que o

ou, de modo mais técnico, da Constituição em sua inteireza ou em pontos de grande importância, como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais (liberdade de ir e vir, liberdade de expressão, liberdade de comércio, garantia da propriedade, direitos políticos de votar e ser votado etc.). De maneira geral, instaura-se o estado de exceção quando ocorrem circunstâncias *anormais, graves e imprevisíveis* – catástrofes naturais, guerras civis, terrorismo generalizado, invasões estrangeiras etc. – que ameaçam a estrutura do Estado de Direito, determinando a concentração de poderes, normalmente – mas não exclusivamente – pelo Executivo com o objetivo de normalizar a situação excepcional. Devido à sua própria natureza, o estado de exceção não se presta a conceituações estritas, sendo que sequer seu fundamento teórico se mostra claramente. Não obstante, François Sainte-Bonnet sugere que o fenômeno pode ser circunscrito pelos três elementos que o constituem:⁴

- a) *A infração ou a derrogação do direito normal*, eis que o estado de exceção só tem sentido quando relacionado a certo ordenamento jurídico criado ou a se criar. Por isso mesmo, não se pode falar em estado de exceção no contexto do despotismo ou do Estado Absolutista. Sob tais formas estatais não há propriamente direito a ser eclipsado, dado que nelas a normatização decorre simplesmente da vontade do detentor do poder, não se relacionando a instâncias jurídicas anteriores, que

estado de exceção não é normalmente concebido como uma forma de Estado, a exemplo do Estado Liberal ou do Estado Social, mas sim enquanto uma *situação*, motivo pelo qual seria tecnicamente mais adequado – contudo, bem menos significativo – falarmos em *estágio* ou *situação de exceção*. Por outro lado, acreditamos que a prática da exceção permanente pode efetivamente dar lugar a um verdadeiro Estado de Exceção, como demonstrado na parte final deste trabalho.

4 SAİNTE-BONNET, 2001, pp. 27-28.

poderiam ser suspensas, ou posteriores, a serem criadas pela exceção. Segundo Jacques Derrida, nas monarquias absolutas os poderes legislativo e executivo estão unidos, razão pela qual a violência da autoridade é normal e conforme ao espírito e à ideia de tais regimes.⁵ Já Maquiavel via a exceção concreta materializada na ditadura não apenas enquanto um instituto político específico da República, mas também como um modo de defendê-la.⁶ Com efeito, o estado de exceção apenas se presentifica mediante uma dialética necessária com o Estado de Direito, sob a forma de sua *suspensão*. Nesse sentido, trata-se de uma aproximação radical do jurídico, eis que pretende pensar o direito justamente a partir daquilo que ele quer esquecer.

- b) *A referência a uma situação anormal que não pode ser prevista de antemão, não obstante o esforço da doutrina – em especial da francesa – para fazê-lo. O que importa aqui é a questão central do soberano, ou seja, aquela autoridade capaz de dizer a exceção, fazendo o trespassse do meramente subjetivo para a vivência objetiva dos fatos. O órgão que decide sobre a exceção pode ser executivo, jurisdicional ou legislativo, o que determinará a tipologia específica e real do Estado, segundo Carl Schmitt. Uma vez definida – ou autodefinida – a autoridade soberana, a exceção por ela declarada leva a uma concentração de poderes que desconhece tanto a limitação horizontal, subvertendo a lógica de distribuição de competências entre órgãos e funções estatais, quanto a limitação vertical, desconsiderando as restrições impostas ao Estado no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.*

5 DERRIDA, 2010, p. 107.

6 SCHMITT, 2009, p. 37.

- c) *A previsão de uma finalidade superior a se alcançar, vista como meta a que aspira a exceção, situação que, pelo menos conceitualmente, é meio e não fim. Tal não significa, contudo, que a exceção seja indiferente aos fins. Na realidade, é a busca da realização de certas finalidades que a justifica, dado que os meios usualmente postos pelo direito normal podem se mostrar, às vezes, excessivamente limitadores: “De ahí que precisamente en la dictadura domine exclusivamente el fin, liberado de todos los entorpecimientos del derecho y solamente determinado por la necesidad de dar lugar a una situación concreta”.*⁷ Podemos dizer, assumindo o risco do paradoxo, que a exceção é um meio que despreza os meios, tendo na alça de sua mira apenas o fim a atingir. Se direito e exceção são ambos meios para se atingir certo fim, somente esta – e não aquele – se aferra à sua missão de maneira incondicionada e total. Esse elemento finalístico está estritamente ligada ao anterior (b): a autoridade soberana não apenas define qual é o objetivo do estado de exceção, traduzindo as fórmulas vazias do Direito Público – ordem pública, interesse social etc. –, mas também declara seu início e fim. Ademais, a finalidade a se alcançar pode ter a ver não apenas com a salvação do Estado, mas também com a manutenção de dado regime político ou até mesmo com a proteção de certas classes sociais e indivíduos específicos. Aqui a natureza subjetiva do estado de exceção atinge sua máxima indeterminação, eis que a finalidade superior a ser preservada pela suspensão da normatividade ordinária varia de acordo com a decisão soberana. Há autores que, à semelhança de Geneviève Camus, defendem que, além do bem público e da ordem social, a específica filosofia

7 SCHMITT, 2009, p. 42.

política de um povo e as instituições que a mantêm são bens a serem preservados pela instauração da exceção, o que, evidentemente, confere margens perigosamente amplas às medidas de exclusão próprias das situações emergenciais, podendo implicar, por exemplo, na eliminação de partidos rivais comunistas em uma ordem política capitalista-liberal e vice-versa.⁸

A essa caracterização tripartite – ainda que fluída – do estado de exceção podemos agregar os três elementos descritos por Schmitt que, alterando a relação do soberano com o poder político, determina, nas situações de emergência, a indistinção entre criação e aplicação do direito.⁹ O uso das competências extraordinárias da exceção se funda i) na discricionariedade do uso do poder, ii) na presunção de legalidade (entendida em sentido amplo) dos atos praticados e iii) em sua imediata exequibilidade.¹⁰ Na verdade, esses três elementos já existem nas situações de normalidade, sendo apenas maximizados no estado de exceção. Tal nos leva a questionar a relação entre normalidade e exceção, que não se daria, portanto, enquanto diferença de natureza (ontológica), mas apenas de grau (intensidade).

1.2. Estatuto teórico da exceção: entre o fato e o direito

Há muitas e diversas opiniões sobre o estatuto teórico do estado de exceção. A primeira e mais óbvia das questões que envolvem seu estudo é a que procura saber se o estado de exceção representa uma estrutura jurídica, política ou

8 SAINTE-BONNET, 2001, p. 17.

9 SCHMITT, 2007, p. 76.

10 SCHMITT, 2007, p. 37.

meramente factual. Ofereceremos nossa resposta a tal pergunta na parte 2. Por agora, basta passar em revista alguma das posições centrais do debate. Mas antes é necessário notar que compreender a exceção enquanto elemento que está fora do âmbito jurídico é um pensamento que, limitando o direito àquilo que é regulado pela lei, acaba por negar a possibilidade do direito de resistência. Se lei e direito se equivalem, como na cartilha do Estado Liberal, o direito à resistência não pode ser mais do que uma contradição em termos, eis que não está previsto pelo ordenamento. Por outro lado, caso se enxergue a juridicidade de modo mais amplo, conectando-a à legitimidade e não à legalidade, o direito de resistência se revela enquanto estrutura jurídica e factível. Dessa maneira, é curioso verificar em que medida Schmitt, pensador tido por conservador, é capaz de perceber e criticar as estruturas profundamente autoritárias do Estado Liberal, que, semelhante ao Estado Absolutista, por se compreender como síntese e limite do direito e operar com o princípio da normatização geral pré-determinada, não reconhece aos seus cidadãos qualquer direito de resistência. Ao desconhecer o direito que está fora dos textos – seja o direito de resistência, seja o estado de exceção – o Estado Liberal transforma-se em seu oposto – o Estado Absoluto – e exige de seus cidadãos a obediência incondicional característica dos súditos,¹¹ eliminando por completo a possibilidade de se reconhecer abusos do poder legislativo e do processo legiferante.¹²

As duas tradições jurídicas que mais se dedicaram ao estudo do problema da exceção foram a francesa (Hauriou, Mathiot, Nizard etc.) e a alemã (Friedrich, Jellinek, Schmitt etc.), esta compreendo o estado de exceção como um triunfo

11 SCHMITT, 2007, p. 10. Sobre o direito de resistência e a dinâmica de sua eliminação no Estado Liberal, cf. SCHMITT, 2007, pp. 22 e 30-31.

12 SCHMITT, 2007, p. 19.

dos fatos diante do direito e aquela vendo na exceção uma espécie de adaptação do direito aos fatos.¹³ Todavia, em todas as definições dessas correntes se mostra o caráter propriamente fluido do estado de exceção, que, podemos dizer, *é algo* na mesma medida que *o nega*. Daí o desacerto daqueles que pretendem reconduzir a exceção a um pólo extremo, seja o da juridicidade ou o da factualidade. Parece-nos que a exceção constitui, mais do que um híbrido entre direito e fato, uma realidade movediça que se põe enquanto *medida* entre o jurídico e o factual, estando, como bem se expressa Sainte-Bonnet, no centro da relação entre pressão dos fatos e estabilidade jurídica, mediando – e problematizando – as possibilidades acabadas do Direito Público e do fato político. Assim, o estado de exceção se mostra como algo que é menos do que a revolução, mas mais do que simples luta política.¹⁴ Aproveitando uma tese de Schmitt que desenvolveremos na parte 2, a exceção é, portanto, o que dá a medida e permite o intercâmbio entre revolução e luta política, comparecendo, como notou Giorgio Agamben, enquanto estrutura-limite entre o factual e o jurídico, com o que garante a passagem – e a indeterminação – entre essas instâncias.¹⁵

Para Robert Hoerni, o estado de exceção representa uma espécie de direito natural do Estado à legítima defesa. Quando o Estado se vê ameaçado por circunstâncias graves que podem dar fim à sua existência, ele estaria autorizado a lançar mão de medidas similares à legítima defesa do Direito Penal.¹⁶ Apesar de julgar tal ideia imprecisa, Maurice

13 SAINTE-BONNET, 2001, p. 14.

14 SAINTE-BONNET, 2001, pp. 28-29.

15 A situação que nasce da exceção “não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei” (AGAMBEN, 2010, p. 25).

16 HOERNI, 1917, p. 202.

Hauriou entende que ela pode ser melhor compreendida caso nos lembremos que o Estado é ao mesmo tempo uma pessoa – e, portanto, deve poder se defender – e uma organização na qual a mais antiga função é a de governo, que se sobreporia à função legislativa nos momentos de crise.¹⁷ Por seu turno, Frede Castberg aduz que o estado de exceção constitui um tipo de direito costumeiro capaz de integrar as inevitáveis lacunas do Direito Constitucional, que se tornam evidentes nas situações emergenciais. Ainda que *contra legem*, tal costume repousaria sobre a consciência de juridicidade da comunidade sobre o que é direito.¹⁸ É nesse sentido que André Mathiot afirma que não há verdadeira lacuna de texto no direito, mas sim lacuna de texto de crise, o que só pode ser solucionado pelo apelo à noção de estado de exceção, alçada assim a fonte integradora do direito.¹⁹ Tal posição se choca com a tese de Gerhard Anschütz, citado por Schmitt, para quem a exceção é não uma lacuna de texto, mas uma lacuna de direito, indicando um *terminus* para o Estado de Direito, uma zona de fronteira inexpugnável e imune ao conhecimento técnico-científico.²⁰ Todas essas aproximações teóricas remetem o estado de exceção a uma situação obscura e talvez pré-jurídica, muito embora Hauriou a ele se refira como um direito de segundo nível, semelhante ao direito revolucionário. Como veremos na parte 2, tal compreensão do estado de exceção é devedora da intuição original de Schmitt acerca da exceção enquanto *forma fundacional e constante presença*.

A posição de Carré de Malberg é bem mais radical do que a dos demais franceses. Em aberta polêmica com os juris-

17 HAURIU, 1929, p. 425.

18 CASTBERG, 1961, pp. 116-117.

19 MATHIOT, 1956, pp. 416-424.

20 SCHMITT, 2005, pp. 14-15.

tas que pretendem ver no estado de exceção uma expressão do estado de necessidade do Direito Civil ou da legítima defesa do Direito Penal, ele argumenta que tais estruturas não estão previstas no Direito Público, não havendo qualquer *opinio juris* – elemento constitutivo fundamental do costume jurídico, ao lado da *inveterata consuetudo* – que consagre o direito do Estado à automanutenção. Ao contrário, ao Estado seria possível inclusive o suicídio, dado que é soberano. Segundo Carré de Malberg, o estado de exceção é uma realidade política e não jurídica, dado que toda suspensão da Constituição é, ainda que provisória, um ato de revisão que somente pode competir ao poder constituinte, de natureza estritamente política, e jamais ao poder constituído, de caráter jurídico. Suspender e revisar são uma única realidade derivada do mesmo poder.²¹

Ademais, a tentativa de resolver o problema da exceção mediante a teoria do estado de necessidade gera mais aporias do que as resolve, conforme nota Agamben.²² Ao contrário do que uma leitura superficial e ingênua pode sustentar, o estado de necessidade – bem como sua derivação penal, a legítima defesa – não se configura, de modo algum, enquanto situação objetiva. Ao contrário, é intensamente subjetiva, dado que o estado de necessidade, para aparecer enquanto tal, deve ser assim *declarado* por alguém, que será exatamente a autoridade soberana. Ora, a autoridade é soberana quando pode decidir – quer dizer, constituir – o estado de necessidade. Dessa maneira, percebemos que a exceção não pode ser reduzida à necessidade. Na verdade, é a necessidade que sempre se reconduz à exceção ou, mais claramente, à decisão soberana que a institui.

