

4

Exceção permanente: uma categoria para pensar a Teoria Constitucional no século XXI

Sumário do capítulo: 4.1. Origens: Carl Schmitt e a República de Weimar; 4.2. De 1945 a 2001: uma síntese dos novos rumos; 4.3. Revitalização: o debate norte-americano sobre a constituição de emergência; 4.4. (Re)construindo a exceção.

Exceção permanente, sustentamos, não se restringe a trazer à mente um contexto sócio-político-econômico. Consubstancia mesmo uma categoria útil à reflexão em teoria constitucional no início do século XXI.

Neste capítulo, destarte, espera-se sedimentar a conclusão de que enfrentamos, hoje, no mundo, um contexto transformador da normatividade autônoma que mantém a realidade como dado exterior à constituição. É o que sinalizada, de modo expresso, o ressurgir do discurso emergencial (ou de exceção) nos Estados Unidos da América pós-09/11. Além disso, percorrendo as origens da exceção em Schmitt almeja-se (re)construir, com Agamben, a categoria – adjetiva, agora, pela permanência e direcionada à reconstrução do normativo, à exposição da imanência entre vida e norma, da zona de indiscernibilidade não apreendida, em sua totalidade, pelo discurso jurídico-constitucional que, por si só, é incapaz de conquistas emancipatórias e, por isso, deve proporcionar maior abertura à política.

4.1

Origens: Carl Schmitt e a República de Weimar¹

Terminada a Primeira Guerra Mundial, em um contexto marcado pela desordem interna e por significativa fragmentação política, submetida às restrições do Tratado de

¹ Para uma visão geral da doutrina constitucional alemã sobre o estado de emergência ou de exceção, confira-se JAKAB, A., *German Constitutional Law on State of Emergency – Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse*, 2006.

Versalhes e perante a ascensão do comunismo russo, a Alemanha redigiu sua constituição.²

De acordo com Gilberto Bercovici, a Constituição de Weimar, denominada “compromisso constitucional”, era criticada, principalmente, porque além de traçar a estrutura básica do Estado, em consonância com as constituições erigidas sob a tradição liberal, adotava em sua segunda parte um rol de direitos fundamentais individuais e sócio-econômicos que se identificariam com as pretensões da esquerda social-democrata e comunista.³

A Constituição de Weimar pôs fim ao Segundo *Reich*, mas não ao legado autoritário e militar do Império. A instauração de uma democracia liberal após a Primeira Guerra Mundial não era evidente na Alemanha. A social democracia representada pelo SPD (Partido Social Democrata) e pelo USPD (Partido Social Democrata Independente) – sua dissidência à esquerda – o partido católico, de centro, e o partido democrata (DDP – Partido Democrata Alemão) compunham a maioria na Assembléia Constituinte, debatendo o projeto de constituição elaborado por Hugo Preuss, no qual não havia capítulo relativo aos direitos fundamentais. Foi na constituinte, em face da proposta de Friedrich Neumann, que se acrescentou a segunda parte da constituição, estabelecendo-se os direitos e deveres dos alemães.

Aboliu-se o governo monárquico do Império e a soberania restou expressamente conferida ao povo alemão. À semelhança da constituição anterior, contudo, manteve-se a forma federal de Estado com caráter centralizador.⁴ O art. 48 da Constituição de Weimar, na trilha do art. 68 da Constituição do Império, autorizava o presidente a tomar

² Sobre o contexto daquele período esclarecem, de forma resumida, Igor de Abreu e Manuela Martins em DUARTE, F.; VIEIRA, J. R., op. cit., p. 181 *passim*.: “O período entre as Guerras Mundiais representou uma época de crise para os Estados da Europa central, não só de suas Constituições mas, também dos seus próprios Estados; estes, à época, imersos em um processo de transformação social (...). As bases da transição estatal se apresentaram na Alemanha de um modo bem distinto. (...) A população e o território da Alemanha permaneceram sustentavelmente inalterados. Seus problemas existenciais surgiram por outros motivos. Num ponto estava a transformação da identidade como estado: a Alemanha, que antes havia reivindicado a grandeza e o prestígio internacional de sua nação, havia sido uma monarquia constitucional; entretanto, a Alemanha que havia capitulado e que havia firmado humilhante tratado de paz era uma república nascida de uma revolução (...) A Alemanha era uma nação, porém uma 'nação dividida' e, no fundo, partida. Seu principal problema residia no fato de que o novo ordenamento político, instaurado com a república democrática, devia renunciar precisamente à sua função mais importante, a de unir eficazmente uma nação dividida (...) A Alemanha, em comparação, resistiu bem à derrota militar e, inclusive experimentou imediatamente depois da guerra, uma moderada melhora. Assim, a crise econômica e política só atingiu a República de Weimar a partir de 1920, potencializada posteriormente pelas *débâcles* institucionais de 1931/1932. Este processo econômico teve efeitos óbvios sobre a legitimidade política e a estabilidade dos Estados”.

³ BERCOVICI, G., *Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar*, p. 25 et. seq..

⁴ Nesse sentido JACONBSON, A. J.; SCHILINK, B. (orgs). *Weimar: A jurisprudence of crisis*, 2002.

as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública se houvesse séria ameaça. Poderia, assim, valer-se das forças armadas e suspender direitos fundamentais.

A fragmentação ideológica da Constituição de Weimar estava na base da argumentação de seus críticos. Para Carl Schmitt, àquele tempo principal opositor da constituição, nela havia numerosos dispositivos que não representavam uma decisão política e, por conseguinte, prejudicavam a construção de uma comunidade nacional homogênea.

Sua crítica estava centrada, principalmente, em dois argumentos: (i) na noção de soberania como poder de decidir no estado de exceção e (ii) na crença de que o “espírito”, a vontade do povo, somente se revelaria se houvesse homogeneidade/totalidade. Nessa direção salientam Igor de Abreu e Manuela Martins: “[a] propósito, o pensamento de Carl Schmitt (1996), nesses anos 20 do século passado, apela para uma 'democracia homogênea' ou uma forma depurada de Estado de exceção”.⁵

Quanto à **soberania**, é dizer, inicialmente – sem descuidar, com isso, das dificuldades contemporâneas do conceito moderno, associado à dicotomia interno e externo e aos Estados caracterizados por territórios delimitados e compostos por agrupamentos relativamente homogêneos e identificáveis – que as noções nela abarcadas não só facilitam a intelecção da exceção soberana schmittiana como reforçam a existência da aporia concernente à tensão entre norma e vida. Vejamos.

Existiriam, de acordo com Nicola Matteucci, duas acepções fundamentais de soberania na perspectiva político-jurídica. Em *sentido amplo*, “(...) o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra esse poder supremo, exclusivo e não derivado”.⁶ A soberania, aí, revela-se como racionalização jurídica capaz de explicar a “transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito.”⁷ Nessa acepção, a despeito das diferentes formas de organização histórica, assinala-se um poder último de mando legitimamente aceito e distinto de associações como a família.

Com o nascimento do Estado ter-se-ia, de acordo com Matteucci, o *sentido estrito*

⁵ DUARTE, F.; VIEIRA, J. R., op. cit., p. 191.

⁶ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Dicionário de política*, p. 1179.

⁷ Idem.

de soberania: “o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política”.⁸

Na sua acepção ampla, soberania relaciona-se com a paz e a guerra e o soberano, titular do poder último, pretende ser exclusivo, onicompetente e onicompreensivo; somente ele pode intervir em todas as questões e não permitir que outros decidam.

Isso é incorporado no sentido estrito da soberania, no Estado, pela distinção entre interior e exterior. Internamente, o soberano moderno elimina os poderes que lhe são contrários, “procura a eliminação de conflitos internos, mediante a neutralização e a despolitização da sociedade, governada de fora, mediante processos administrativos, antítese de processos políticos”.⁹ Externamente, decide, em relativa igualdade com outros soberanos, a guerra ou a paz. Pela referência ao sentido estrito de soberania avista-se, além do mais, a problemática de o soberano criador da lei não ser por ela limitado. Ao poder soberano, à capacidade última de mando que restou identificada com o Estado são atribuídas características de poder absoluto, perpétuo, indivisível, inalienável e imprescritível, um poder originário e de conotação voluntarista.

Daí se impor, no conceito moderno de soberania, a necessidade de apreender e definir a sua constituição, seu momento inicial manifestado na idéia de poder constituinte seja na sua tipologia de ditadura soberana – um mero poder de fato – seja na de soberania popular, síntese de poder e direito, de ser e dever-ser, de ação e consenso que funda a criação da nova sociedade no *iuris consensu*.¹⁰

A tensão entre normatividade e vida, já se vê, perpassa a própria natureza da idéia de soberania moderna e das limitações que lhe objetivou impor o constitucionalismo.