21 CARRÉ DE MALBERG, 1962, pp. 610-623.

22 AGAMBEN, 2004, pp. 46-47.

Em uma chave de leitura semelhante à de Carré de Malberg, Olivier Beaud vê o estado de exceção como uma “reserva de Constituição” ativada pelo “soberano fora da Constituição”, ou seja, pela autoridade que, em tempos de emergência, diz o que é constitucional ou não, sem que sua decisão possa ser vetada ou controlada por outros órgãos.²³ Trata-se, na esteira de Schmitt, de um fenômeno que põe a exceção e a normalidade enquanto faces da mesma moeda, conformando uma dupla Constituição concorrente, semelhante ao Janos bifronte, cuja ordenação se dá por uma espécie de regra de competência: o estado de exceção seria apenas uma reinterpretação da regra normal, tendo em vista as condições específicas postas pela emergência.²⁴ Lucien Nizard apresenta reflexão semelhante, entendendo que o princípio da legalidade sob o qual se sustentam as ordens jurídicas liberais não é intangível, pois depende de circunstâncias materiais. Na verdade, a legalidade convive – ou melhor, concorre – com a exceção, dado que aquela se fundaria no princípio de relatividade dos poderes, o qual é posto em xeque quando a ordem pública é ameaçada. Daí decorre a vulnerabilidade dos direitos fundamentais em tempos de crise, eis que, sem tal possibilidade, a ordem jurídica liberal se autodestruiria.²⁵

Por seu turno, Léon Duguit entende que as “regulamentações de emergência” só não são ilegais se os decretos governamentais que se sobrepõem ao poder legislativo nas situações de exceção forem expedidos nas seguintes e únicas situações: guerra com potências estrangeiras, insurreições armadas, greves gerais no serviço público e impossibilidade material de se reunir o Parlamento ou de se respeitar

23 BEAUD, 1993, p. 44.

24 BEAUD, 1993, p. 37.

25 NIZARD, 1962, pp. 258-279.

os trâmites e prazos necessários para tanto. Ainda assim, complementa Duguit, as medidas excepcionais tomadas pelo Executivo devem ser expressamente ratificadas *a posteriori* pelo Legislativo.²⁶ Sob a óptica de Schmitt, as preocupações “calculadoras” de Duguit são inócuas e descaracterizam por completo o estado de exceção, correspondendo a uma desesperada tentativa liberal de impedir a ordenação do jurídico por meio do político.

O estado de sítio e outros institutos semelhantes do Direito Constitucional não passam de formas procedimentais falidas que pretendem delimitar a exceção e obscurecer sua real dramaticidade, pois na situação excepcional o direito é confrontado com sua origem violenta, não-normatizada e inmatrizável, muito embora sua missão seja, paradoxalmente, normalizar conflitos sociais. Schmitt demonstra assim que, por planejar normalizar todos os aspectos do real, o Estado Liberal inclusive tentou conferir contextura normativa ao estado de exceção.²⁷ Ora, por sua própria natureza a exceção é imune à normatização prévia, tratando-se antes de uma situação anômala que se põe entre o fato bruto e a norma jurídica.

À guisa de síntese, concluímos que os autores supracitados localizam o estatuto teórico do estado de exceção em torno do meramente factual ou o circunscrevem em esferas suprajurídicas. A exceção ora encarna um momento *kenomático* não-normativo, indicador de um vazio jurídico, ora dá lugar a uma situação *pleromática* de extravasamento, quer dizer, de plenificação da juridicidade, hipótese em que pode ser comparada a um *poder constituinte permanente*. Tal gravitação da doutrina foi percebida por Agamben, que resumiu bem as aporias do pensamento tradicional sobre o estado

26 DUGUIT, 1923, p. 162.

27 SCHMITT, 2009, pp. 221-263.

de exceção,²⁸ pondo às claras os paradoxos que somente se resolverão mediante a compreensão da exceção enquanto *cena originária*, tema da seção 2.

1.3. História do estado de exceção

Apesar das polêmicas, a teoria do estado de exceção evoluiu no pensamento e na prática jurídico-constitucional desde os romanos, que possuíam figuras constitucionais assemelhadas, chegando até os dias de hoje, quando medidas jurídicas de emergência são previstas em praticamente todas as Constituições democráticas.

Ao contrário do que muitos afirmam, a ditadura romana não é um símile do estado de exceção. Muito embora a ditadura se baseasse em um *imperium* especialmente poderoso, não podendo ser obstaculizada pelo poder dos cônsules, pela votação dos colégios, pelo direito de veto dos tribunos ou pela apelação do povo,²⁹ devemos notar que a ditadura não *suspendia* o direito republicano, mas o integrava na qualidade de magistratura extraordinária, estando perfeitamente prevista e regulamentada na prática constitucional – em larga medida consuetudinária – da República. A relação da ditadura romana com o direito ordinário não é *suspensiva*, mas *integrativa*. Ademais, é de se notar que a ditadura romana contava com prazo fixo (seis meses), algo inconcebível no mundo contemporâneo. Por fim – e essa razão nos parece a mais importante de todas para dissociar ditadura romana

28 “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? E 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 uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna?” (AGAMBEN, 2010, p. 39).

29 SCHMITT, 2009, p. 33.

e estado de exceção –, os romanos não conheciam direitos fundamentais oponíveis ao Estado e que pudessem ser suspensos pela exceção. Assim como é estranha à civilização greco-romana a noção de direitos e liberdades fundamentais, eis que viviam sob uma concepção orgânico-estatal, do mesmo modo lhes é completamente alheia a ideia da suspensão de tais direitos.

Nada obstante, existiam institutos *assemelhados* ao estado de exceção em Roma, tais como o *senatus consultus ultimus*, que na prática liberava os cônsules para agir em situações emergenciais como melhor lhes aprouvesse, a declaração de *hostis publicus*, o *crimen maiestatis*, o *tumultus* (mobilização geral) e o *iustitium* (suspensão da justiça).³⁰ Mas ainda que romanos e gregos – estes sob a forma dos magistrados soberanos (*strategoi autokratores*) chamados de *aisymnetes* – conhecessem instituições similares ao estado de exceção, a história conceitual e prática de tal *situação* só se inicia quando o Ocidente concebe uma esfera jurídica independente – e, em certas circunstâncias, oposta – ao Estado, processo que se inicia com o direito natural do Medievo, passa pela Modernidade e chega aos nossos dias.³¹ Onde direito e Estado se identificam não há lugar para a exceção, pois qualquer ordem estatal – mesmo a excepcional – será também ordem jurídica.

Na Modernidade o estado de exceção é assimilado à teoria do golpe de Estado. Em sua investigação sobre a razão de Estado, Michel Foucault demonstrou que a expressão *coup d'Etat* não possuía qualquer conotação negativa nos tratados político-jurídicos do final do século XVI e início do XVII, quando começa a se formar aquilo que ele chama, no curso de 1977-1978 dado no *Collège de France*, de

30 SAINTE-BONNET, 2001, pp. 43-77.

31 SAINTE-BONNET, 2001, p. 41.

“governamentalidade”.³² Ao contrário, a expressão “golpe de Estado” indicava então as medidas que o soberano deveria tomar para salvaguardar o Estado, sendo justificável com base na necessidade e não no direito comum, completamente eclipsado pela razão de Estado. As medidas de salvaguarda excedem o direito comum, diz Gabriel Naudé (1600-1653), bibliotecário de Mazarin. Mais do que um resíduo de ilegalidade, o golpe de Estado expressava assim uma expansão do direito de autopreservação do Estado, sempre excessivo/exceptivo em relação ao direito comum. Trata-se de um *“excessus iuris communis propter bonum commune”* [“excesso do direito comum em favor do bem público”].³³ O golpe de Estado integra a razão de Estado, sendo seu momento mais característico, jamais sua negação, visto que tal “razão” não se determina pelas leis, mas, ao contrário, as determina. Segundo Philipp von Chemnitz (1605-1678), historiógrafo de Cristina da Suécia: “A razão de Estado, encerrada nos limites de que vimos de falar [a Religião, a fidelidade, a honestidade natural e a justiça], não reconhece outras: as leis públicas, particulares, fundamentais, ou de qualquer outra espécie que seja, não a perturbam; e, quando se trata de salvar o Estado, ela pode ousadamente infringi-la”.³⁴ Há importantes semelhanças entre o golpe de Estado moderno e o estado de exceção contemporâneo, seja em sua finalidade, seja em sua estrutura, seja, finalmente, em sua justificabilidade.

Graças a essas brevíssimas notícias sobre o pensamento antigo e moderno, percebemos que o estado de exceção foi integrado ao aparato político-jurídico enquanto medida excepcional pertencente ao rol dos mecanismos – jurídicos ou não, a depender da doutrina escolhida – necessários à

32 FOUCAULT, 2009, pp. 349-351.

33 *Apud* FOUCAULT, 2009, p. 375, n. 20.

34 *Apud* FOUCAULT, 2009, p. 375, n. 22.

defesa do Estado. Todavia, a contemporaneidade conferiu novo aspecto ao estado de exceção. O final do século XX e o início do século XXI são períodos que se caracterizam pela *emergência*, quando o excepcional se torna usual e o estado de exceção passa a ser regra, ainda que nem sempre seja formalmente declarado pela autoridade competente. Dois foram os autores que notaram essa transformação: Carl Schmitt e Giorgio Agamben.

Em seu clássico *Teologia Política*, Schmitt afirma que soberano é quem decide sobre o estado de exceção.³⁵ Assim, a verdadeira caracterização do poder soberano se dá na situação de emergência, dado que “*quien domine al estado de excepción, domina con ello al Estado, porque decide cuándo debe existir este estado y qué es lo que la situación de las cosas exige*”.³⁶ Tal quer dizer que a soberania, atributo constitutivo próprio do Estado, depende em última instância daquele que é capaz de negar e superar o Estado de Direito, agindo como *fora-da-lei*. Schmitt não reconhece o estado de exceção entre os institutos do Direito Constitucional, sendo antes uma *situação*. O estado de exceção, aduz Schmitt, por sua própria natureza, não pode ser previsto e regulado pelo direito. O estado de sítio e mecanismos similares não passam de débeis tentativas do Estado de Direito de contornar o incontornável: a exceção fundadora e originária, tema da segunda parte deste trabalho. Importa por agora reter o elemento polêmico contido na definição de Schmitt: soberano é quem decide sobre a situação em que perde sentido a soberania enquanto instituto meramente jurídico. O paradoxo envolvido nessa definição foi incansavelmente explorado por Agamben.

Partindo da tese de Schmitt segundo a qual soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, ou seja, so-

35 SCHMITT, 2005, p. 5.

36 SCHMITT, 2009, p. 49.

bre a suspensão ou não da Constituição, e nela misturando tintas arendtianas e benjaminianas, Agamben acaba por concluir que o paradigma da modernidade é o da exceção permanente ou “desejada”,³⁷ encontrando sua representação não mais na *polis* ou no Estado moderno, mas no campo de concentração. O campo não é o espaço do antijurídico e sim daquilo que se põe enquanto absoluta indiferenciação entre a violência e a regulação normativa indefinidamente *suspensa*. Tal ocorre assim porque a exceção seria co-natural ao direito, que insere em si os fenômenos na mesma medida em que cria espaços exceptivos de desregulamentação.³⁸ De acordo com Agamben, o direito inclui ao desincluir – “a lei está fora dela mesma” –, paradoxo semelhante ao do soberano descrito por Schmitt, que afirma: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei”.³⁹ Agamben vê nos dispositivos da normalidade meras “formas de lei” vazias, que expressariam apenas a vigência sem significado característica do direito contemporâneo.⁴⁰

De modo arguto, Agamben reconhece que a lógica exclusivo-inclusiva própria da exceção é, na verdade, o arquetipo de todo o direito, fazendo dele participar algo que

37 “[...] os processos de dissolução dos organismos estatais tradicionais na Europa oriental não devem ser vistos como um reemergir do estado natural de luta de todos contra todos, que prenuncia a constituição de novos pactos sociais e de novas localizações nacional-estatais, mas, antes, como o aflorar à luz do estado de exceção como estrutura permanente de des-localização e des-locação jurídico-política. Não se trata, portanto, de um retrocesso da organização política na direção de formas superadas, mas de eventos premonitórios que anunciam, como arautos sangrentos, o novo *nómos* da terra, que (se o princípio sobre o qual se baseia não for reinvocado e colocado novamente em questão) tenderá a estender-se sobre todo o planeta” (AGAMBEN, 2010, pp. 44-45).

38 AGAMBEN, 2010, p. 27.

39 AGAMBEN, 2010, p. 22.

40 AGAMBEN, 2010, pp. 55-67.

originalmente deveria estar fora de seu domínio.⁴¹ O filósofo italiano relê sob essa nova luz a tradição que vê na sanção a típica estrutura do direito, entendendo a sanção jurídica – aqui compreendida em sentido estrito enquanto sinônimo de castigo – como uma inclusão da violência – justamente a realidade que o direito pretenderia negar – na composição específica do direito. O paradoxo é surpreendente: para desincluir a violência da vivência social, ela precisa ser incluída como exceção soberana no próprio corpo do direito. Dessa maneira, o direito é apenas *violência qualificada*,⁴² quer dizer, violência organizada, dado que “a instauração do direito é instauração de poder [*Macht*] e, enquanto tal, um ato de manifestação imediata da violência [*Gewalt*]”.⁴³ Essa relação se revela com toda clareza quando consideramos as formas históricas em que o direito se revelou ao longo de seu percurso. O talião, por exemplo, não passa de uma repetição da violência, tratando-se simplesmente de uma reinserção, na estrutura “normal” da sociedade, daquela violência originalmente praticada contra a vítima. Desse modo, a violência se reconfigura no direito enquanto sanção, quer dizer, castigo da violência mediante o uso da própria violência.

De acordo com Agamben, o estado de exceção é um elemento constitutivo do Estado de Direito. Sua origem estaria na Constituição Revolucionária Francesa de 1792, assumindo no mundo contemporâneo a forma de estado de exceção permanente, deixando assim de ser mera *situação, estágio*

41 AGAMBEN, 2010, p. 33.

42 Derrida prefere dizer que o direito é uma “força autorizada”, ou seja, justificada, muito embora tal justificação possa ser tida por alguns como justa e, por outros, como injusta (DERRIDA, 2010, p. 6). Todavia, neste trabalho não nos parece adequado enfocar o fenômeno jurídico tendo em vista sua (in)justificabilidade, pois não se trata aqui de uma investigação sobre as razões do direito, mas sim sobre sua contextura genealógica.

43 BENJAMIN, 2011, p. 148.

ou *estado* para assumir ares de *forma estatal autônoma*. Passa-se assim do estado de exceção para o Estado de Exceção. Agamben testa sua hipótese de trabalho ao analisar a história constitucional e legal da França, da Suíça, da Alemanha, da Itália, do Reino Unido e dos Estados Unidos da América.⁴⁴ Vemos que tal hipótese privilegia Estados com tradições constitucionais já consolidadas e que, em certa medida, se mostram hoje politicamente estabilizados, com sociedades civis atuantes. Entretanto, Agamben denuncia nesses Estados a transformação da emergência em regra e o esvaziamento das instâncias populares de criação do direito em nome da maximização do poder dos órgãos de gestão da exceção, normalmente radicados no Poder Executivo. O Estado de Exceção se manifestaria então quando a soberania popular se visse substituída pela tecnocracia no que diz respeito à tomada de decisões necessárias à manutenção do Estado de Direito, o que é, obviamente, paradoxal.

Ademais, o fenômeno da exceção é claramente perceptível na vivência econômica atual, a qual vem sendo subrepticamente dominada pelo *constante argumento da emergência*, o que ocasiona a alienação do poder democrático nas mãos de organismos privados e fechados que, sem legitimação democrática, conduzem os destinos do mundo mediante supostas decisões técnicas. Apenas a título de exemplo, é de se recordar, com Gilberto Bercovici, que há muito tempo o Brasil vive sob um estado de exceção econômico permanente, eis que as principais decisões nacionais sobre política monetária e econômica são tomadas por organismos técnicos – o Banco Central, a Secretaria da Receita Federal, certas organizações econômicas internacionais etc. – sem qualquer participação do Parlamento, que se limita a referendar as re-

44 AGAMBEN, 2004, pp. 10-49.

soluções – muitas vezes claramente contrárias aos interesses do povo brasileiro – emitidas pelas instâncias tecnocráticas.⁴⁵ O terreno econômico se apresenta enquanto espaço apátrida, especulativo e descomprometido com quaisquer valores públicos e coletivos, levando as nações a desregulamentar para, paradoxalmente, regulamentar, com o que a democracia e o Estado de Direito se fragilizam. Para além da Economia, o estado de exceção se entremostra também em diversos outros aspectos da vivência político-jurídica, como na edição de medidas pelo Poder Executivo com força de lei, no esvaziamento das formas populares de legislação (iniciativa popular de leis, *referendum* e plebiscito) e na judicialização das políticas públicas, entre muitos outros exemplos.

Mas como explicar o surgimento da exceção no seio da normalidade? Para respondermos a tal questionamento é preciso abandonar pretensões partidárias que se traduzem em defesas ou ataques ao estado de exceção, buscando antes desvendar suas manifestações e desvestir de sua pretensa normalidade o discurso jurídico oficial.

2. A origem da exceção

2.1. A matriz sacr(o/i)ficial

A leitura dos parágrafos anteriores pode gerar a falsa impressão de que o estado de exceção corresponde a uma anomalia jurídica ou a um plano arquitetado por obscuras potências para minar o Estado de Direito. Não é assim. O estado de exceção confere normalidade ao direito e conforma o espaço por excelência do político, de sorte que não é possível, nem ontem e nem hoje, falar em exceção como algo

45 BERCOVICI, 2009.

oposto ao direito e ao Estado, estruturas que existem para gerenciar a violência constantemente fundadora e necessária à vivência coletiva.

Segundo Schmitt, a dualidade amigo/inimigo põe o político, determinando o caráter de *luta* existente em toda relação humana significativa. Uma situação social só é propriamente política quando pode ser lida mediante essa chave extrema, a do amigo/inimigo, que se traduz na tentativa de garantir a sobrevivência do grupo conforme seu próprio *ser*, [*seinsmäßigen Behauptung*] necessariamente oposto ao ser de grupos diferentes. Schmitt inova ao declarar como política toda e qualquer relação social, independentemente de sua particular natureza étnica, econômica ou religiosa.⁴⁶ O que importa, o que efetivamente define o político, é a possibilidade de radicalização e de dualização esquemática da realidade entre um *eles* e um *nós*, instâncias que se co-ameaçam na luta pela sobrevivência imediata e concreta.

A autonomia epistemológica da formação amigo/inimigo é comprovada pela impossibilidade de sua recondução ao campo dos dualismos morais tradicionais como bom e mau, justo e injusto etc.⁴⁷ Ao contrário, trata-se de uma dualidade conceitual-operativa que, apesar de sua concretude – só se define o amigo e o inimigo no jogo real da política –, é inteiramente formal. Quando Schmitt se refere ao inimigo (*Feind*, *foe*, *hostis*), o faz de modo a evocá-lo em sua concretude existencial de ente coletivo que nos ameaça radicalmente e, mais importante, conferindo centralidade ao seu caráter *público*. Schmitt – pelo menos o dos escritos dos anos 20 – não pretende a erradicação total do inimigo, mas sim a sua neutralização. Com efeito, o inimigo não é um monstro ou um rival moral absoluto. Sua aniquilação

46 SCHMITT, 2008, p. 28.

47 SCHMITT, 2008, pp. 27-29.

significaria a dispersão – e, em seguida, a destruição – do grupo dos amigos, o qual só ganha identidade em sua relação conflituosa com o inimigo.

Além disso, o *inimigo* de Schmitt não é uma categoria psicológica e nem pode ser abarcado pelas estruturas indecíveis do liberalismo que o tentam substituir – o *adversário* intelectual e o *competidor* econômico –, dado que se configura enquanto ameaça pública, concreta e historicamente determinada, muito embora sem qualquer substância necessária. Em suas palavras:

[...] inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo; *polemios*, não *echtros*.⁴⁸

Assim, é o *grau extremo* de certa relação social que a torna política: “A contraposição política é a contraposição mais intensa e extrema, e toda dicotomia concreta é tão mais política quanto mais ela se aproxima do ponto extremo, o agrupamento do tipo amigo-inimigo”.⁴⁹ Caso haja a possibilidade da morte coletiva traduzida pela guerra, ainda que tal se dê como potencialidade ou efeito extremo, estamos diante do político, o qual, ademais, se entremostra somente em situações concretas e jamais na pura abstração das normas. Partindo desse pressuposto, podemos afirmar que, para além de polêmico, o pensamento de Schmitt é radicalmente situacional, desprezando toda e qualquer abstração norma-

48 SCHMITT, 2008, p. 30.

49 SCHMITT, 2008, p. 31.

tiva, por ele identificada como resultado de uma concepção intelectual calcada no modelo das ciências naturais e exatas, imprópria, portanto, para o mundo humano. Em uma de suas muitas frases de sabor quase oracular, afirma: “todo direito é direito situacional [*Situationsrecht*]”.⁵⁰

Contudo, adotando outro instrumental teórico schmittiano – o da teologia política –, podemos afirmar que o conceito do político, apesar de sua autonomia epistemológica, *não exprime uma posição original*, mas deriva, como todo conceito político-jurídico, de uma *metafísica específica*, conformando uma experiência sacral de matriz sacrificial, ou seja, uma *teologia política violenta*. Na análise do conto “A festa do monstro”,⁵¹ de H. Bustos Domecq – heterônimo criado por Jorge Luis Borges e Adolfo Bioy Casares –, Davi Arrigucci Jr. nos fornece algumas pistas para a decifração de um dos aparatos centrais da maquinaria mental de Schmitt, que enxerga no par amigo/inimigo a verdadeira *medida* do político.⁵²

Ao interpretar o assassinato de um jovem judeu praticado por militantes peronistas no conto de Domecq, Arrigucci Jr. nos recorda que o lugar do sagrado é o da mais absoluta violência, a qual deve ser (re)direcionada à vítima do sacrifício, sob pena de contaminar todo o grupo social que pretende se unificar e se enxergar como algo coletivo. Ora, a violência constitui e mantém o grupo, sem a qual ele não poderia existir. Mas tal envolve um paradoxo, já que a violência constantemente ameaça os sujeitos que dela auferem o material necessário à dupla identificação do *nós* e do *eles*. O papel da vítima – do inimigo, verdadeira *vítima projetada* – é,

50 SCHMITT, 2005, p. 13.

51 ARRIGUCCI JR., 2010, pp. 19-27.

52 Para uma análise da definição do político em Schmitt com base na diáde amigo/inimigo, cf. FERREIRA, 2004, pp. 37-50.

portanto, decisivo. Ela aparece não apenas como justificadora da violência, mas também enquanto sua incansável mantenedora, oferecendo as possibilidades catárticas necessárias à coletividade fechada na *amizade consigo mesma*. Tal atitude antropológica básica não apenas funda, mas *gera constantemente* a experiência-limite da inimizade dedicada ao outro, como o prova a necessidade demasiado humana de se autodefinir com base no *alter*, hostilizando-o, a exemplo do que ocorre nas sessões de ódio narradas por George Orwell no romance *1984*, quando o povo, periódica e compulsoriamente reunido pelo partido, se dedica a ulular e a bradar, em perfeito e enraivecido uníssonos, contra o inimigo número um do Estado, o perverso e suposto Goldstein. Conclui Arrigucci Jr., com palavras que se aplicam certamente à diáde de Schmitt, desvendando o caráter derivado e dependente da categoria do político, a qual se reconduz a uma experiência-função que poderíamos chamar de sacr(o/i)ficial: “O nacionalismo extremado e acrítico exige a eliminação do outro, para evitar a autodestruição de seus partidários. A imolação da vítima (e da alteridade divergente) vira condição de sobrevivência do grupo”.⁵³

Ora, a identificação do inimigo – o que em Schmitt significa a construção tanto do próprio *eu* quanto da dimensão problemática do *outro* – é crucial para a normalização das relações sociais, finalidade almejada pela exceção e que apenas se realiza com violência, conforme veremos no próximo item.

2.2. O direito como espaço de exceção

Ao teorizar sobre a ditadura, Schmitt cuidou de diferenciá-la do despotismo puro, que seria o exercício

53 ARRIGUCCI JR., 2010, p. 26.

ilegítimo e finalístico do poder. A ditadura é diferente: sua teleologia é uma metodologia, dado ter em mira um objetivo bem definido, que é a instauração da paz jurídica. Tal se dá mediante a reafirmação da Constituição questionada – hipótese da ditadura comissária, que envolve uma dinâmica restauradora – ou graças à criação de uma nova Constituição, circunstância traduzida pela ditadura soberana, inspirada por uma dinâmica revolucionária.

Assim, a exceção não gravita em um “nada jurídico”, mas pressupõe a ideia de algum direito a realizar, ainda que para tanto tenha que se pôr fora do domínio das normas positivas. Daí surge a distinção schmittiana entre normas de direito e normas de realização do direito (*Rechtsverwirklichung*).⁵⁴ As normas de realização do direito anterior, posto na berlinda no estado de exceção, não são úteis para a criação – ou para a refundação – das normas do (novo) direito, o que ocasiona uma cisão entre a ideia de direito e sua pura efetividade. Tal dualismo se resolve em uma unidade que só pode ser violenta, correspondendo à experiência originária do jurídico, a qual se reflete na estruturação tanto do poder constituinte quanto do poder constituído, ou seja, violência que põe e violência que conserva o direito, conforme anota Walter Benjamin.⁵⁵ O fato de a diáde poder constituinte/poder constituído se remeter diretamente à distinção schmittiana entre ditadura soberana e ditadura comissária apenas sublinha e comprova a real função do direito: servir como gestor da violência, essa *ausência onipresente* em sua estrutura real (constituída) ou potencial (constituente).

A violência é meio absoluto do direito, servindo, segundo Kelsen, como seu elemento de definição estrita.