Haveria na base do pensamento moderno aqueles que, na direção de Bodin, identificam a soberania com o monopólio do direito, do poder de fazer e revogar leis, do poder de legislar, e aqueles que, seguindo Hobbes, valorizam a soberania por seu “momento de execução, isto é, o tipo de poder cogente”.¹¹ Em outras palavras:

⁸ Idem.

⁹ Ibid., p. 1180.

¹⁰ MATTEUCCI, N., *Dicionário de política*, p. 1185. No primeiro caso, “pretende-se retirar a constituição vigente e impor uma outra, considerada mais justa e mais verdadeira, por parte de uma única pessoa, de um grupo de pessoas de uma classe social, que se apresentam como intérpretes de uma suposta racionalidade e atuam como comissários do povo, sem ter recebido dele nenhum mandato específico.” A soberania do povo, por outro lado, manifesta-se como poder constituinte que define numa Constituição “os órgãos e os poderes constituídos e instaura o ordenamento, onde estão previstas as regras que permitem sua transformação e sua aplicação.” Segundo o autor, se a “ditadura soberana constitui um mero fato, produtor do ordenamento, o poder constituinte do povo é uma síntese de poder e direito, de ser e dever ser, de ação e consenso, uma vez que funda a criação da nova sociedade no *iuris consensu*.”

¹¹ Ibid., 1180. É interessante destacar a observação de Matteucci de que Hobbes “encontra a legalização deste monopólio da coerção física no contrato social; porém, seus sucessores confundiram este monopólio legal da sanção com a mera capacidade de se fazer obedecer, reduzindo, desta forma, a Soberania à mera

soberania como a mais alta autoridade do direito ou como poder de fato.

Equilibrar esses dois extremos é o que se busca século-a-século.

Rousseau, por exemplo, que afirma ser inútil perguntar a quem toca fazer as leis – pois elas são atos da vontade geral, leis gerais e abstratas – não consegue, ainda assim, deixar de observar a inflexibilidade e a lentidão das leis ao discorrer sobre a ditadura romana:

A inflexibilidade das leis, que lhe tolhe dobrar-se aos sucessos, pode em certas ocasiões fazê-las prejudiciais e causadoras da perda do Estado em crise. A ordem e a lentidão das formas requerem um espaço de tempo que as circunstâncias às vezes negam; sobrevêm mil acontecimentos a que não deu providências o legislador, e é muito necessária providência conhecer que não pode tudo antever. Cumpre consolidar as instituições políticas de sorte que nos privemos da faculdade de suspender os efeitos dela (...) Porém só os maiores perigos se podem contrapesar com o da alteração da ordem pública, e jamais se deve suspender o sacro poderio das leis, senão quando se trata da salvação da Pátria, e provê-se a segurança pública por um ato particular, que a incumbe ao mais benemérito cidadão (...).¹²

Não obstante atribuir superioridade ao momento legislativo, Rousseau reconhece, em determinadas hipóteses, a insuficiência das leis, sua inaptidão para resolver problemas emergenciais. Admite, destarte, em casos raros, medidas como a nomeação de um chefe supremo com poder de suspender as leis existentes para evitar o perecimento do Estado.

Também Locke enfrenta o problema. E, embora afirme ser o legislativo o poder supremo da sociedade política, ao discorrer sobre a Inglaterra chama seu rei de ‘soberano’, uma vez que além de participar do poder legislativo detém ele, com o poder executivo, o poder federativo (decidir acerca da guerra e da paz) e a prerrogativa ou poder arbitrário em casos de exceção.

O Estado ou governo misto¹³ e a separação de poderes, conquanto enfrentem a questão da indivisibilidade da soberania, em períodos de “guerra civil ou de crise revolucionária (...) acabam sendo superados, possibilitando, desta forma, a afirmação de um verdadeiro soberano de fato”.¹⁴ Isso é visível no debate norte-americano – que será retratado à frente – em que a defesa da constituição de emergência encontra arrimo argumentativo numa tentativa de harmonização das funções executiva, legislativa e

efetividade, isto é, à força”. (p. 1181) Veja-se, ainda: HOBBS, Thomas, *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, 2004.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social* p. 113/114.

¹³ *Ibid.*, p. 78 e ss.

¹⁴ MATTEUCCI, N., *op cit.*, p. 1181.

jurisdicional.

Sobre a limitação da soberania e sua relação com a maneira de equalizar poder de direito e poder de fato, é ver, com Matteucci, que se pode avistar pelo menos três posições sobre a temática: (i) os que sustentam a tese da soberania limitada, em que é a lei uma ordem justa e o supremo poder, na linha defendida por Locke, acha-se restringido, por uma lado, pelo contrato – ou pela constituição, com os direitos naturais por ela tutelados – e, por outro, controlado pelo povo, do qual o Parlamento é simples representante; (ii) aqueles que são favoráveis à soberania absoluta, quer na vertente de Hobbes, da não arbitrariedade do poder em razão da racionalidade técnica ou da adequação ao objeto útil, quer na de Rousseau, em que a soberania exprime uma racionalidade substancial, uma moralidade que se opõe á vontade do particular, expressando a vontade geral: aqui, a lei é uma ordem técnica, racional com relação ao objetivo, ou é uma ordem intrinsecamente universal; (iii) os que advogam a tese da soberania arbitrária. Nessa corrente inclui Matteucci autores como Jeremy Bentham, John Austin, Benjamin Constant e Alexis de Tocqueville por sustentarem uma onipotência do Parlamento que lhe assegura poderes para fazer, de direito, tudo aquilo que pode fazer de fato, viabilizando, assim, coincidir a extensão de sua soberania com a sua força: a lei consiste num capricho da subjetividade de alguém, do mais forte.

Tudo considerado, pode-se afirmar que a soberania moderna de matriz europeia – erigida sob a filosofia da transcendência que separa o homem da natureza, reduz o conhecimento à mediação intelectual, neutraliza a esfera sentimental e inibe a potência constituinte do ser humano – objetiva, notadamente, harmonizar a tensão entre norma e realidade mediante o estabelecimento de um poder de mando centralizado e de um maquinário de dominação e controle.

Na situação de exceção permanente descrita no capítulo anterior o conceito moderno de soberania é, pelo menos em parte, modificado. Em tempos de Império, a soberania é diluída; interior e exterior se fundem.¹⁵ Não se perde, todavia, a necessidade de centralização e de um poder de controle, tendo em vista que os problemas enfrentados agora, em meio à mobilidade, à fragmentação e à flexibilização não demandam uma divisão, mas uma administração das diferenças para assegurar a ordem.

Bem sustentam Hardt e Negri:

¹⁵ HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 206-210.

‘Dividir e conquistar’ não é, portanto, a correta formulação da estratégia imperial. Com mais freqüência o Império não cria divisões mas reconhece as diferenças existentes ou potenciais, festeja-as e administra-as dentro de uma economia geral de comando. O triplo imperativo do Império é incorporar, diferenciar e administrar.¹⁶

Nessas circunstâncias, além disso, mantém o poder soberano seu aporte jurídico. Afinal, com a difusão do constitucionalismo e do estabelecimento de constituições escritas e supremas não se pôde evitar que no processo histórico do Estado moderno a linguagem institucionalizada do direito, da constituição, fosse sua expressão comunicativa preponderante.

Voltemos a Schmitt.

Dirige-se o autor ao soberano, porquanto para se compreender o conceito de soberania de maneira adequada, em específico no que toca à problemática tensão entre normatividade jurídica e poder de fato – a soberania em si, afirma –, deve-se fugir da abstração e tratar do soberano, aquele que decide, em concreto, o caso de conflito e em que consiste o interesse público ou estatal, a segurança, a ordem estatal, a saúde pública, etc.

Daí a assertiva: soberano é quem decide sobre o estado de exceção.^{17 18}

Consoante Schmitt:

Não se pode indicar com clareza tipificável quando se apresenta um estado de necessidade, nem pode ser enumerado, substancialmente, o que pode ocorrer quando se trata, realmente, de um estado extremo de necessidade e de sua reparação. Os pressupostos são aqui, como conteúdo da competência, necessariamente ilimitados. Portanto, no sentido jurídico-estatal, não se apresenta nenhuma competência. No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na práxis da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que se equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica vigente, porém, a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.^{19 20}

¹⁶ Ibid., p. 220.