54 SCHMITT, 2009, p. 26.

55 BENJAMIN, 2011, p. 136.

Tendo em vista que os fins que o direito pode almejar são infinitos, ele se define apenas mediante seu meio específico: a monopolização da coerção. Nesse ponto o pensamento de Kelsen se encontra com o de Walter Benjamin, que soube expor de maneira aguda o vínculo ineludível entre direito e violência, esta entendida enquanto meio e não fim do direito. Segundo Benjamin, não há qualquer sentido na tentativa de definir o direito mediante certo plexo de valores agrupados sob o signo altamente indeterminado da justiça. Tanto é assim que ao direito positivo pouco importa se outras ordens normativas – postas por um grupo de criminosos ou por um partido revolucionário, por exemplo – objetivam com suas ações certas finalidades que podem ser razoavelmente definidas como justas. Na verdade, o que o direito não suporta é que ordenações concorrentes tendam a interferir em sua monopolização da violência. Em síntese: pouco importa a justeza de certa reivindicação coletiva; importa apenas se ela se aparelha ou não mediante o uso da violência, monopólio da ordem jurídica.⁵⁶

Mas se o direito sempre existe na exceção – e a exceção só opera sob um pano de fundo jurídico, a se restabelecer ou a se criar –, devemos atentar para sua específica forma de existência em ambos os casos: a *suspensão*. A suspensão não nega o direito, não o elimina e nem o contradiz sistêmica ou performativamente; ela o imobiliza a fim de realizá-lo, o que se dá mediante a normalização da cena institucional que *deve* se seguir à exceção, circunstância que se revela enquanto exigência normativa que ultrapassa a eficácia do direito anterior (questionado) em nome das condições de presentificação do direito novo ou renovado. Até mesmo um movimento revolucionário que lance mão da ditadura para se impor precisa manter vínculos com o jurídico, pressupon-

56 BENJAMIN, 2011, pp. 124-127.

do a suspensão *atual* de uma Constituição *que ainda virá a ser*. A Constituição *potencial*, ideada e justificadora da exceção, é não apenas um projeto, mas uma ideia que orienta a prática exceptiva, a exemplo das formas na filosofia platônica, limite e essência última de toda vivência concreta. A exceção não nega ou destrói o direito, mas opera à sua margem⁵⁷ para trazê-lo, *de novo e nunca*, ao centro.

Se levarmos tais ideias a sério, é toda a tradição do pensamento político-jurídico moderno que acaba sendo problematizada. Se a exceção – verdadeira decisão em estado puro, segundo Schmitt – ocupa o centro da experiência do direito, o momento fundador de nossa sensibilidade jurídica tem que ser relido de maneira radical. Em tal hipótese, a modificação de paradigmas patrocinada pela Revolução Francesa não se explicaria graças à institucionalização da separação de poderes ou à criação de uma Constituição composta por um rol – que se provaria historicamente expansivo – de direitos fundamentais, mas sim pela passagem, na época da Convenção, de uma ditadura comissária de matriz romana para uma ditadura soberana capaz de indicar o novo *nómos* da modernidade em toda sua crueza e incapturabilidade: a exceção.

Além de afastar o “direito normal”, a exceção com ele se relaciona de modo fantasmático. É sempre rumo ao direito que a exceção se dirige. Seu espaço, portanto, não é anárquico ou anômico, como quer Agamben, mas *pré-normativo*, expressando em sua evidência total a cena primária de violência da qual surgiu o jurídico. Nessa operação especular e barroca, o inimigo se torna fundamental para evitar a autorreferência vazia e infinita. A identificação do inimigo operada pelo soberano é capaz de “suspender a suspensão”, quer dizer, mascarar a exceção ontológica em que se vive no

57 SCHMITT, 2009, pp. 42-43.

cenário pós-moderno, caracterizado pela completa indeterminação. De fato, com o esvaziamento dos absolutos e dos ontologismos transcendentais típicos da tradição medieval e pré-moderna, só nos restou o que Ernst Cassirer chama de *absolutismo da realidade*, situação caracterizada pela extrema violência da abertura para o real: tudo pode ser diferente ao mesmo tempo em que nada pode ser diferente.⁵⁸

Em circunstâncias assim, a decisão excepcional opera simbolicamente, demarcando *territórios de sentido* que nos afastam da vivência imediata da violência, a qual somente poderia se dar enquanto perda total, ou seja, jamais poderia se dar. Funcionando enquanto fonte de sentido para a realidade coletiva, a exceção revela com o mesmo gesto com que encobre. Mais exatamente: a exceção desvela o *sentido disponível*, construído pelo soberano, ao mesmo tempo em que vela – ou exorciza – a radical *falta de sentido* da existência, funcionando como símbolo que continuamente nos aproxima e nos afasta da realidade. Desse modo, as pretensões substancialistas de se chegar à essência do real perdem toda relevância, uma vez que tal empreitada significaria impossibilitar a vida coletiva. Se a realidade em si é violência, a máscara que a recobre constitui a única construtora de vivências sociais efetivamente humanas. Assim, a exceção é mais do que uma piedosa mentira, como queria Platão, tratando-se antes de uma invenção necessária, visto que garante a passagem duplamente mediante a qual ignorância é força, escravidão é liberdade e, principalmente, guerra é paz, retomando os paradoxos de Orwell que teriam encantado Schmitt.

Não havendo sentidos político-jurídicos pré-determinados na contemporaneidade, os papéis sociais dos sujeitos

58 Sobre o símbolo e seu papel fundamental para o social, cf. CASSIRER, 2001. No que diz respeito especificamente ao direito enquanto símbolo, cf. MATOS, 2011.

só podem ser demarcados por uma decisão soberana que, impondo o direito após a exceção, normaliza o inormalizável, ou seja, a existência coletiva. Ao definir o inimigo, o ente político define a si mesmo como em um passe de mágica, exigindo, ademais, que o inimigo também o enxergue sob a mesma lente. Nessa *autorreferencialidade qualificada* reside a grandeza do conceito de inimigo, construído como um “reconhecimento recíproco do reconhecimento”.⁵⁹ Amigo e inimigo conformam um jogo de espelhos em que toda reflexão sobre o diferente equivale a uma autorreflexão. Se um dos dois pólos falta, não se dá a mágica da identidade. A ilusão da ordem depende em larga medida de uma simples – mas fundamental – decisão sobre o *radicalmente outro*.

Da mesma maneira que a exceção nasce da confrontação com o inimigo que não se submete à medida do direito posto, subvertendo-o ou ameaçando-o de subversão, ela desaparece quando o corpo do inimigo neutralizado confere unidade e transforma um mero jogo de forças em um ordenamento jurídico, ou seja, em um gestor técnico da violência. Conforme ensina Bernardo Ferreira, a eliminação do inimigo⁶⁰ e a construção de um consenso por exclusão são as condições para a manutenção da normalidade.⁶¹ Por isso toda decisão é não apenas uma *cisão*, já que opera apenas sob o pressuposto da definição e da separação dos amigos e inimigos, mas também uma *des-cisão*, eis que o processo de identificação do inimigo implica, por sua própria dinâmica, a provisória determinação social do indeterminismo ontológico, quer dizer, a criação de uma unidade decisória subs-

59 SCHMITT, 2010, p. 77.

60 Não concordamos com a posição de Ferreira neste ponto, eis que Schmitt não aconselha abertamente a eliminação do inimigo, mas sua neutralização. Voltaremos a discutir tal tema adiante.

61 FERREIRA, 2004, p. 117.

tancial apta a sustentar o conceito de *povo*. No pensamento de Schmitt, à ideia de povo se unem as de homogeneidade, inteireza e uniformidade.⁶² Com efeito, o povo homogêneo⁶³ de Schmitt não admite a distinção liberal-burguesa entre maioria e minoria: ele é uma unidade. Tudo que se lhe opõe, não o integra e nem o poderá integrar graças a simples mudanças de grau – do menor (minoría) para o maior (maioria) –, correspondendo antes à esfera do inimigo.

Tendo em vista a estrutura especular e moldável dessa experiência de *determinação decisiva* com a qual se põe o espaço do amigo e o não-espaco do inimigo, preferimos falar em *espaços de exceção e de normalidade* não como faces da mesma moeda que periodicamente se alternam, com o que se estabelecería uma teoria cíclica do Estado, tributária da matriz clássica greco-romana que vê como necessária a alternância temporal das diversas formas de governo, recorrência que somente é vencida pela adoção do Estado misto.⁶⁴ Do mesmo modo, não se trata aqui, como querem os hegelianos, de um processo histórico ordenado em que exceção e normalidade se revezam e se dão mutuamente sentido em um diálogo cuidadosamente orquestrado pelo Espírito. Ao contrário, a exceção e a normalidade convivem – não de maneira dialética ou contraditória, e sim *confusa*, misturada – no próprio corpo do jurídico, medida que se põe como “resultado da” e “condição para” a identificação do inimigo e, em última instância, para o uso da violência contra ele.

62 SCHMITT, 2007, pp. 28-29.

63 Para uma crítica do conceito de povo homogêneo em Schmitt, percebido como uma ficção, cf. SÁ, 2009, pp. 640-662.

64 Cf. PLATÃO, *As leis*, III, 676 *et seq.*; IV, 712 *et seq.* e VI, 369 *et seq.*, ARISTÓTELES, *Política*, 1294b, 15 *et seq.* e POLÍBIO, *História*, VI, 2-58.

O atual Estado Democrático de Direito não significa *sic et simpliciter* o afastamento do projeto ditatorial, estando, pelo contrário, coalhado de espaços de exceção nos quais vale a regra da identificação e da neutralização do inimigo, ou seja, aquele outro absoluto que se opõe à forma de vida democrática. Exemplo prático disso é a postura que as democracias adotam diante dos antidemocratas, proibindo sua expansão e a publicização de seus argumentos sob o fundamento de que o Estado democrático depende, para se manter vivo, de limites impostos à ação dos atores sociais relevantes. Na maioria das democracias desenvolvidas não se aceita a existência de partidos ou grupos que proclamem abertamente ideologias contrademocráticas ou que puguem a irreconciliabilidade das diferenças. Quando um Estado democrático nega registro e funcionamento a um partido neonazista, ele está se definindo ao definir – e, de certa forma, neutralizar – seu inimigo. Tal decisão, diz Schmitt, traduz a determinação do Estado de, por meio da definição de seu “inimigo interno”, lutar pela sobrevivência e manter sua “forma de vida própria”.⁶⁵

Segundo a leitura de Grigoris Ananiadis dedicada a Schmitt, um dos erros do Estado Liberal – que Schmitt chama, com maior precisão, de Estado Legislativo Parlamentar (*parlamentarischer Gesetzgebungsstaat*) – é o tratamento dedicado aos seus inimigos, os quais, mesmo que se lhe oponham, são tidos como cidadãos abstratos titulares de direitos inalienáveis.⁶⁶ Tal revela o caráter estruturalmente *indeciso* do Estado Liberal, incapaz de diferenciar entre amigos e inimigos e, por conseguinte, de se defender.⁶⁷

65 SCHMITT, 2008, p. 49.

66 ANANIADIS, 1999, p. 125.

67 FERREIRA, 2004, p. 152.

Para compreender e criticar o Estado Liberal, Schmitt lança mão da díade *discussão* e *decisão*. A discussão infinita do liberalismo parlamentar se opõe ao momento decisivo em que a ordem concreta se afirma, motivo pelo qual Schmitt diz que ditadura é o oposto de discussão.⁶⁸ Ele concorda com Donoso Cortés, para quem a burguesia liberal é uma “classe discutidora” cuja religião é a liberdade de expressão.⁶⁹ Esta acaba ameaçando a própria estrutura do Estado na medida em que concede a todos – inclusive a potenciais inimigos – as mesmas oportunidades de serem ouvidos. Ademais, como bem demonstra Schmitt em *Legalidade e Legitimidade*, ao conferir a seus inimigos o uso do poder, o Estado Liberal se arrisca constantemente à extinção, eis que todo exercício do poder político-jurídico vem acompanhado de recompensas indiretas, tal como a possibilidade de alterar o sistema legislativo e anular a regra que permite às minorias serem ouvidas e consideradas no jogo político.⁷⁰ Citando Anschütz, Schmitt põe às claras as aporias insolúveis do relativismo liberal:

a neutralidade valorativa de um sistema de legalidade ainda somente funcionalista vai até à absoluta neutralidade contra si mesmo, oferecendo a via legal para a eliminação da própria legalidade. Com outras palavras, ela caminha, em sua neutralidade, rumo ao suicídio. Sem quaisquer condições ou restrições, tudo o que for decidido pela via da lei simples ou da emenda constitucional torna-se legal e, como o próprio Anschütz afirma, realmente, “tudo sem diferença de conteúdo e de envergadura política”. Se essa é a doutrina dominante e “antiga”, então não existem metas inconstitucionais.⁷¹

68 SCHMITT, 2005, p. 63.

69 SCHMITT, 2005, p. 62.

70 SCHMITT, 2007, pp. 27-38.

71 SCHMITT, 2007, p. 50.

Em sua indecisão romântica, sempre adiando o momento concreto da decisão, o Estado Liberal burguês se caracteriza por lutar contra a luta.⁷² De fato, o Estado Liberal não pretende construir a ordem pela exclusão do inimigo, vendo todos seus cidadãos como “amigos em potencial”,⁷³ obrigando-se assim a criar uma ordem institucional ampla o bastante para conter desde ateus até muçulmanos xiitas, do miserável ao plutocrata, do pacifista ao neonazista.