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, 2006, p. 7.

¹⁸ Ver ainda: SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución*, 1983; SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

¹⁹ Op. Cit., p. 8.

²⁰ Haveria certa ambigüidade, entretanto, observa David Dyzenhaus, na definição schmittina de soberania, associada à exceção. Não restaria claro se soberano é aquele que decidiu, de fato, na exceção ou se a decisão da soberania é distinta de quem a efetivou: Mas ainda que elaborada com cuidado, a definição de soberano tem, e talvez deliberadamente, elevado grau de ambigüidade. É ambígua entre a afirmação de que alguém que friamente decide sobre o estado de exceção é soberano e a assertiva de que soberano, em virtude de sua posição como soberano, é aquele que tem de decidir sobre o estado de exceção. Na primeira afirmação, nós nunca podemos saber quem é soberano no avançar do estado de

A soberania, aí, é expressa em dois momentos: na figura do *poder constituinte* e do *presidente*, de molde a viabilizar que se concentre a análise no soberano que decide sobre o estado de exceção.

Esclareça-se.

Schmitt em sua *Teoria da Constituição* apresenta quatro acepções de constituição: absoluta, relativa, positiva e ideal.²¹

A constituição ideal refere-se às preferências políticas que, para determinado grupo – segundo Schmitt a burguesia –, são verdadeiras e adequadas aos seus postulados. Acentuado o contraste entre a realidade e as suas aspirações políticas, a constituição ideal é aquilo que para o grupo seria, “de fato”, a verdadeira constituição.

A constituição no seu sentido relativo consiste nas leis constitucionais particulares, na constituição formal que não se preocupa em determinar a vontade e a unidade do Estado.

Em oposição direta à acepção relativa, a constituição absoluta trata, por sua vez, de uma totalidade, seja a total unidade e ordenação política no Estado seja uma unidade normativa, idealizada. Assim, tanto a constituição absoluta pode significar (a) uma concreta maneira de ser, um *status* de unidade política, confundindo-se com o Estado, (b) uma maneira de ordenar a vida social, ou seja, constituição como forma de governo (c) e uma energia dinâmica de soerguimento da unidade e da integração como (d) um sistema de normas, de “regulación legal fundamental”, um simples dever-ser que se identifica com o Estado porque esse também é compreendido como um dever-ser normativo.

Para fugir dessa polissemia sustenta Schmitt que a constituição só é válida quando emana de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. Soberania e poder constituinte, na doutrina do autor, confundem-se.

A constituição há de ser positiva, ou seja, decorrente de uma determinação consciente da concreta forma de conjunto mediante o qual se decide a unidade política. E mais, a constituição é a decisão política fundamental do titular do poder constituinte

exceção; na segunda, nós sabemos quem é o soberano, somente o conteúdo de sua decisão é desconhecido. Cf. DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy*, p. 43: “But while carefully crafted, the definition of sovereign is highly, and perhaps deliberately, ambiguous. It is ambiguous between the claim that the one who has a matter of facts decides on the states of exception is sovereign and the claim that sovereign, in virtue of his position as sovereign, is the one who gets to decide on the state of exception. On the first claim, we can never know who is sovereign in advance of a state of exception; on the second, we do know who the sovereign is, only the content of his decision is unknown.”

²¹ SCHMITT, C., *Teoria de la constitución*, p. 29-62.

que, de acordo com Schmitt,

(...) es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre o modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo (...)

Una ley constitucional es, por su contenido, la normación que lleva a la práctica la voluntad constituyente. Se encuentra por completo bajo el supuesto y sobre la base de la decisión política de conjunto contenida en esa voluntad. (...)

Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente.”²²

O titular do poder constituinte, o soberano, nos regimes democráticos é o povo, cuja vontade não se manifestaria, consoante Schmitt, por eleições e semelhantes procedimentos normativamente regulados. A voz da multidão reunida que compõe o povo faz-se ouvir, precipuamente, pela aclamação e seria captada nas democracias modernas, em linha de princípio, por uma assembleia constituinte.

Legítima seria a constituição “cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida”.²³

A democracia, para Schmitt, cuida de uma forma de assegurar a identidade do povo como unidade política e, por conseguinte, do estabelecimento de métodos para a participação popular – princípio da identidade.²⁴ Na modernidade burguesa, pugna o autor, os regimes democráticos associaram-se à noção de república no sentido de divisão de poderes e não em oposição à monarquia (forma política). O princípio monárquico de representação encontraria, assim, espaço nas democracias ao se organizar o governo (monarquia como forma de governo) e a chefia do Executivo.

Dessa sorte, haveria para Schmitt uma combinação do princípio democrático com o princípio monárquico no Estado de Direito burguês. E aí se começa a insinuar uma certa dualidade da constituição de Weimar.

A Constituição de Weimar, defende Schmitt, teria adotado um parlamentarismo com nuances de variados sistemas: parlamentarista estrito, de primeiro ministro, de gabinete e presidencial. A maior preocupação na Assembleia Nacional de Weimar estava em produzir uma sólida conexão entre o Parlamento e o Governo. Todavia, o instituto da dissolução do Parlamento pelo presidente do *Reich* assegurado na constituição consubstanciava o centro de toda a ordenação político-jurídica.

²² Ibid., p. 94.

²³ Ibid., p. 104.

²⁴ Ibid., p. 221.

A Constituição de Weimar conferiu ao presidente, de forma expressa no art. 48, a sua guarda. Ao presidente cabia equilibrar a pluralidade democrática para se efetivar o mencionado princípio de identidade. Por seu intermédio superavam-se os vícios dos métodos eleitorais normativamente regulados para instaurar a sistemática plebiscitária capaz de captar a vontade constituinte do povo.²⁵ Enquanto os tribunais evitariam os riscos da contaminação política, o presidente seria o único capaz de garantir a total unidade e ordenação política emanada da vontade constituinte, isto é: de guardar a constituição.

Não expõe Schmitt, entretanto, que ao associar soberania, poder constituinte e presidência fomenta a própria destruição do poder constituinte, reduzindo-o a poder constituído e controlado pelo presidente.

As noções de soberania e de soberano em Schmitt, sua lógica e sua identificação com o poder constituinte, sem embargo, completam-se apenas com a análise da exceção.²⁶

Estado de exceção é “conceito geral da teoria do Estado, mas não qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio”.²⁷ O motivo de empregá-lo na definição de soberania é, para Schmitt, sistemático e lógico-jurídico.

Decorre, em linha de princípio, da necessidade de se corrigir o raciocínio de que “uma decisão, em sentido jurídico, deve ser completamente deduzida do conteúdo de uma norma”²⁸, tendo em vista, principalmente, que a “decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral (...) jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de um caso real, excepcional”.²⁹ Na estratégica argumentação schmittiana, entretanto, não implica a *decisão* deixar de inscrever o estado de exceção na órbita jurídica.

A exceção prova que a decisão não pode ser deduzida do mero conteúdo da norma, fazendo parte, ela própria, do conceito de soberania. E, para Schmitt, essa particularidade já se encontrava presente em autores como Bodin e Pufendorff, de modo

²⁵ SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución*, p. 213-251.

²⁶ Segundo Agamben (2005, p. 53 ss) um primeiro momento da teoria da exceção schmittiana se tem no livro *Da ditadura. Poder constituinte e constituído* emergem como operadores da inscrição da exceção no normativo.

²⁷ SCHMITT, C., loc. cit.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

que lhe afigura correto inferir que a ordem jurídica, como toda ordem, repousa também “em uma decisão e não em uma norma.”³⁰

Na exceção resta claro que o sujeito da soberania não está adstrito a um catálogo de competências, mas à decisão – ou tem para si uma presunção de competência ou poder ilimitado – circunstância apenas aferível num caso concreto. Disso resultaria, na linguagem schmittinana, que o Estado se sobrepõe ao direito, à validade da norma jurídica. O Estado, na exceção, suspende o direito por fazer jus à autoconservação.

Exceção, todavia, postula Schmitt, não se confunde com caos ou anarquia, na medida em que “subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica”.³¹ A norma, argumenta o autor, não é aniquilada. Continuam a existir na exceção os dois elementos do conceito de ordem jurídica: norma e decisão. Exceção, por conseguinte, não consistiria um conceito meramente sociológico. Ao mesmo tempo em que se exclui da visão geral, revela a exceção “um elemento formal jurídico-específico, a decisão (...)”, de modo que “o estado de exceção surge (...) somente quando a situação deva ser criada e quando tem validade nos princípios jurídicos”.³²

Não se tem um poder apenas fático. De acordo com Schmitt,

um poder supremo, ou seja, maior, irresistível (...) não existe na realidade política; o poder não prova nada ao direito (...) a vinculação do poder fático e jurídico é o problema principal do conceito de soberania. Aqui, repousam todas as suas dificuldades e trata-se de encontrar uma definição que compreenda esse conceito fundamental (...)³³

A exceção não representaria, portanto, vácuo algum da lei. Antes, tendo em conta que a ordem jurídica não decorre da norma, mas da decisão, no estado de exceção é que se fundaria o ordenamento.

Acrescente-se que, para Schmitt, a normalidade, a ordem, é pressuposto da existência da norma jurídica, inexistindo “norma que seja aplicável ao caos”. Somente se for criada uma situação de normalidade a ordem jurídica faz algum sentido. Ocorre que é o soberano quem “decide, definitivamente, (...) se tal situação normal é realmente dominante. Todo Direito é ‘direito situacional’”³⁴.

E, nisso residiria a soberania: no monopólio decisório que se evidencia no estado de exceção e que revela a autoridade estatal.

³⁰ SCHMITT, Carl, op. cit., p. 11.

³¹ Ibid, p. 13.

³² Idem.

³³ Ibid. p. 19.

³⁴ Ibid, pp. 13-14.

O paradoxo é a chave de entendimento na doutrina schmittiana: “a autoridade (...), para criar direito, (...) não precisa ter razão/direito”.³⁵ A norma suspende a si mesma.

A relação entre normatividade e realidade, destarte, não trata de uma via de mão única nem de uma simples implicação recíproca. Na exceção, pressuposições normativas são reconstruídas por alterações de fato que, por sua vez, dependem de novas imagens normativas – nem sempre jurídicas, mas trazidas à lume, ou mesmo criadas no imaginário coletivo, por força de uma decisão soberana.

Schmitt desvenda a exceção com o intuito de a incorporar ao discurso jurídico e, com isso, romper suas amarras em favor de um poder unitário e homogêneo. A preocupação maior de Schmit, ao que tudo indica, consiste em chamar atenção para o fato de a decisão ser tema prioritário, politizando a ordem jurídica, ou talvez, jurisdicizando a vida.

No que toca à **crença de que o “espírito”, a vontade do povo, somente se revelaria se houvesse homogeneidade** – segundo argumento por nós destacado para se compreender a crítica de Schmitt à Constituição de Weimar – trata-se de pôr em relevo o conteúdo da decisão schmittiana.

A decisão soberana (constituente) que, para Schmitt, delinea o âmbito do político³⁶ e institui a constituição, caracteriza-se por distinguir amigos e inimigos com a finalidade de se alcançar a unidade e a homogeneidade necessárias à implementação de um governo democrático:

A específica distinção política que é a base para toda a atividade e impulso é a distinção entre amigo e inimigo. Ela provê alguém com a definição, mas no sentido de um critério em vez de alguma coisa definitiva ou substantiva (...) A idéia expressa na distinção entre amigo e inimigo é denotar a intensidade mais elevada possível de uma união ou separação, de uma associação ou dissociação. Isso pode existir de maneira teórica e prática sem ao mesmo tempo ter de trazer para o jogo qualquer outra distinção como a moral, a estética, ou a econômica. O inimigo político não precisa ser moralmente cruel ou esteticamente feio; ele não tem de manter uma aparência de competidor econômico, e pode até ser vantajoso fazer negócio com ele. No entanto, ele é o outro, o estranho. Basta para sua existência que ele apresente algum sentido especialmente intensivo de alguma coisa existencialmente diferente e estranha, de maneira que no caso extremo de conflitos com ele não possa se decidir por normas gerais predeterminadas ou pelo pronunciamento oficial de algum 'desinteressado' e assim 'apartidário' partido.³⁷

³⁵ Ibid. p. 14.

³⁶ SCHMITT, C., *Teologia Política*, p. 76.

³⁷ DYZENHAUS, David. *op. cit.*, p. 47: “The specific political distinction that is the basis for all activity and impulses is the distinction between friend and enemy. It provides one with a definition but in the sense of a criterion rather than something definitive or substantive (...) The point of the distinction between friend and enemy is to denote the highest possible intensity of a union or separation, of a association or dissociation. It can exist theoretically and practically without at same time having to bring into play any other distinction like the moral, the aesthetic, or the economic. The political enemy need not

Daí sua crítica à Constituição de Weimar que, no seu entender, configurava apenas compromissos dilatórios, faltando-lhe separar “amigos” e “inimigos”. Une, assim, à idéia de decisão soberana aquela de homogeneidade nacional de modo que a soberania – associada ao poder constituinte – acaba por receber um modelo que, por sua expressão de vontade, há de ser implementado.

Se a Constituição de Weimar carece de decisão política é porque, segundo Schmitt, não foi elaborada por “amigos” que compartilham valores comuns, mas por uma pluralidade de “amigos” e “inimigos” que impedem a homogeneidade necessária ao desenvolvimento pacífico da nação.

Arrimado nessas premissas, por ocasião da depressão econômica ocasionada pela crise de superprodução em 1929, cujos efeitos se alastraram por todo o ocidente, aumentando a taxa de desemprego e levando à falência vários bancos e indústrias, a saída para as democracias ocidentais seria, na visão de Schmitt, estabelecer um Estado Total, forte e com autoridade bastante para agir de forma rápida e eficiente nas circunstâncias de crise.

A representação política parlamentar, calcada na pluralidade de interesses e na tensão política resolvida, unicamente, pelo debate e pela negociação, não conseguiria expressar a vontade da nação colhida nas manifestações da opinião pública e vencer as dificuldades decorrentes da crise econômica mundial.

O pluralismo parlamentarista e a homogeneidade democrática, assim, não deveriam ser confundidos. A identidade do povo possibilitaria alcançar a decisão eficaz em circunstâncias de emergência. Logo, para proteger o regime democrático nada obstava que se recorresse a fórmulas de poder centralizado que estivessem em harmonia com a necessidade da nação, afastando-se, tão só, a representação parlamentar.

O Estado Total seria a forma de salvar a democracia alemã. No entanto, haveria nele um paradoxo. Consoante Bercovici:

[o] paradoxo que Schmitt vai encontrar no Estado total deve-se à confusão dos setores antes distintos da vida social e da autoridade estatal. A extensão e intensificação do político causa o Estado total, dotado de um poder inédito, que lhe permite um controle superior aos controles até então conhecidos. No entanto, este Estado total é, ao mesmo

be morality evil or aesthetically ugly; he doe not have to make an appearance as an economic competitor, and it can even be advantageous to do business with him. However, he is the other, the stranger. It suffices for his being that he is some specially intensive sense something existentially different and strange, so that in the extreme case conflicts with him are possible which cannot be decided by some predetermined general norm or by the pronouncement of some ‘disinterested’ and thus ‘unpartisan’ party”.

tempo, um Estado invadido por reivindicações e projetos do corpo social, pois, com a politização de todos os domínios, cresce a pressão sobre o Estado. Multiplicam-se os interesses em competição e que demandam ação, a política se torna a luta de partidos organizados desejando prevalecer uns sobre os outros.³⁸

Contra essa fraqueza do Estado Total de Weimar, meramente quantitativo, Schmitt propõe um Estado Total Qualitativo:³⁹ autoritário no domínio político, garantindo a unidade em detrimento do pluralismo que emperra o funcionamento do Estado, e fiador da liberdade individual econômica, capaz de evitar a politização da economia – e seu indesejado pluralismo – e de intervir na esfera econômica apenas par neutralizar conflitos. A economia, segundo Bercovici, fica subordinada às instâncias estatais, mas é preservada como ordenamento social privado, certo que se trata de uma administração econômica autônoma que separa o Estado de um domínio econômico público, mas não estatal, distinto da democracia econômica defendida por Heller e o partido social-democrata.

Nos anos que seguiram a crise de 1929 as idéias de Schmitt ganharam fôlego e fundamentaram medidas de exceção econômica e militar implementadas pelo Poder Executivo, bem como a quase absoluta exclusão da atuação do parlamento, dissolvido diversas vezes no início dos anos 30 até a consolidação de Hitler e do partido nacional socialista no poder.

Do que se vem de expor, não há dúvida de que Schmitt está apegado a um excessivo estatismo (e o Estado se confunde com a esfera política), à valorização – nada democrática – da autoridade personalizada e autoritária e a um incontestável voluntarismo. Utiliza, além disso de um referencial de homogeneidade e unidade que serviram à expansão dos regimes totalitários da primeira metade do século XX.