Os compromissos típicos dos parlamentos liberais querem ser maneiras não violentas de lidar com os negócios públicos, sustenta Benjamin, mas no final não passam de nítidos sinais da decadência do nosso tempo, quando se tenta apagar a consciência da presença latente da violência (*Gewalt*) nas instituições jurídicas. Os parlamentos “perderam a consciência das forças revolucionárias às quais devem sua existência”.⁷⁴ Por não tomar a decisão soberana e, definindo o inimigo, definir a si próprio e os limites a que se sujeita, o Estado Liberal que permite uma completa liberdade de expressão por parte de seus cidadãos está, na leitura de Schmitt, trocando sua legitimidade por mera legalidade. Com isso, ele se condena a uma espécie de autofagia que o indiferenciado e perigoso *todos* – no lugar do *nós* politicamente separado dos *outros* – fatalmente impõe à sua dinâmica.

Essa suposta “falha”, característica do Estado Liberal de matriz clássica, começa a ser superada na contemporaneidade por certas medidas tomadas pelo Estado Democrático de Direito. Inserido no contexto da exceção permanente – não em sentido cronológico, como veremos, mas ontológico – e sob o pretexto de manter a liberdade política, o Estado Democrático se sente perfeitamente autorizado a negar di-

72 ONFRAY, 2001, p. 240.

73 FERREIRA, 2004, p. 184.

74 BENJAMIN, 2011, p. 137.

reitos a certos segmentos do povo, em especial direitos de expressão da opinião, projeto exceptivo que se aprofunda à medida que a definição da própria identidade se mostra mais e mais ameaçada pelas rupturas da pós-modernidade. Tal é comprovado pelo êxito de propostas teóricas na linha do “Direito Penal do inimigo” (*Feindstrafrecht*) de Günther Jakobs.

3. A exceção da origem

Na exceção – declarada ou não – o que está em jogo é a origem do direito, entendida não como ponto cronológico do qual se parte para se superar a violência fundadora de qualquer experiência social, mas sim como *constante presença destrutiva* que exerce funções sistêmicas de retroalimentação autorreferenciada. Há uma palavra na tradição ocidental que cobre com perfeição esse campo semântico e que envolve os paradoxos da origem e do fim, da destruição e do desvelamento. Em grego, *apocalipse* (Vapoka,luyij) significa “revelação”, tendo ganhado um sentido, digamos, “jurisdicional final” graças ao pensamento judaico-cristão. A exceção é o espaço apocalíptico do direito porque o extermina ao revelá-lo. O apocalipse não designa apenas o juízo final, mas também o momento em que as coisas – todas as coisas – se revelam em sua completa nudez ontológica, à semelhança do homem do poema de Borges que se (re)conhece somente ao se ver refletido na sagrada face do Deus que o exterminará. O direito é, muito além das mitologias coletivas postas pelo soberano para normalizar a realidade social – para *endireitá-la* –, violência *constante, fecunda e originária*.

Mais do que o resultado de uma confusão entre o legislador (*nomothetes*) e o fundador de cidades (*oikist*),⁷⁵ figuras

75 Tal tese é desenvolvida por BIGNOTTO, 2008, p. 407 e 413-415.

nitidamente separadas no pensamento político clássico, o soberano de Schmitt é um *tradutor* à moda benjaminiana. Semelhantemente ao tradutor, que com seu trabalho de modelagem linguística se aproxima cada vez mais da *pura língua*, origem e destino de qualquer tradução, o soberano schmittiano lida com a *pura violência*⁷⁶ para, trespassando-a e ressignificando-a, fundar uma ordenação que funcione como limite e abertura para essa mesma violência, capaz tanto de pôr o direito mediante a “violência arbitrária” (*schaltende Gewalt*), quanto de mantê-lo sob a forma da “violência administrada” (*verwaltete Gewalt*), conforme o léxico de Benjamin.⁷⁷

O direito não é mais do que um conjunto de meios para realizar certos fins. Quando o sujeito de direito ou outros mecanismos técnicos se interpõem de maneira decisiva entre a ação e a finalidade, o direito se suspende, passando a vigorar seu aspecto originário: a exceção, que nem por isso é injurídica. Ao contrário: todo ordenamento jurídico é uma ditadura em potencial. Ambas as figuras – ordenamento e ditadura – existem orientadas para a realização de fins sociais nos quais importa a decisão, o *dictum* que funda a ordem e que ontologicamente deriva não de uma norma anterior, mas de um nada.⁷⁸ Derrida afirma que, em suas origens, a autoridade e a lei não podem se apoiar senão sobre si mesmas, configurando exemplos de uma “violência sem fundamento” que só terá êxito performativo quando conseguir justificar *amanhã* a violência de *ontem*.⁷⁹ Com efeito,

76 Não se trata aqui da *violência pura* aludida por Walter Benjamin e comentada na n. 82, mas sim de uma violência em estado puro, primevo, indeterminado, tal e qual a tinta para o pintor; ou melhor, a cor! Daí a inversão da expressão, de maneira a evitarmos confusões.

77 BENJAMIN, 2011, p. 156.

78 SCHMITT, 2009, p. 54.

79 DERRIDA, 2010, p. 26.

nada há antes da decisão fundadora. Nessa perspectiva, o Estado contemporâneo é um poder executivo – que decide e executa sua decisão –, importando-lhe muito mais o agir do que o deliberar,⁸⁰ com o que se atinge “[...] *el punto donde el derecho revela su verdadera naturaleza y donde, por motivos de conveniencia, acaban las atenuaciones admitidas de su carácter teleológico puro*”.⁸¹

Nesse aspecto, o decisionismo de Schmitt não se afasta do normativismo de Kelsen,⁸² que também alça a violência à categoria de experiência jurídica básica, sem a qual não se pressupõe a norma fundamental, visto que para tanto se necessita de um mínimo de eficácia.⁸³ Não concordamos com Ferreira quando ele sustenta que o caráter último da decisão soberana – que decide não apenas sobre o estado de exceção,

80 SCHMITT, 2009, p. 44.

81 SCHMITT, 2009, p. 27.

82 Nossa insólita aproximação entre Kelsen e Schmitt é compartilhada por Oswaldo Giacoia Junior, para quem ambos os autores tendem a inscrever, de maneira obsessiva, a violência no *nómos*. Tal postura difere da de Walter Benjamin, que em seu famoso ensaio de 1921, *Zür Kritik der Gewalt*, busca superar a dialética entre a violência que põe e a que mantém o direito. Tal se dá mediante uma aposta na violência pura, imediata, de caráter messiânico e revolucionário. Cf. GIACOA JUNIOR, 2008, p. 290 *et seq.* e BENJAMIN, 2011, pp. 155-156. No mesmo sentido, para Genet só é possível confrontar a brutalidade do Estado com uma violência ainda maior, “que é vida” e “exigente até o heroísmo” (GENET, 1977).

83 As Constituições originárias de vários Estados foram postas de maneira violenta e arbitrária por pessoas ou grupos que não tinham autorização ou legitimidade para tanto, tendo surgido no contexto de usurpações, conquistas e golpes de Estado. Nesse sentido, o normativismo kelseniano se contenta, para pressupor a norma fundamental, com a eficácia global da primeira Constituição histórica. Pouco importa à ciência jurídica os meios utilizados pelo poder para se impor: “*Coercion is to be applied under certain conditions and in a certain way, namely, as determined by the framers of the first constitution or by the authorities to whom they have delegated appropriate powers*” (KELSEN, 1992, p. 57.) Esta pode não ser uma interpretação simpática, mas é realista. O escopo central da teoria kelseniana consiste em descrever o direito como ele é e não como deveria ser. E ele é, gostemos ou não, violência organizada e monopolizada. Como se sabe, a organização da força pode se

mas também sobre a normalidade – não nos permite reconduzir sua autoridade à mera força.⁸⁴ A pergunta fundamental – não *quem* é a autoridade, mas *por que* a autoridade? – jamais é respondida na teoria de Schmitt. Trata-se de uma questão irrespondível, portadora e tradutora do vazio substancial característico da pós-modernidade centrada no sujeito que negou toda a transcendência e, à imagem e semelhança desse vazio, criou uma *ordenação formal do vácuo*. É significativo que em seu *Glossarium* Schmitt se refira ao direito como a “forma da guerra formalmente correta”,⁸⁵ opinião que é compartilhada com Kelsen, para quem “o direito é uma organização da força”.⁸⁶ Ao fim e ao cabo, o direito é sempre violência; ou sempre é também violência, tendo que conviver com a constante tentativa de superação e/ou mitologização desse seu caráter abismal.

Para Schmitt, o problema não é tanto o caráter violento de toda experiência social, tese que ele não apenas aceita, mas reivindica de modo insistente como especificamente sua, sem a qual é inclusive impossível a caracterização do político. O que o preocupa, levando-o a uma denúncia contínua e quase

efetivar de modo democrático ou autocrático. Analisar as condições que levam a uma ou a outra dessas formações é missão da Ciência Política e da Sociologia, não da ciência do direito conforme pensada por Kelsen, que se ocupa em descrever o poder já posto, estabilizado e formalizado enquanto norma jurídica, nunca a sua gênese social. Ao contrário, tal tarefa parece ser incontornável para Schmitt.

84 Cf. FERREIRA, 2004, p. 125 e, mais recentemente, retomando o tema para discutir o sentido de *nómos* como uma espécie de conceito-limite entre ser e dever-ser, força e racionalidade, FERREIRA, 2008, pp. 355-356. Podemos contrapor à leitura de Ferreira a de Bravo, para quem é observável certa “*tendencia que recorre El concepto de lo político a asociar la política genuina con la guerra y la violencia; [...] aunque la política schmittiana no sea equivalente a actividad bélica permanente, tiene siempre como referente necesario la guerra, la cual reviste el carácter de manifestación prototípica de la política moderna en Schmitt*” (BRAVO, 2011, p. LXX).

85 Entrada de 12 de outubro de 1947.

86 KELSEN, 2005, p. 29.

raivosa, é a *privatização da violência* efetivada por organismos não-estatais. Eis mais uma inesperada aproximação com o pensamento kelseniano. De acordo com Kelsen, o direito – e, por conseguinte, o Estado – somente se define a partir do momento em que se dá a monopolização da violência, que passa a ser organizada, ou seja, “normalizada”, se quisermos utilizar a terminologia de Schmitt. Para Kelsen, sem monopólio da violência não há direito e Estado, mas apenas revolução, situação precária que se verifica quando duas ou mais ordens sócio-normativas – mas ainda não *jurídicas* – lutam para se impor como única autoridade criadora de direito, *i. e.*, “soberana”. Schmitt pensa de maneira bastante similar, muito embora o tom agressivo de seus escritos possa nos enganar, levando-nos a separar suas polêmicas considerações das conceituações assépticas de Kelsen, as quais ostentam caráter epistemológico-descritivo e não propositivo, como ocorre com Schmitt.

Em textos centrais dos anos 20 e início dos 30, tais como *O Guardião da Constituição*, *Teoria da Constituição e Legalidade e Legitimidade*, Schmitt lança um apelo autoritário à agonizante República de Weimar, desvelando e criticando a privatização do político – e, portanto, da violência – que ameaçava a Alemanha com o fantasma da guerra civil. Segundo Schmitt, o Estado Parlamentar alemão, incapaz de tomar uma decisão sobre si mesmo – quer dizer, incapaz de se tornar *político* –, abandonou progressivamente o espaço da decisão soberana em favor de entidades que vivem à sombra da estatalidade e pretendem destruí-la ao privatizá-la, a exemplo dos partidos políticos profissionais e dos poderosos grupos econômicos, aos quais repugna o político, empenhados que estão em transformar o Estado naquilo que Max Weber antevira: uma grande empresa.⁸⁷ Ao espírito econômico – interessado

87 SCHMITT, 2005, p. 65.

em reduzir toda vivência pública concreta a questões de cálculo, tentando a todo custo banir a imprevisibilidade e a incomensurabilidade da vida – o político e o jurídico se mostram enquanto estranhas – porém perturbadoras – forças secundárias que precisam ser vencidas.⁸⁸ Renato Lessa tem razão ao definir sinteticamente o que ele chama de “princípio do terceiro excluído schmittiano”:⁸⁹ agonia pública – expressa na luta pelo político instaurada pela des-cisão que põe a formação amigo e inimigo – ou idiotia privada, *i. e.*, a perda da possibilidade de solução coletiva das controvérsias sociais, esvaziadas graças à apropriação egoística do mundo efetivada pelo econometrismo do *idiota* (do grego *idion*, o “próprio”).

A única maneira de superar essa desagregação e des-centralização da decisão – e, com isso, a perda do político – seria a sua monopolização por parte do Estado. Segundo Schmitt, o político não pode ser abandonado ao livre jogo das forças privadas, sejam elas partidárias ou econômicas, tal como ocorre sob a égide do inoperante Estado Parlamentar, incapaz de decidir sobre o amigo e o inimigo, o normal e o excepcional e, em última instância, sobre sua própria e contínua (re)fundação *na* e *com* a violência. Assumir o político mediante seu monopólio, opor-se ao “polipólio” do mundo privado-liberal composto por desejos atomizados e egoístas é, para o Estado, uma espécie de destino a cumprir, uma prova de maturidade ou rito (cíclico?) de (re)iniciação que, se não for satisfeito, o levará à morte, dissolvido diante da privatização – e isso em Schmitt só pode significar *desorganização* – da violência originária. Do mesmo modo que Kelsen apenas vê direito onde o Estado se revela enquanto monopolizador da violência, Schmitt só enxerga um verdadeiro

88 SCHMITT, 2011, p. 34.

89 LESSA, 2003, p. 44.

Estado – e não seu epígono liberal-parlamentar – ali onde o político foi reconduzido à sua esfera pública centralizadora, decidindo o soberano – e unicamente ele, imagem imediata do povo – sobre o inimigo.