A maneira, entretanto, como o autor, se utiliza da idéia de exceção para construir a relação entre a norma e a decisão na tentativa de mitigar a presença de uma violência pura – um âmbito de ação humana não alcançado pelo registro jurídico, uma força criativa imanente não guiada por vontade alguma de constituir um projeto abstrato – pelo menos no seu aspecto estrutural prefigura, a nosso ver, ponto de partida para se pensar o fenômeno político-jurídico nesses primeiros anos do século XXI.

Tudo considerado, num exercício de síntese é possível inferir alguns dos principais argumentos utilizados para justificar a política alemã de salvação da

³⁸ BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 98.

³⁹ Ibid., p. 101.

democracia e que, hoje, nos ajudam a caracterizar a atual situação de exceção permanente que ameaçam os Estados Democráticos de Direito no ocidente: (i) insuficiência do sistema de representação parlamentar, devendo-se atentar para a vontade do povo manifestada pela opinião pública; (ii) soberania fundada na decisão em circunstâncias emergenciais, constituindo-se a ordem jurídica na exceção; (iii) rejeição do pluralismo, uma vez que conduz à divergência de interesses e ao embaraço das decisões políticas que levaram à pacificação e à unidade da nação; (iv) autoritarismo político e neutralização do pluralismo indesejado no âmbito econômico, evitando demasiada intervenção estatal na economia.

Extraí-se, além disso, que por se apresentar a exceção como uma das grandes armadilhas teóricas contra a qual se deveria insurgir a teoria constitucional em meados do século XX e contra a qual se levantou o pressuposto da normatividade autônoma da constituição, consubstancia ela, a exceção, ainda que necessariamente reconfigurada para expurgar o viés autoritário, caminho adequado se se busca reestruturar a normatividade constitucional.

4.2

De 1945 a 2001: uma síntese dos novos rumos

Não nos pareceu importante resgatar, ainda que em breves linhas, esse período da história do século XX apenas para dele se coletar a contribuição teórica de Schmitt. À luz do que se argumentou no início do capítulo terceiro, a crise daquele e de outros tempos jamais veio a ser extirpada em sua totalidade, mantendo-se sob novas bases e com roupagem diferente. Um breve olhar sobre a história da constituição e do constitucionalismo moderno nesses últimos sessenta anos, portanto, servirá para ingressarmos com mais segurança no debate norte-americano pós-11/09, objeto de análise em separado, bem assim para fortalecer a conclusão de que hoje se tem configurado um novo contexto sócio-político-econômico, uma situação de exceção permanente na qual se revigora a tensão entre normatividade e vida. Vejamos.

A filosofia liberal e o constitucionalismo clássico serviram de arrimo à construção

de um novo Estado, o Estado de Direito Constitucional,⁴⁰ caracterizado, em síntese, pela ascensão política da burguesia, pela organização capitalista da produção, pela existência de uma constituição formal com supremacia no ordenamento político-jurídico, por condicionar a atividade administrativa e a subordinação dos direitos do cidadão somente à lei (governo das leis) e pela presença de juízes independentes para as aplicar na resolução de eventuais litígios. De maior importância se afigura conter o exercício absoluto do poder.⁴¹

Nessa etapa, em que se consolida a contra-revolução moderna e seu dualismo transcendente,⁴² estabiliza-se a idéia, à primeira vista redundante, de constituição normativa, cujos elementos são resumidos por Werner Käge:⁴³ (i) pretensão de *ordenar* e *limitar* as relações estatais de maneira racional e objetiva, em que a Constituição “es el sistema de normas jurídicas supremas e inquebrantables para el Estado”, reconhecendo-se valores “pre y supra estatales”; (ii) garantia de liberdade “frente al Estado” e “en Estado” – “autonormación”; (iii) perenidade e estabilidade – e, por conseguinte, segurança e previsibilidade.

Superou-se, é verdade, o regime absolutista, ampliando as liberdades civis e políticas além de criar ambiente propício ao desenvolvimento científico e econômico. Nada obstante, ainda havia muito a ser realizado a fim de implementar melhores condições de vida para a população – e não apenas para grupos e classes privilegiadas –

⁴⁰ Segundo Ferrajoli, a expressão Estado de Direito está associada a dois sentidos distintos. Na acepção fraca ou formal designa “cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”. O sentido forte ou substancial, por sua vez, refere-se àqueles ordenamentos em que, além de agir pela lei, os poderes públicos se encontram submetidos às limitações formais e substanciais fixadas em princípios de estatura constitucional. Ao primeiro sentido corresponderia, de acordo com o autor, o modelo normativo do Estado legal “paleo-iuspositivista” e, ao segundo, o modelo “neo iuspositivista” de Estado Constitucional de Direito. Eslarece, ainda, que não se deve confundir Estado de Direito em Sentido Forte e Estado de Direito Constitucional, o qual se reporta, necessariamente, à existência de uma Constituição Formal. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2002, p. 13/29.

⁴¹ Sobre o constitucionalismo Nicola Matteucci é bastante claro ao asseverar que o principal sentido do termo – além de relacionado às noções históricas de separação de poderes e de garantias de direitos – reside na limitação do governo e do poder. É ver BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Dicionário de política*. op. cit., p. 246/258, v. 1.

⁴² HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 87 et. seq.. Segundo os autores, a modernidade nasce como um movimento humanista e emancipador. Já se inicia, contudo, em crise, vindo a ser sufocada pela filosofia da transcendência – que separa o homem da natureza, reduz o conhecimento à mediação intelectual, neutraliza a esfera sentimental e inibe a potência constituinte do ser humano. Nessa direção confira-se PLASTINO, Carlos. “Soberanias, erotismo e criatividade”. In: ARÁN, M. (Coord.). *Soberanias*. Rio de Janeiro: Contra-Capa, 2003.

⁴³ KÄGI, W., *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado: Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, p. 79 passim.. O livro de Kägi compõe o rol de obras que iniciaram a teoria constitucional pós-1945.

e afastar as mazelas há muito denunciadas.⁴⁴

A primeira metade do século XX atestou a insuficiência do constitucionalismo liberal e de seu modelo de Estado de Direito Constitucional. A crise social e política, marcada por duas Guerras Mundias e depressões econômicas, estendeu-se pelo globo. Dela não sairia incólume o pensamento jurídico-político, o qual, bem acentua Kägi, viu crescer a desmontagem “de la Constitución normativa” manifestada

por un lado, en una declinación de la densidad normativa, es decir, en una marcada tendencia a reconocer tan sólo a unos cuantos preceptos el rango de normas constitucionales y, por el outro, en la disminución de la firmeza y precisión de las normas, es decir, en la inclinación a debilitar la inviolabilidad de las normas fundamentales y a cuestionarles su sentido jurídico normativo.⁴⁵

A desmontagem da constituição na primeira metade do século XX repercutiu em temáticas que, de um modo geral, constam dos textos constitucionais. Segundo Kägi, as normas que cuidam da *relação cidadão-Estado* são afetadas pelo avanço do Estado “totalitário”, perdendo os direitos fundamentais seu sentido absoluto em detrimento da “teoría de la falta de limites al poder de revisión de la Constitución”. Por mutação constitucional a idéia de *separação de poderes* é reformulada, concedendo-se ao Executivo maior importância na resolução dos problemas sócio-político-econômicos. A lei é “desplazada como centro dominante de la vida constitucional; y en su lugar entran las formas autoritarias del ‘acto de gobierno’ (Regierungsaktes) y de la ‘Medida-Ley’ (Massnahme)”. Também as normas concernentes ao regime democrático representativo se vêm afetadas pelas tendências autoritárias de homogeneidade e totalidade. O *processo legislativo* é abreviado em detrimento da urgência e da necessidade. O *princípio federativo* é modificado em prol de uma maior centralização territorial do poder.⁴⁶

Para Kägi, a proliferação do constitucionalismo logo após a Primeira Guerra Mundial era somente uma conjuntura incapaz de se manter “en la dura realidad”. A aparente expansão do Estado Constitucional não encobria que o normativo, “la fuerza determinante del Derecho”, se encontrava em franca decadência. No período entre as

⁴⁴ Nesse sentido Rousseau, 2002, p. 227: “Possuímos físicos, geômetras, químicos, astrônomos, poetas, músicos, pintores, mas não temos cidadãos; ou então se ainda nos restam, dispersos nos campos abandonados perecem indigentes e desprezados. Tal é o estado a que estão reduzidos, tais são os sentimentos, concedidos por nós, aos que nos dão o pão e o leite de nossos filhos”.

⁴⁵ KÄGI, W., op. cit., p. 137.

⁴⁶ Ibid., p. 53/54.

duas Guerras Mundiais “el ‘estado de excepción’ se convirtió en muchos países algo normal (...) La legislación bélica [na Primeira Guerra] aún no se había normalizado del todo cuando las crisis monetarias y económicas y las consecuentes tensiones políticas nuevamente impulsaron a los Estados hacia el estado de excepción, lo que finalmente, de una manera hasta entonces impensada, habrá de extenderse y acentuarse durante la Segunda Guerra”.⁴⁷

Alguns mecanismos de implementação de garantias e direitos sociais foram concretizados no Estado Social ou Estado de Bem-estar como parte das medidas destinadas a restaurar a estabilidade política e econômica, atentando-se às reivindicações de movimentos operários e de partidos de orientação marxiana que se viam fortalecidos com a crescente bipartição do globo e ao fato de a questão sócio-econômica haver servido de recurso ideológico para legitimar a ascensão de governos autoritários. Não foram suficientes, todavia, para reduzir as desigualdades verificadas, principalmente, nos países de terceiro mundo e impedir o contínuo crescimento da acumulação de capital nas mãos de parcela diminuta da população.

O Estado de Bem-estar – que se apresentou como alternativa ao autoritarismo do início do século XX – não obistou o predomínio livre-cambista,⁴⁸ hoje encarnado no neoliberalismo, tendo em vista que erigido – explicita Eros Grau, seguindo lição de Claus Offe – em harmonia com os interesses do capital em face da crise da primeira metade do século XX:

A busca do desenvolvimento, ademais, impunha a formalização de uma aliança entre o setor privado – isto é, a burguesia – e o setor público, este a serviço daquele. Cumpre que se enfatize, de toda a sorte, a circunstância de que, embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação. Essa estatização não configura passo no sentido de socialização/coletivização. (...) é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via do socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre o plano econômico.⁴⁹

Ainda assim, frente à traumática experiência da guerra e do terror nazista, mudanças importantes ocorreram na estrutura político-constitucional dos regimes

⁴⁷ Ibid., p. 52.

⁴⁸ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G.. *Diccionario de política*. op. cit., p. 717, v. 2: “(...) em sua acepção mais simples e limitada, o livre cambismo é uma doutrina favorável à liberdade econômica (...) é a visão mais pura e integral do liberalismo (...) O atual credo livre-cambista (...) é, pois, assim entendido, uma forma de individualismo que não há de se confundir, porém, com o anarquismo individualista (...)”.

⁴⁹ GRAU, E. R., *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, p. 24 e 30.

democráticos. A tônica dos discursos dirigiu-se à dignidade humana e aos direitos fundamentais que a concretizam, conquanto perdurassem os embates político-ideológicos entre posições liberais e socializantes. As reivindicações em prol da efetivação de direitos sociais fundamentais, da igualdade dos gêneros e das escolhas sexuais, bem como os movimentos contra o racismo nos Estados Unidos e na África do Sul revelaram a insuficiência das estruturas tradicionais do Estado e do direito em face das novas demandas. Por influência da doutrina norte-americana e, em especial, da crescente doutrina alemã da segunda metade do século XX, restabelece-se a noção de normatividade da constituição contra o decisionismo que havia prevalecido nos anos de guerra e de exceção. Na lei são inseridas expressões indeterminadas e de conteúdo semântico aberto para ampliar e tornar mais eficaz a atuação do governo, migrando-se da legalidade para a constitucionalidade.

As conquistas do Estado Social são acrescidas àquelas do modelo clássico de Estado de Direito Constitucional. Vê-se emergir, enfim, na tentativa de conciliar normatividade e decisão política, o Estado Democrático de Direito que, na lição de José Afonso da Silva, consiste “na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.⁵⁰ O direito inicia sua trajetória de superação do positivismo e se reencontra com a moral, concebendo-se a constituição como centro axiológico-normativo do sistema político-jurídico.

As décadas de 80 e 90 foram palco de alterações marcantes em todo o mundo. O término da ordem bipolar, a globalização, os efeitos transestatais dos danos ao ambiente e das crises do mercado financeiro são sinais de uma sociedade que se vê estigmatizada, insista-se, pela noção de risco.⁵¹ Sem embargo, o Estado Democrático de Direito, não sem experimentar abalos e alterações, vem se mantendo de pé. O direito, especialmente em sede constitucional, caminhou rumo à flexibilização⁵² e à procedimentalização⁵³ a fim de viabilizar alguma abertura – sempre controlada pelos princípios da proporcionalidade – à decisão político-jurídica.

Ao iniciar o século XXI, contudo, por motivos expostos no capítulo anterior, acentua-se a tensão paradoxal desse modelo de Estado Democrático que tem na constituição seu instrumento político-jurídico de superação dos problemas da vida em

⁵⁰ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 123.

⁵¹ BECK, U., *World Risk Society*, p. 3-4.

⁵² Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

⁵³ HÄBERLE, P., op. cit..

sociedade.

Ressurgiu o discurso de que a estabilidade apenas é assegurada pela aplicação de poderes e métodos de exceção, reafirmando-se a lógica da insuficiência do regime democrático que, no Brasil, em vista da crescente retórica do binário medo/segurança,⁵⁴ da hipertrofia do Poder Executivo e da estrutura de acumulação de capital que não se mostra sequer preocupada em fomentar distribuição de renda, encontra terreno fértil para sua expansão.

Achamo-nos ante a configuração de um cenário político e econômico global-nacional gerador de dominação, propagador de violência e contrário à criatividade constituinte do ser humano, que revela características semelhantes às aquelas encontradas em estados de exceção, emergência ou sítio da primeira metade do século XX, nos quais os preceitos fixados na ordem jurídica, embora vigentes, não são efetivados. Na avaliação de Žižek, hoje, a paixão pelo real, o desejo de romper as aparências, acomodou-se à estética da violência, criando uma falsa imagem da realidade que esconde o egoísmo individualista e a verdade desnorteante de que “o modelo de prosperidade capitalista recente não pode ser universalizado”.⁵⁵

Sob essa inspiração é que devemos observar o debate norte-americano pós-11/09.

4.3

Revitalização: o debate norte-americano sobre a constituição de emergência

O 11 de setembro reacendeu o discurso dos poderes de emergência nos Estados Unidos.

Segundo Bruce Ackerman, os ataques terroristas farão parte do futuro ocidental, requerendo, urgentemente, novos conceitos constitucionais para assegurar a democracia e proteger as liberdades civis. No seu entender, “o projeto autoconsciente de um regime de emergência talvez seja a melhor defesa disponível contra um ciclo de pânico-dirigido

⁵⁴ É significativo nesse sentido haver se decidido no referendo do dia 23 de outubro pela manutenção do comércio de armas de fogo no Brasil.

⁵⁵ ŽIZEK, S., *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*, p. 172.

de permanente destruição”.^{56 57}

Exemplo de mudança no cenário político norte-americano se observa na administração Bush que, segundo Sanford Levinson, tem inspiração em Carl Schmitt e em sua “teoria de um Executivo ditador que serve de 'guardião da Constituição’”.⁵⁸

Ainda sobre a revitalização de um Poder Executivo forte e centralizado, Cass Sunstein adverte sobre a composição conservadora da Suprema Corte norte-americana com o ingresso do juiz Samuel Alito e sintetiza a doutrina do “Executivo unitário” defendida por apoiadores do novo membro da Corte: “é a idéia de que o presidente pode supervisionar e dirigir todas as operações do Executivo, mesmo instituições hoje independentes, como a Comissão Federal de Comércio e a SEC, reguladora dos mercados”.⁵⁹

Sinalizando, de igual modo, a alteração no cenário político norte-americano, tem-se o debate referente às garantias penais e à criminalização. Com o *USA Patriot Act*, dentre muitas outras medidas, foram concedidos poderes mais amplos de investigação e detenção às forças policiais, tornando-se o diploma excepcional em regra: “USA PATRIOT Act está se tornando a nova normalidade e parâmetro para o restante da legislação com a comunidade da inteligência a utilizar seus poderes e autoridades instituídos sob o Act como a nova norma, procurando expandi-los ainda mais”.⁶⁰

Concentremo-nos, sem embargo, na defesa da constituição de emergência levada a efeito por Bruce Ackerman.