O que importa na decisão da autoridade soberana schmittiana não é tanto a sua qualidade, nem a mitologia social que funda e muito menos a verossimilhança da inimizade que escolhe definir para se autodefinir, mas sim seu inegável caráter de *ultima ratio*. Em outros termos: o que confere caráter soberano a uma decisão é o fato de ser última e inapelável. Para fazer algum sentido, *decisão última* somente pode significar decisão que, se não cumprida, é forçosamente aplicada, quer dizer, violentamente concretizada. Decisão sem aplicação – em especial quando se trata de uma decisão última – não é, em absoluto, decisão. É ao domínio do fático que se orienta a qualificação de alguém enquanto soberano, pois só o é aquele que pode *decididamente* se impor como tal.

Se decisão não é apenas força, é, sem sombra de dúvida, força última, força qualificada. Pouco importa a precedência do direito ou da justiça (pensamento greco-romano), do Estado (Schmitt) ou a sua mútua interpenetrabilidade (Kelsen), visto que o critério que *confere* soberania é sempre o da violência última. Paradoxalmente, está é também uma violência originária. Eis a real importância da vivência da exceção: nela o direito se vê inteiramente diante de sua origem violenta, quer dizer, ele é constante e inevitavelmente reenviado à sua natureza irracional.

Por isso Agamben pôde definir a exceção enquanto estrutura originária mediante a qual o direito se refere à vida, incluindo-a em seus dispositivos por força da suspensão.⁹⁰ Dessa percepção deriva o acerto radical – e frequentemente incompreendido – de Schmitt, que escolhe a exceção como

90 AGAMBEN, 2010, p. 35.

momento de definição do direito, não obstante o fato de ela o suspender para lhe conferir real consistência. A tese da exceção enquanto momento originário do jurídico no pensamento de Schmitt⁹¹ foi enunciada por Agamben em *Homo Sacer I* nos seguintes termos:

A relação de exceção exprime assim simplesmente a estrutura originária da relação jurídica. A decisão soberana sobre a exceção é, neste sentido, a estrutura político-jurídica originária, a partir da qual somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem seu sentido. Na sua forma arquetípica, o estado de exceção é, portanto, o princípio de toda localização jurídica, posto que somente ele abre o espaço em que a fixação de um certo ordenamento e de um determinado território se tornam pela primeira vez possível.⁹²

Curiosamente, em *Homo Sacer II, 1* a “violência pura” que se segue ao “estado de exceção efetivo” – ambos os termos são utilizados no sentido proposto por Benjamin – não é vista por Agamben enquanto dado social originário, mas sim enquanto resultado do conflito característico do estado de exceção. À semelhança de um jogo, Agamben entende que não há, no que concerne à violência pura, uma situação original anterior ao início da partida. A violência pura seria então o resultado do próprio desenvolvimento das estratégias dos jogadores.⁹³

É essa contradição da obra de Agamben – que vê na exceção uma estrutura originária e no meio que a desativa o simples resultado de um lance de dados – que a próxima seção pretende explorar mediante uma releitura da teoria schmittiana da exceção, vista por Agamben como parcial e, em última instância, tendente à manutenção do direito,

91 Tal tese foi extensamente desenvolvida por GALLI, 1990.

92 AGAMBEN, 2010, p. 26.

93 AGAMBEN, 2004, pp. 93-94.

contrapondo-se à tese anárquico-messiânica de Benjamin.⁹⁴ Ao contrário, julgamos que a posição de Schmitt é mais radical e “realista”. Sem se perder nos delírios benjaminianos relativos à violência pura que, tal e qual o Messias, vem “fechar” a porta da lei e instaurar um novo tempo, Schmitt se preocupa em desvendar os arcanos da tessitura central da juridicidade, a qual só pode ser relacionada à violência, que é, afinal de contas, a própria vida, conforme vaticinou Jean Genet.⁹⁵

4. A exceção da exceção

4.1. O laboratório excepcional

O conceito schmittiano de soberano como quem decide sobre o estado de exceção parece ser completamente inútil em contextos de normalidade. Ao contrário de Schmitt, Kelsen não admite que a exceção possa comprovar algo, papel que caberia à regra. Para validar sua afirmação, Kelsen afirma que há Constituições que não prevêm o estado de exceção e, nem por isso, são menos “jurídicas”. Caso a teoria de Schmitt fosse aplicável, continua Kelsen, seria necessário concluir que os Estados organizados sob tais Constituições não são soberanos, o que lhe parece absurdo.⁹⁶ A crítica de Kelsen poderia ser facilmente rebatida mediante a concreta compreensão do estado de exceção, que não é uma medida jurídica prevista em textos constitucionais – a exemplo do estado de sítio e do estado de defesa –, mas sim um dos “estados da matéria” jurídico-política, ou seja, uma das configurações extremas e originais que a envolvem.

94 AGAMBEN, 2004, pp. 83-98.

95 GENET, 1977, p. 1.

96 KELSEN, 2012, pp. 18-19.

A análise da norma no laboratório da exceção é especialmente fértil. Fiel ao seu nome, a norma trabalha sob o pressuposto da normalidade. Assim, é óbvio que a norma apenas se aplica em situações normais. Mas ela não foi criada exatamente para gerar normalidade? Não seria essa sua única função? Já dizia Schmitt que não há norma aplicável ao caos, sendo necessário, enquanto pressuposto lógico para sua aplicação, a anterior existência de uma ordem, o que só se verifica graças à decisão soberana. Na realidade, a norma não funda a normalidade, mas apenas a *conserva* enquanto for possível.

A normalidade é fundada pela exceção, visto que “[...] somente porque a validade do direito positivo é suspensa no estado de exceção, ele pode definir o caso normal como âmbito da própria validade”.⁹⁷ A norma constitui sempre um *a posteriori*, um efeito e não uma causa da normalidade, mostrando-se epistemologicamente irrelevante para a cognição da originariedade do jurídico. Se a norma existe e opera – ou seja, *normatiza* –, não estamos diante da cena fundadora. Se a normalização ocorre ou está ocorrendo, há *algo* que a precedeu. Para existir, a norma pressupõe a normalidade que visa criar, dado que o elemento “normal” da ordem a ser regulada é um pressuposto de validade das normas.⁹⁸ Em síntese, normas valem apenas em situações normais, quer dizer, quando não são necessárias. Por seu turno, a exceção pode isolar a norma da situação normal que ela objetiva criar, entendendo-a em sua radicalidade e vacuidade fundamentais.

Daí o específico sentido da decisão soberana em Schmitt, visto que o soberano se constitui na passagem da exceção à normalidade e vice-versa, decidindo sobre

97 AGAMBEN, 2010, p. 24.

98 SCHMITT, 2007, p. 27.

a instauração da exceção ou não, pois tal hipótese ainda expressaria uma decisão sobre a exceção. O soberano decide inclusive sobre as maneiras de superar a exceção, seja tentando reconstruir a normalidade anterior, seja criando novas situações de normalidade⁹⁹. Com isso, percebemos que toda decisão sobre a exceção é também uma decisão sobre a normalidade. Segundo Ramón Campderrich Bravo, trata-se de uma escolha entre a “velha” e a “nova” normalidade,¹⁰⁰ ambas dependentes de exceções ditatoriais que as põem sob formas comissárias ou soberanas. Assim, “[...] *el sino forzoso del derecho positivo es la adaptación a la normalidad, determinada a su vez por la decisión soberana*”.¹⁰¹

Na particular genealogia schmittiana, o caos só pode ser vencido pela decisão que o nega mediante a afirmação da ordem concreta *a partir* da qual surge a normalidade. Nenhuma norma se aplica ao caos porque este conforma o domínio do completamente desorganizado. Entre o caos e a norma há um fosso que somente pode ser transposto pela *decisão excepcional* instauradora da ordem.¹⁰² Desse modo, não é o direito que modela o mundo social; ao contrário: o mundo social modela o direito. A obediência dedicada às normas jurídicas pelos homens é um efeito da normalidade, nunca sua condição.

Se a sociedade fosse sempre “normal”, a norma seria inócua, dado que o efeito que ela busca criar constituir-se-ia enquanto pressuposto de sua própria gênese. Mas as coisas não são assim: cada situação de aplicação normativa aparentemente normal pressupõe o excepcional, tem uma carga genética originária de violência – de indeterminação,

99 BRAVO, 2011, pp. LXIII e LXIV.

100 BRAVO, 2011, p. LXIV.

101 BRAVO, 2011, p. LXVI.

102 SCHMITT, 2005, p. 13.

de irracionalidade – moldada sob *espaços de exceção* que integram a normatividade. Daí o interesse de Schmitt – raro na doutrina jurídica tradicional – pelas situações originárias, capazes de oferecer pontos de vista privilegiados para a tarefa de se pensar o fundamento do direito.¹⁰³ Diferentemente da norma, a exceção cria as condições para a normalidade, ou seja, realiza o *télos* que, segundo a opinião comum, cabe apenas à norma efetivar, pondo-se lógica e historicamente enquanto condição inicial de qualquer normatização. Assim, o valor epistemológico da exceção é inegável, dado que ela inclui a si mesma e também a regra normal:

*The exception is more interesting than the rule. The rules proves nothing; the exception proves everything: It confirms not only the rule but also its existence, wich derives only from the exception. In the exception the power of real life breaks through the crust of a mechanism that has become torpid by repetition. A Protestant theologian [Kierkegaard] who demonstrated the vital intensity possible in theological reflection in the nineteenth century stated "The exception explains the general and itself. And if one wants to study the general correctly, one only needs to look around for a true exception. It reveals everything more clearly than does the general. Endless talk about the general becomes boring; there are exceptions. If they cannot be explained, then the general also cannot be explained".*¹⁰⁴

103 “Em tais situações [de origem do direito], não seria possível remeter a validade da ordem à estabilidade e à vigência das regras e das normas. Pelo contrário, a seu ver [o de Schmitt], a natureza originária dos processos constituintes resultaria do fato de que neles estaria colocada a necessidade de se criar as condições concretas em que normas se tornam aplicáveis aos fatos. Essas condições não seriam simplesmente deriváveis de princípios normativos antecedentes. Com isso, o direito seria obrigado a se confrontar com os aspectos extranormativos de sua própria validade, evidenciando a impossibilidade de uma ordem normativa ter seu fundamento em si mesma. Nas situações constituintes, portanto, o problema da validade e da legitimidade da ordem se transferiria para do plano de um juízo ético ou jurídico – incondicionado e puramente normativo – para as mediações concretas por meio das quais o direito ganharia a realidade histórica e social” (FERREIRA, 2008, p. 357)

104 SCHMITT, 2005, p. 15.

Não há dúvida de que Schmitt vê na contemporaneidade uma incontornável indeterminação que só pode ser remediada de modo precário pela decisão excepcional, fundadora do sentido social sempre mutável do político. É por isso que ele não reconhece qualquer fundamento normativo que anteceda a decisão soberana, a qual, nas suas palavras, nasce de um nada.¹⁰⁵ Nesse sentido, Lessa acentua o caráter de aposta presente na exceção. Ao romper com o paradigma aristotélico segundo o qual não é possível uma ciência dos acidentes, Schmitt alça a exceção ao primeiro plano epistemológico. Todavia, ele sabe perfeitamente que a exceção é incapaz, devido ao seu caráter *inantecipável* e *não repetitivo* – diferente da norma, previsível e rotineira –, de oferecer estruturas cognitivas prévias, racionais e gerais.¹⁰⁶ Schmitt compreende que “não é possível dar forma ao real sem reconhecer a sua intrínseca ausência de forma”.¹⁰⁷ Contudo, tal afirmação deve ser relativizada.

Se é certo que Schmitt não parte de uma ontologia prévia, não há dúvida de que, graças à sua “profissão de fé” em um significado lógico-metafísico que precede e fundamenta todas as decisões políticas, suas posições oscilantes ao longo dos anos 1920 tendem para uma postura “ontologizante”, dando lugar ao que Ferreira chama de *ontologia problemática*.¹⁰⁸ Na verdade, apenas mediante uma perspectiva radicalmente não-substancialista podemos confrontar o paradigma schmittiano da exceção. Para tanto, é preciso ler a obsessão de Schmitt com o potencial explicativo da “situação extrema” como um preconceito platônico similar ao da busca da essência na aparência.

105 FERREIRA, 2004, p. 189.

106 LESSA, 2003, pp. 54-55.

107 FERREIRA, 2004, p. 145.

108 FERREIRA, 2004, p. 191.

Nessa perspectiva, a exceção é, na obra schmittiana, uma *premissa metafísica* para se pensar radical e polemicamente a condição política da contemporaneidade, apresentando-se enquanto *interferência externa* no sistema de normalidade/legalidade característico do Estado Liberal.¹⁰⁹ Segundo Schmitt, ao perturbar a ordem supostamente autoinstituída, a exceção força o sistema liberal a se mostrar em sua nudez *essencial*. Parece-nos que tal maneira de entender o mundo social pressupõe por trás da aparência – ou seja, para além do modo como as coisas diuturnamente se revelam – um algo, um *quid* específico, uma essência ou substância última indissociável das coisas e que se revela apenas na experiência concreta da exceção. Quando menos, tal pressuposto ontologizante presente em Schmitt se comprovaria em sua concepção pessimista da natureza humana, intrinsecamente adversarial e negativa, sempre exigente da política enquanto forma de determinação e contenção de homens naturalmente maus e belicosos.

Assim, a *antropologia política* de Schmitt é similar a uma *ontologia em potência* que busca *algo* nas dobras do real para encontrá-lo no avesso do cotidiano, na exceção definidora do normal. Por meio da exceção é negada a subjetividade que dilui a ordem objetiva antes garantida pela teologia medieval. Todavia, Schmitt reconhece que já não é mais possível fundar o Estado em algo diverso da decisão soberana e autoritária que, contudo, à semelhança da mistificação teocrático-cristã, é vazia.

Obviamente, tal reproche somente se sustenta quando ancorado a um ceticismo e a um materialismo radicais, estranhos aos hábitos intelectuais de Schmitt. Mais do que notar a fenomenologia das coisas reais, o seu ser que se desvela à maneira do *desencoberto* de Heidegger, a crítica que ora an-

109 FERREIRA, 2004, pp. 175-176.

tepomos a Schmitt assume sem reservas a indecidibilidade essencial do universo humano, em constante movimento contraditório – no sentido de Heráclito, não no de Hegel e seus epígonos; o efésio conhece a irrepetibilidade do *um* e do *outro*, que jamais se congregarão ou se suprassumirão em um *tertio* absoluto.¹¹⁰ Abandonada ao seu vogar incerto, arracional e amoral, a experiência jurídica – normal ou excepcional – é incapaz de ter uma presença significativa no mundo social, resolvendo-se em violência, conclusão a que chegaram Kelsen e Schmitt por caminhos muito diversos.¹¹¹ Entretanto, apesar do seu *ontologismo de fundo*, a análise de Schmitt é vigorosa e pertinente. Ao centralizar o foco de seus estudos na exceção, ele descobre o caráter violento do direito, algo sistematicamente negado pelo suposto “racionalismo” do Estado Liberal, herança ideológica agora assumida pelo Estado Democrático de Direito sob as cínicas roupagens da “razão comunicativa” e da “teoria da argumentação jurídica”.

4.2. A exceção permanente

Se for correta a ideia de Schmitt segundo a qual apenas na exceção os diversos tipos de Estado – Legislativo (*Gesetzgebungsstaat*), Jurisdicional (*Jurisdiktionsstaat*), Administrativo (*Verwaltungsstaat*) e Governativo (*Regierungsstaat*) – revelam seus núcleos centrais, desembaraçando-se dos aspectos ine-

110 Para uma discussão acerca da dialética de Heráclito e sua profunda diferença em relação ao sistema teológico-cristão de Hegel, cf. MATOS, 2011, pp. 95-108.

111 “No pensamento de Schmitt, essa imagem do homem como um ser ‘problemático’ é indissociável da exceção como categoria a partir da qual a realidade política é pensada: afirmar a periculosidade do homem é admitir a impossibilidade de superar os antagonismos entre grupos humanos e assumir a indeterminação como uma condição da existência política” (FERREIRA, 2004, p. 190).

vitavelmente mistos que em tempos normais tornam difícil falarmos em formas estatais puras, é igualmente verdadeiro que no momento da exceção se põe a descoberto não apenas o substrato excepcional de todo direito, mas também sua natureza violenta. É por meio dessa chave de leitura que podemos sublinhar as virtualidades soberanas da exceção não só em sentido ôntico, mas principalmente epistemológico, pois a exceção é a situação que melhor permite a visualização do direito e do Estado. Assim, a exceção é um dos termos irreduzíveis dos dualismos conceituais que conferem essa inconfundível e peculiar *vitalidade agonística* ao discurso de Schmitt, entre os quais se pode citar as díades afirmação/negação da ordem, definição da racionalidade normativa/reconhecimento da irracionalidade das relações de força, generalidade abstrata do direito/particularidade concreta do político etc.¹¹²

Enquanto estrutura original, a exceção não é um movimento ou episódio vicioso que ciclicamente se apodera do Estado de Direito. Na verdade, ela o integra; sem a exceção seria impossível a ação normalizante do direito, que age em um complexo e refinado jogo de luzes e sombras. Daí deriva um importante problema: se a exceção é constituinte da experiência jurídica, o que ocorre quando ela deixa de “jogar o jogo” com a normalidade e passa a se impor enquanto regra? Em outras palavras: o *estado de exceção permanente* é ainda uma realidade jurídica? Estamos diante de um impasse não apenas lógico – quando a exceção, à força da repetição e da continuidade, se transforma em regra –, mas político: se a exceção se tornou permanente, a decisão política constitutiva do inimigo precisa atuar indefinidamente no tempo, com o que se instaura uma situação – real ou potencial – de guerra sem fim, de perseguição ilimitada e de decisionismo

112 FERREIRA, 2004, p. 266.

absoluto e, por isso mesmo, vazio, eis que não delimitado pela possibilidade de retorno à normalidade.

Frisemos que a expressão *estado de exceção permanente* possui dupla significação. Em um primeiro sentido, a exceção é permanente – e sempre será – enquanto manifestação da força originária presente no direito. Qualquer norma ou ato jurídico, por mais geral, abstrato e regulado que pareça, traz em si o DNA da violência característica do estado de exceção. Nessa primeira acepção, de caráter *ontológico*, dizemos que a exceção é permanente porque ela constitui a experiência jurídica concreta. Outro é o sentido *cronológico* do termo, correspondendo ao exato contrário do que acabamos de dizer. Se no sentido ontológico é necessário o jogo e a comunicação entre exceção (*Notstand*) e normalidade (*normale Zustand*), o sentido cronológico remete a situações em que deixa de existir tal dialética, dilatando-se a exceção no tempo e no espaço do direito sem qualquer referência significativa à normalidade. No sentido ontológico a exceção permanente convive, se mistura e ganha concretude graças à *diferença* instaurada em relação à normalidade. Todavia, no sentido cronológico tal diferença deixa de existir, visto que exceção e normalidade se fundem em uma única experiência insustentável: a exceção *propriamente* permanente, que da exceção originária guarda o caráter de *suspensão do usual* e da normalidade aufere o caráter de permanência e indefinida continuidade.

A máxima indeterminação da exceção permanente se opõe à guerra, entendida como total e extremada determinação identitária existencial. De acordo com Schmitt, a guerra nada mais é do que a experimentação, em grau máximo, da distinção amigo/inimigo, tratando-se, portanto, de um fenômeno político. Por isso a guerra só pode nascer de certa ordem ou ter por finalidade sustentar alguma ordem. Mas se a política se torna impossível em razão da privatização

da decisão soberana efetivada por organismos econômicos, esvaziando-se assim os conflitos políticos significativos, surge uma situação de completa indiferenciação em que a falta da formação amigo/inimigo age como catalisadora da recaída dos grupos humanos em um verdadeiro estágio de natureza, que já não é pré-normativo, mas anômico.¹¹³

Entretanto, o exercício da decisão soberana não se reduz a uma “memória do estado de natureza” sob a ordem civil.¹¹⁴ Schmitt não é um entusiasta do irracionalismo e do decisio-

113 Tal aproximação entre o estado de exceção permanente e o estado de natureza nos foi inspirada pela certa percepção de Lessa no que concerne ao tema da guerra na obra de Schmitt. Conquanto extenso, o trecho merece ser citado por inteiro: “A centralidade das idéias de amigo, inimigo e combate autoriza a seguinte pergunta: como seria um mundo sem qualquer possibilidade de guerra? Para Schmitt, tratar-se ia de *um mundo sem política*. Mas, há mais do que isso. Dada a natureza adversarial da conduta humana, aquele seria um mundo, além de impossível, totalmente desprovido de distinções e de sentido. [...] Em tal mundo matariamos em nome de nossas fruições íntimas, mas não haverá nenhum referencial público que delimite com clareza quando estamos autorizados a verter sangue – o nosso e o alheio – e matar outros seres humanos. Nesse mundo sem política e sem guerra opera uma *belicose* movida por apetites privados: um mundo sem guerra é o estado de guerra. A *belicose* humana deve ser regulada pela nítida e pública definição de amigos e inimigos. Do contrário, a idiotia privada cuidará de erradicar seus desafetos. O mundo sem política e sem guerra, portanto, não será um mundo pacífico. O requisito necessário da paz é a presença da distinção” (LESSA, 2003, pp. 48-59).

114 Nas exatas palavras de Ferreira, conquanto não concordemos com algumas delas conforme visto anteriormente: “Ainda que não possa ser deduzida das normas jurídicas, a decisão soberana extrairia sua razão de ser de um vínculo com o direito e com uma ideia de racionalidade jurídica. Concebê-la exclusivamente como uma mera manifestação de força e poder significaria a anulação da sua qualidade especificamente jurídica; significaria, em última análise, renunciar à pretensão que tem o direito de governar a existência concreta. A decisão soberana se distinguiria de uma imposição arbitrária e ocasional pelo fato de criar as condições concretas da vigência do direito, introduzindo na situação a ser governada algum grau de previsibilidade e estabilidade. No nada normativo do estado de exceção, o estabelecimento de uma situação normal está associado à exclusão das decisões alternativas e, portanto, das possibilidades conflitantes de ordem. A constituição da normalidade implica a determinação de um sentido para o interesse público e, portanto, a conformação da realidade a partir de uma determinada ideia de ordem” (FERREIRA, 2004, pp. 276-277).

nismo puro e simples. Sua defesa da exceção e do político apenas ganha significado diante da normalização artificial pretendida pelo liberalismo, o qual seria, para Schmitt, um movimento apolítico. Ao contrário do que querem os liberais, o direito ganha existência concreta mediante a exceção soberana que, para fundar a ordem, tem que primeiro negá-la. A decisão sobre a exceção ignora o direito a fim de efetivá-lo:¹¹⁵ sua realização (*Rechtsverwirklichung*) resulta de um processo de contínuo reconhecimento da indeterminação social, cuja superação, sempre precária, se dá pela doação de sentido operada pelo momento superior e fundante do político.

A auto-implicação exceção/normalidade é uma das chaves características do pensamento de Schmitt, que compreende perfeitamente bem o caráter inovador de seu projeto intelectual. Por não reconhecer a exceção, a doutrina alemã do Direito Público de sua época somente pôde pensá-la de modo unilateral, identificando-a com o não-direito. Schmitt fecha seu prefácio à segunda edição da *Teologia Política* afirmando que a resposta da doutrina tradicional, quando confrontada com a exceção, é uma simples e ilusória constatação do fim do Estado de Direito.¹¹⁶ Na realidade, ocorre exatamente o contrário: graças à exceção vivenciamos a origem apocalíptica da ordem jurídica, a qual é precedida pelo Estado que, em Schmitt, possui prioridade lógica e ontológica em relação ao direito. Ao suspender o direito, a exceção que se processa no Estado realiza uma disjunção dos dois elementos da *ordem legal* dita normal: permanece certa *ordem* que já não é, contudo, *legal*,¹¹⁷ mas sim fundadora do direito.

A ordem, “resultado de uma mediação entre a indeterminação concreta das relações políticas e a abstração

115 SCHMITT, 2009, p. 27.

116 SCHMITT, 2005, p. 4.

117 SCHMITT, 2005, pp. 12-13.

transcendente da ideia de unidade”,¹¹⁸ é a fundadora do mais essencial dos dualismos de Schmitt: normalidade e exceção. Por isso o direito pode se revelar na história – processo que, segundo Schmitt, é sempre contingente, marcado por soluções irrepetíveis para situações igualmente únicas – enquanto inexaurível *ordenador do real* e não como mera forma estática.¹¹⁹ Mediante grande esforço, o direito tenta garantir “fragmentos de ordem pacífica”¹²⁰ que só podem ser postos, ainda que provisoriamente, graças ao jogo entre exceção e normalidade. Mas – repetimos a questão antes levantada – e se um dos pólos dessa dialética da (in)determinação falta? E se há apenas horizontes e práticas indeterminantes? Eis o problema da exceção permanente, experiência com que se perde toda possibilidade de enxergar a exceção enquanto forma determinada pela normalidade e, por outro lado, a normalidade como forma a se indeterminar pela exceção.

A exceção permanente põe uma *indeterminação da indeterminação* profundamente não-relacional, na qual nem o político e muito menos o jurídico podem agir, instaurando-se um tempo verdadeiramente anômico, ou melhor, um não-tempo em que se está diante da duração pura e simples do real. Sua violência constitutiva já não é mediada por qualquer sentido social, seja absoluto, relativo ou crítico. Quando a exceção concreta da ditadura já não se relaciona a um fim a ser alcançado, a um direito a ser criado ou recriado, quando ela perde sua condição de meio e se torna fim em si mesma, a distância que limita exceção e violência deixa de existir. Ambas se fundem:

La dialéctica interna del concepto radica en que mediante la dictadura se niega precisamente la norma cuya dominación debe ser asegurada en la realidad político-histórica. [...] Una dictadura que no se hace depen-

118 FERREIRA, 2004, p. 183.

119 NICOLETTI, 1990, p. 136.

120 NICOLETTI, 1990, p. 528.

*diente de un resultado a alcanzar, correspondiente a una representación normativa, pero concreta, que según esto no tiene por fin hacerse a sí misma superflua, es un despotismo cualquiera.*¹²¹

No final de *Legalidade e Legitimidade*, Schmitt reconhece que o único elemento capaz de diferenciar a “lei normal” da “medida excepcional” é a duração.¹²² A lei é feita para durar, ao contrário da exceção, situação de emergência que objetiva realizar um fim específico; tendo-o concretizado, ela se retira do cenário político-jurídico. Quando a exceção se torna permanente, é exatamente esse aspecto que acaba vulnerado. Pretendendo durar não apenas indefinidamente, mas *por todo o tempo*, a exceção assume o aspecto específico da lei, dando origem a um híbrido que só pode ser nomeado por meio do oxímoro *exceção permanente*: trata-se de uma *lei de exceção* e não mais da *exceção da lei*.