A argumentação desenvolvida em seu texto *The Emergency Constitution* pode ser dividida em duas partes. Na primeira, o autor trata dos pressupostos que indicam a adoção do estado de emergência como saída mais adequada ao problema inaugurado com o ataque terrorista em 11 de setembro de 2001. No decorrer de sua dissertação explícita como concretizar sua teoria no contexto norte-americano. Aqui, nos

⁵⁶ ACKERMAN, B., *The Emergency Constitution*, p. 1029: “the self-conscious design of an emergency regime may well be the best available defense against a panic-driven cycle of permanent destruction.”

⁵⁷ Cf. SCHEPPELE, Kim Lane. *North American emergencies: the use of emergency powers in Canada and the United States*, 2006; ARATO, A., *Their creative thinking an ours: Ackerman's emergency constitution after Hamdan*, 2006. Em favor do modelo dualista de Ackerman confira-se ZUCKERMAN, Ian, *One law for War anda Peace? Judicial Review and emergency powers between the norm and the exception*, 2006.

⁵⁸ LEVINSON, S., *Preserving Constitutional Norms in Times of Permanent Emergencies*, p. 68. No original: “theory of an Executive dictator who serve as 'guardian of the Constitution'.”

⁵⁹ SUNSTEIN, C., *Analista vê salto à direita no Supremo*, 2006.

⁶⁰ GROSS, Oren, *What 'Emergency' Regime?*, p. 80: “USA Patriot Act is becoming the new normality and benchmark for further legislation with the intelligence community taking its expanded powers and authorities under the Act as the new norm and seeking to expand them further”. Confira-se, também: FISS, Owen. *The war against terrorism and the Rule of Law*, 2006.

concentraremos na primeira discussão.

Se para Ackerman novos ataques terroristas irão, inevitavelmente, assolar o futuro norte-americano, uma nova arquitetura jurídica, por conseguinte, deve ser forjada, tendo em vista que os instrumentos jurídicos existentes – leis de guerra e direito criminal – mostram-se inadequados para enfrentar o terrorismo.

A guerra ocorre entre Estados soberanos e os inimigos são facilmente identificados. Situações de guerra, além do mais, caminham sempre para um termo e as restrições aos direitos fundamentais são aceitas com maior facilidade. No terrorismo, ao contrário, os inimigos não seriam passíveis de fácil identificação nem se espera que vá ocorrer algum tipo de armistício.

De igual maneira, insuficiente se afigura o instrumental do direito penal. Há um aspecto político nos atos terroristas que os distinguem das ações criminais comuns. Enquanto a criminalidade ordinária se processa no âmbito das instituições do Estado, com elas convivendo, nos atos de terrorismo se constataria uma força simbólica de reação ao sistema político a merecer tratamento diferenciado.

Diante disso, Ackerman defende uma terceira alternativa que, protegendo os direitos fundamentais de forma mais ampla do que se verifica nas situações de guerra, contemplaria o caráter político do qual não dá conta o direito penal. Sob o fundamento do que denomina *reassurance function* postula a necessidade de se constituir um estado de emergência temporário capaz de afastar, nos momentos seguintes a algum ato terrorista, o estado de medo e de insegurança dos cidadãos. É ler:

Chame isso 'função retranqüilizante' [*reassurance function*]: Quando um ataque terrorista coloca em dúvida a efetiva soberania do estado, o governo deve agir de maneira visível e decisiva para demonstrar aos cidadãos aterrorizados que a brecha aberta foi apenas temporária e que está tomando ações agressivas para conter a crise e lidar com a possibilidade de sua repetição. Mais importante, minha proposta por uma constituição de emergência autoriza o governo a deter suspeitos sem as proteções usuais da lei criminal da causa provável ou mesmo da suspeita razoável. O governo talvez possa afirmar outros poderes na realização da 'função retranqüilizante' [*reassurance function*], mas no desenvolvimento de meu argumento, eu focalizarei os aceitos poderes extraordinários de detenção como paradigma. (...) Meu propósito em projetar uma estrutura constitucional para um estado de emergência temporário que permita o governo descarregar a 'função retranqüilizante' [*reassurance function*] sem perpetrar danos de longo prazo aos direitos individuais.⁶¹

⁶¹ Ibid., p. 1034: “Call it the reassurance function: When a terrorist attack places the state’s effective sovereignty in doubt, government must act visibly and decisively to demonstrate to its terrorized citizens that the breach was only temporary, and that it is taking aggressive action to contain the crisis and to deal with the prospect of its recurrence. Most importantly, my proposal for an emergency constitution authorizes the government to detain suspects without the criminal law’s usual protections of probable

Ackerman critica as previsões constitucionais de emergência da França e da Alemanha, tendo em vista que, demasiadamente genéricas, serviriam de carta branca para o abuso de poder. Aduz, além disso, que tais normas teriam sido estabelecidas com base na lógica da *existential rationale*. Nessa perspectiva, poderes de emergência são atribuídos ao governo para que sejam implementadas medidas extraordinárias na tentativa de reagir a uma invasão inimiga ou a uma poderosa conspiração interna.

De acordo com sua proposta, ao contrário, as ações terroristas não devem nos remeter às tradicionais causas de declaração de estado de exceção, exigindo uma articulação dos poderes de emergência que melhor se compatibilizem com os princípios democráticos. Trata-se de adotar o que chama de *reassurance rationale*:

De acordo com o 'racionalidade do existente' [*existential rationale*], parece um grande luxo se preocupar demais sobre a contínua derrocada de liberdades civis e políticas: Se a ordem constitucional desintegrar isso será para alguém se preocupar num momento futuro. De acordo com a 'racionalidade retranquilizante' [*reassurance rationale*], entretanto, o regime de agora em diante cambaleará, e o desafio é providenciar isso com as ferramentas para uma resposta eficaz num futuro breve sem fazer desnecessários danos por tempo indefinido.⁶²

Ackerman alega, ainda, haver na história americana precedentes que arrimam a necessidade de instituir uma previsão de estado de emergência em sede constitucional, discorrendo, na segunda parte do artigo, sobre a estruturação de seu projeto de constituição de emergência.

Em *This Is Not a War*⁶³ – escrito logo após as críticas ao seu *The Emergency Constitution* – Ackerman admite que sua proposta anterior não é perfeita. Afinal, sublinha, seria impossível construir estruturas constitucionais hábeis a impedir de uma vez por todas a proliferação de forças autoritárias.

cause or even reasonable suspicion. Government may well assert others powers in carrying out the reassurance function, but in developing my argument, I shall be focusing on the grant extraordinary powers of detection as the paradigm. (...) My aim to design a constitutional framework for a temporary state of emergency that enables government to discharge the reassurance function without doing long-term damage to individuals rights.”

⁶² Ibid., p. 1036: “According to the existential rationale, it seems a great luxury to worry too much about the long-run fate of civil and political liberties: If the constitutional order disintegrates, it will be up to somebody else to worry about the long run. According to the reassurance rationale, however, the regime is going to stagger onward, and the challenge is to provide it with the tools for an effective short-run response without doing unnecessary long-run damage.”

⁶³ ACKERMAN, Bruce. *This Is Not a War*, 2004. O texto responde ao artigo de L. Tribe e Patrick O. Gudridge *The Anti-Emergency constitution*. (2004) e ao artigo de David Cole *The Priority of Morality: The emergency Constitution's Blind Spot* (2004). Nele, Ackerman frisa que sua proposta é destinada a conferir maior proteção às liberdades numa configuração das relações entre os poderes que não está atada à centralidade da atuação do Judiciário, mas que se mantém em sintonia com a perspectiva da mudança.