Na exceção permanente assistimos à perda de todo sentido do social. Em tal situação, nada há para além da tutela dos corpos *decididamente* individuais, perdendo o jurídico o seu caráter problemático diante do político. Com efeito, o direito passa a comparecer à realidade enquanto mera relação factual de força, visto que não é possível, sob a exceção permanente, a criação de narrativas sociais minimamente voltadas para horizontes normativos. Tudo se volatiliza na indeterminação ontológica da violência que, em tempos normais, o político e o jurídico, cada qual ao seu modo, lutam não para encobrir, mas para transvalidar. Quanto ao econômico, compreendido como domínio da pura violência privada, vemos seu desabrochar.

A violência dirigida a certa finalidade pelo político pode ser chamada de *força*. É essa dimensão diretora e definidora que escapa à exceção permanente, conforme

121 SCHMITT, 2009, p. 26.

122 SCHMITT, 2007, p. 89.

esclarece Michel Onfray, pensador muito distante da tradição autoritária de Schmitt, mas que em sua virulenta crítica da submissão do político em face do econômico¹²³ chega às mesmas conclusões do jurista alemão: “A força se distingue da violência, pois a primeira sabe aonde vai, e a segunda se submete aos impulsos selvagens que a habitam. O capitalismo é uma violência, a política uma força. E a segunda serve como único remédio para a primeira”.¹²⁴

Aqui opera mais um dos paradoxos intuídos por Schmitt: por querer impor à realidade político-jurídica *estruturas de medição matemático-mecânicas* – ou seja, calculadas de modo pretensamente objetivo –, a exceção econômica permanente torna impossível toda e qualquer *ordenação significativa*, abrindo as portas para a completa indeterminação característica da violência originária. A medida do social e do jurídico, domínios intrinsecamente *incomensuráveis* – exatamente por isso eles são solos férteis para a fundação de projetos coletivos –, só se dá no político, que apresenta caráter público e excepcional-estabilizador. Como vimos, exceção e normalidade são termos coimplicados e coordenados. Por sua vez, a exceção econômica permanente, sendo radicalmente privada, nega o político sob o pretexto de medi-lo, quer dizer, categorizá-lo em termos de perdas ou ganhos, prejuízos ou lucros, *déficits* ou *superávits*. Com tal operação obtém-se exatamente o contrário do almejado: carente de *medida política*, a sociedade mergulha em sua originariedade violenta. Graças à supremacia do econômico, desaparece o governo para que, na irônica expressão de Schmitt, as coisas se governem por si mesmas. E se restar algum vestígio de direito, tratar-se-á fatalmente de institutos desfigurados do Direito Privado – noções de contrato e de propriedade privada, por exemplo

123 ONFRAY, 2001, pp. 91-119.

124 ONFRAY, 2001, p. 117.

– sem a necessária mediação do direito decisivo, *i. e.*, o Direito Público.¹²⁵ Todavia, o elemento político permanece vivo até mesmo na exceção econômica, como que em animação suspensa e pronto para ser reativado. É que, conforme nota Derrida, “[...] se o cálculo é o cálculo, a *decisão de calcular* não é da ordem do calculável, e não deve sê-lo”.¹²⁶

5. À guisa de (in)conclusão

A presença da exceção econômica permanente nos parece brutal porque ela suspende o caráter apocalíptico – destruidor, mas também revelador – da exceção política, colocando-nos diante de uma estrutura *en abîme* que, incapaz de apontar para a normalidade, prepara *continuamente* a exceção da exceção e a suspensão da suspensão, inserindo-nos no puro movimento já não mais do poder – que, no fim das contas, precisa ser mediatizado –, mas da pura violência. É essa disposição barroca – verdadeiro *trompe-l’oeil* da sociabilidade – característica da exceção permanente que torna difícil, quiçá impossível, sua assimilação pelos juristas. Esses antiquados personagens tentaram aplicar os velhos matizes do controle ao campo específico da exceção política, tarefa que se mostrou vã,¹²⁷ conforme vimos no item 1.2 deste artigo. Da mesma maneira, fracassam as análises e tentativas de controle jurídico clássico diante da permanência da exceção concreta instituída pelo econômico. “*La máquina no tiene tradición*”,¹²⁸ adverte Schmitt. O domínio econômico privado desconhece qualquer noção que, a exemplo de *interesse público, povo, direito e exceção/normalidade*, se afaste da perfectibilidade abstrata do sistema de trocas.

125 SCHMITT, 2011, pp. 34-35.

126 DERRIDA, 2010, p. 46.

127 SCHMITT, 2009, p. 28.

128 SCHMITT, 2011, p. 34.

De modo a comprovar a inoperabilidade do pensamento jurídico tradicional diante da permanência da exceção, vale a pena recordar a “receita” que Carl Friedrich oferece para impedir que a exceção se torne a regra, notando que um excesso de controle importaria em ineficácia da exceção, enquanto, por outro lado, sua ausência geraria a exceção permanente. Para evitá-la, assevera Friedrich, é preciso respeitar quatro regras: a) o soberano que decide sobre o estado de exceção deve ser nomeado por um terceiro; b) o início e o fim dos poderes excepcionais também devem ser definidos por um terceiro; c) tais poderes devem ser conferidos ao soberano por um período estritamente determinado; d) a finalidade da exceção deve ser manter – e nunca substituir – a ordem constitucional vigente. Friedrich conclui que os poderes excepcionais devem ser largos, mas as condições para sua utilização, restritas.¹²⁹

A simples leitura dessas quatro “regras” demonstra a incapacidade do direito de regular a exceção, pondo-nos diante da força corrosiva da milenar pergunta de Juvenal, revivida na contemporaneidade em *Watchmen*, épico anti-heroico de Alan Moore: “*quis custodiet ipsos custodes?*”¹³⁰ Ora, se há um terceiro que decide *quem* é o soberano (regra a), *qual* é o limite temporal de seus poderes (regras b e c) e a *que* finalidade eles servem (regra d), é este terceiro o verdadeiro soberano, seja ele um órgão executivo, jurisdicional, legislativo, religioso, revolucionário etc. Se o terceiro é o verdadeiro soberano – raciocinaria o jurista, desde o berço habituado com a recorrência mecânica de conceitos vazios e inefetivos –, a ele devem ser aplicadas novamente as quatro regras de Friedrich, o que geraria – ou melhor, revelaria – um novo terceiro-soberano, e assim indefinidamente, *ad infinitum*.

129 FRIEDRICH, 1958, pp. 399-400.

130 IUVENALIS, *Satire*, VI, 346-348.

Inspirada pelo *desespero de controle*, a análise jurídica da exceção nos levaria sempre mais fundo – mas jamais *ao fundo* – da chocante experiência de observar o caráter último do direito: intranscendente, violento, sem sentido – como a própria vida – e, ainda assim, profundamente necessário para nós, seres humanos que estamos a um passo tanto da bestialidade quanto da divindade. Se vamos nos submergir em um desses pólos, no alfa ou no ômega do alfabeto que é a própria *existência*, a um só tempo concreta e abstrata, factual e ideal, una e múltipla, só a *escolha* – e a *decisão soberana* que dela advém – pode nos dizer.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

ANANIADIS, Grigoris. Carl Schmitt and Max Adler. In: MOUFFE, Chantal (org.). *The challenge of Carl Schmitt*. Londres: Verso, 1999.

ARISTÓTELES. *Política*. Ed. bilíngue grego/português. Nota prévia de João Bettencourt da Câmara. Prefácio e revisão literária de Raul M. Rosado Fernandes. Introdução e revisão científica de Mendo Castro Henriques. Trad. e notas António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Índice de conceitos e nomes de Manuel Silvestre. Lisboa: Vega, 1998.

ARRIGUCCI JR., Davi. Quando dois são três ou mais. In: BORGES, Jorge Luis; CASARES, Adolfo Bioy. *Crônicas de Bustos Domecq. Novos contos de Bustos Domecq*. São Paulo: Globo, pp. 7-27, 2010.

BEAUD, Olivier. Le souverain. In: *Pouvoirs*, n. 67, 1993.

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. Org., apresentação e notas Jeanne Marie Gagnebin. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades/Editora 34, pp. 121-156, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Azougue: São Paulo, 2009.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. In: *Kriterion: revista de filosofia*, v. XLIX, n. 118 (número especial dedicado a Carl Schmitt), pp. 401-416, jul./dez. 2008.

BRAVO, Ramón Campderrich. *Catolicismo romano y forma política: manifiesto político-eclesial y pieza del engranaje decisionista*. Estudio preliminar a: SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano y forma política*. Trad. y notas Pedro Madrigal. Madrid: Tecnos, pp. IX-LXXXVIII, 2011.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'état*. Tome I. Paris: CNRS, 1962.

CASSIRER, Ernst. *Filosofia das formas simbólicas I: a linguagem*. Trad. Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASTBERG, Frede. Le droit de nécessité en droit constitutionnel. In: *Mélanges Gidel*. Paris: Sirey, 1961.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: De Boccard, 1923.

FERREIRA, Bernardo. O *nomos* e a lei: considerações sobre o realismo político em Carl Schmitt. In: *Kriterion: revista de filosofia*, v. XLIX, n. 118 (número especial dedicado a Carl Schmitt), pp. 327-366, jul./dez. 2008.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Hori-

zonte: Universidade Federal de Minas Gerais; Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso dado no Collège de France (1977-1978). Ed. Michel Senellart. Dir. François Ewald e Alessandro Fontana. Trad. Eduardo Brandão. Rev. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *La démocratie constitutionnelle*. Trad. Andrée Martinerie, André Bertrand *et al.* Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

GALLI, Carlo. *Genealogia della politica*: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno. Bologna: Il Mulino, 1996.

GENET, Jean. Violence et brutalité (à propos de la “Rote Armee Fraktion”). In: *Le Monde*, n. 10.137, pp. 1-2, 02 set.1977.

GIACOA JUNIOR, Oswaldo. Sobre direitos humanos na era bio-política. In: *Kriterion*: revista de filosofia, v. XLIX, n. 118 (número especial dedicado a Carl Schmitt), pp. 267-308, jul./dez. 2008.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Sirey, 1929.

HOERNI, Robert. *L'état de nécessité en droit public fédéral suisse*: étude juridique sur les pleins pouvoir. Genève: s./ed., 1917

JUVENAL. *Satires*. 8. ed. rev. et corr. Trad. e texte établi par Pierre de Labriolle et François Villeneuve. Paris: Les Belles Lettres, 1964.

KELSEN, Hans. *Introduction to the problems of legal theory*. Trad. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon, 1992.

KELSEN, Hans. *Secular religion*: a polemic against the misinterpretation of modern social philosophy, science and politics as “new religions”. Wien/New York: Springer, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LESSA, Renato. In: A política como ela é... Carl Schmitt e o realismo político como agonia e aposta. In: LESSA, Renato. *Agonia, aposta e ceticismo: ensaios de filosofia política*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, pp. 15-61, 2003.

MATHIOT, André. La théorie des circonstances exceptionnelles. In: *Mélanges Mestre*. Paris: Sirey, 1956.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Direito, política e símbolo: elementos para uma crítica do direito público contemporâneo. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, pp. 167-188, jan./jun. 2011.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *O grande sistema do mundo: do pensamento grego originário à mecânica quântica*. Belo Horizonte: Crisálida, 2011.

NICOLETTI, Michele. *Trascendenza e potere*. Brescia: Morcelliana, 1990.

NIZARD, Lucien. *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1962.

PLATON. *Oeuvres complètes*. 2 vols. Trad. et notes Leon Robin avec la collaboration de M. J. Moreau. Paris: Gallimard, 1950.

POLÍBIOS. *História*. Trad. e introdução Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

SÁ, Alexandre Franco de. *O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009.

SAINTE-BONNET, François. *L'état d'exception*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano y forma política*. Trad. y

notas Pedro Madrigal. Madrid: Tecnos, 2011.

SCHMITT, Carl. *Ex captivitate salus*: experiencias de la época 1945-1947. Ed. Julio A. Pardos. Trad. Anima Schmitt de Otero. Madrid: Trotta, 2010.

SCHMITT, Carl. *Glossarium*: Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951. Ed. Fr. von Medem. Berlin: Duncker & Humblot, 1991.

SCHMITT, Carl. *La dictadura*: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz García. Madrid: Alianza, 2009.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político/Teoria do partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHMITT, Carl. *Political theology*: four chapters on the concept of sovereignty. Trad. George Schwab. Chicago: University of Chicago, 2005.

Recebido em 18/07/2012.

Aprovado em 28/09/2012

Andityas Soares de Moura Costa Matos

Revista Brasileira de Estudos Políticos

Faculdade de Direito da UFMG

Avenida João Pinheiro nº 100

Edifício Professor Vilas-Boas, sala 1107

Centro, Belo Horizonte, MG

30130-180 – BRASIL

E-mail: andityas@ufmg.br