Por essa razão – sem descuidar de sua concepção de mudança constitucional, preocupado com a excessiva alusão do Chefe do Executivo à guerra contra o terrorismo e com os resultados deletérios que daí poderiam advir às liberdades individuais na nova realidade do pós-11 de setembro – assevera que seu pensamento está orientado por uma postura consequencialista,⁶⁴ que visa a alcançar um ideal de justiça realizável:

O professor Cole sugere que eu tenho traído os ideais que inspiraram Justiça Social no Estado Liberal, e que minha proposta poderia ser 'justificada somente na mais simples seara do utilitarismo'. Mas utilitaristas não estão sozinhos em pensar que as conseqüências importam. Essa visão alargada é compartilhada por qualquer um que rejeita a noção de outro mundo de que 'justiça deve ser feita a despeito da queda dos céus'. Eu estou feliz por me encontrar entre a multidão de homens de estado que rejeitam o perfeccionismo e resolutamente pretendem conseguir tanta justiça quanto possível – nem mais nem menos (...) O que é justiça? O que é possível? Esses dois problemas convocam a exercitar mentalidades diferentes. A questão da justiça requer toda a brilhante filosofia (...) A questão da possibilidade requer julgamento sadio mais do que filosofia brilhante – um sóbrio sentido dos mais cruciais problemas (...) confrontam uma sociedade particular num tempo particular. Ambas as mentalidades são necessárias para o florescer de uma sociedade liberal – brilhantismo sem julgamento pode ser quixotesco, julgamento sem brilhantismo pode ser desinteressante (...) Esse foi um trabalho na arte do possível.⁶⁵

Dessa breve exposição é possível extrair alguns dos principais pressupostos que fundamentam o pensamento de Ackerman: (i) a modificação do contexto histórico, marcado, neste século, pela inevitabilidade de novos ataques terroristas semelhantes ao 11 de setembro; (ii) necessidade de resposta institucional imediata para evitar o medo e a sensação de insegurança da população; (iii) inadequação dos instrumentos legais existentes para lidar com o terrorismo, que não deve ser vinculado às situações de guerra nem à criminalidade comum; (iv) necessidade de incluir na Constituição um regime jurídico de emergência que, em caráter temporário e arquitetado com base nos princípios democráticos e republicanos, assegure o máximo respeito aos direitos

⁶⁴ Para uma introdução ao consequencialismo: BAYÓN, Juan Carlos. *Causalidad, consecuencialismo y deontologismo*, 1989.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 1906/1907: “Professor Cole suggests that I have betray the ideals that spired Social Justice in the Liberal State, and my proposal could be 'justified, if at all, only on the crudest utilitarian grounds'. But utilitarians aren't alone in thinking that consequences matter. This broad view is shared by anybody who rejects the otherworldly notion that 'justice should been done though the heavens fall'. I am happy to place myself among the multitude of practical states who reject perfectionism and resolutely aim to achieve as much justice as is possible – neither more, nor less (...) What is justice? What is possible? These two problems call upon exercise of different mentalities. The question of justice requires al the brilliant philosophy (...) The question of possibility requires sound judgment more than philosophical brilliance – a sober sense of the most crucial problems d prospects confronting a particular society at particular time. Both of this mentalities are necessary for the flourishing of a liberal society – brilliance without judgment can be quixotic, judgement without brilliance can be uninspiring (...) This has been a essay in the art of possible.”

fundamentais e sirva de resposta política eficaz ao ato terrorista; (v) pensamento filosófico de cariz consequencialista.

No final da Segunda Guerra Mundial, Clinton Rossiter já defendia que circunstâncias excepcionais requerem ações para as quais o instrumental jurídico do regime democrático não consegue atender de forma eficaz, haja vista ser criado para funcionar em situações de normalidade. Previa, além do mais, que na Era Atômica na qual o mundo ingressava em meados do século XX a utilização dos poderes de emergência se tornaria a regra e não a exceção.⁶⁶

Partindo da idéia de que emergências são historicamente inevitáveis, asseverava o autor que para a democracia se manter de pé deve recorrer a técnicas e a poderes típicos dos governos autoritários. Daí que, antecipando Ackerman, Rossiter postula haver um princípio de estabilização do governo democrático, o princípio da *ditadura constitucional*: “[o] que o cidadão ordinário não pode vislumbrar é que seu governo mais potente e menos gentil estava perseguindo de fato e em teoria um bem-estabelecido princípio de governo constitucional, o princípio da ditadura constitucional”.⁶⁷

Segundo Rossiter, o princípio da ditadura constitucional se arrima em três pontos: (i) o sistema de governo democrático é constituído para tempos de normalidade, mostrando-se inadequado em circunstâncias emergenciais – guerras, rebeliões civis e momentos de depressão econômica; (ii) com efeito, o governo constitucional deve ser temporariamente alterado para, no grau necessário, restabelecer a ordem e as condições normais de funcionamento do regime democrático, certo que a atribuição de maiores poderes ao governo significa redução nos direitos civis; (iii) o forte governo instaurado para solucionar a alegada crise não pode revelar outros propósitos que não os da preservação da independência do Estado e da manutenção da ordem, objetivando assegurar as liberdades políticas e sociais.

Acrescenta não serem apenas as situações de guerra que requerem a ditadura constitucional, mas toda espécie de crise que vier a assolar os governos democráticos.

⁶⁶ ROSSITER, C., op. cit., p. 297. “In the Atomic Age upon which the world is now entering, the use of constitutional emergency powers may well become the rule and note the exception.”

⁶⁷ ROSSITER, C., op. cit., p. 4. No original: “What the ordinary citizen may not realize is that more potent and less gentle government of his was pursuing in fact and in theory a well-established principle of constitutional government, the principle of constitutional dictatorship.” Saliente-se que o autor esclarece no prefácio usar os termos *constitutional* e *democratic* praticamente como sinônimos. Igualmente, afirma que se utiliza da expressão ditadura na definição que lhe dá o dicionário Webster, isto é, como autoridade absoluta em um governo, especialmente em uma república.

E, para ele, são três as espécies principais de crise que levam à adoção de instituições e poderes de matriz autoritária: a guerra, especialmente aquela instaurada para repelir invasão estrangeira; as rebeliões internas; e as depressões econômicas, a exemplo do que ocorrera na implementação do *New Deal* nos Estados Unidos.

Essa última, aliás, não passou despercebida de Giorgio Agamben ao comentar o governo do presidente Roosevelt:

A partir do momento em que o poder soberano do presidente se fundava essencialmente na emergência ligada a um estado de guerra, a metáfora bélica tornou-se, no decorrer do século XX, parte integrante do vocabulário político presidencial sempre que se tratava de impor decisões consideradas de importância vital. Franklin D. Roosevelt conseguiu, assim, em 1933, assegurar-se poderes extraordinários para enfrentar a grande depressão (...).⁶⁸

Rossiter alega que ao Poder Executivo compete, de imediato, o papel principal nos momentos de crise, arrolando algumas técnicas típicas de uma ditadura constitucional: “o gabinete ditatorial, a presidência ditatorial, a expansão da administração em tempos de guerra, a agência de planejamento emergencial em tempos de paz, o gabinete de guerra, o comitê de investigação de congressistas, a dominação executiva do processo legislativo”.⁶⁹

Sustenta, ainda, que na história dos Estados Unidos, ao menos até 1948, as crises se voltavam contra o governo e não contra a ordem constitucional. Tratava-se de problemas concernentes muito mais a personalidades do que a instituições, fato que fez da presidência instrumento fundamental em momentos de emergência.⁷⁰

Diferencia-se de Ackerman, em especial, no que concerne às medidas de concretização e ao contexto histórico – para Rossiter o final da II Guerra Mundial e a anunciada Guerra Fria da segunda metade do século XX; para Ackerman o terrorismo. Há, todavia, pelo menos dois pressupostos comuns aos autores que merecem destaque: a noção de incapacidade do governo democrático de se manter em períodos de crise sem recorrer a métodos de regimes autoritários e a prevalência da idéia de necessidade.

Aos argumentos de Ackerman responderam Laurence Tribe e Patrick O. Gudridge no texto *The Anti-Emergency Constitution*.⁷¹

⁶⁸ AGAMBEN, G., *Estado de Exceção*, p. 37.

⁶⁹ ROSSITER, C., op. cit., p. 11: “(...) the cabinet dictatorship, the presidential dictatorship, the wartime expansion of administration, the peacetime emergency planning agency, the ‘war cabinet’, the congressional investigating committee, the executive dominance of legislative process”

⁷⁰ Ibid., p. 210.

⁷¹ TRIBE, L.; GUDRIDGE, P. O., *The Anti-Emergency constitution*, 2004.

Os autores apresentaram três preocupações principais com a tese de Ackerman: (i) se a adoção de uma constituição de emergência seria, realmente, um caminho plausível para organizar a ação do governo; (ii) se a proposta de Ackerman estaria corroborando para abandonar, ainda que temporariamente, um complexo corpo de conceitos, argumentos e pontos de partida referentes aos debates em torno dos direitos individuais que não fazem parte apenas de um emaranhado de leis, mas do sistema norte-americano; (iii) se Ackerman teria desconsiderado os precedentes de tirania que podem se seguir aos estados de emergência.

Dentre as críticas de Tribe e Gudridge, destacam-se aquelas dirigidas às alegações de Ackerman no sentido de que o governo precisa responder aos ataques terroristas para demonstrar sua capacidade de restaurar a confiança da população, abalada pelo medo.

Para eles, o sacrifício de direitos individuais em prol de maior segurança não seria o único meio, nem sequer o prioritário, para manter o governo. Além do mais, na eventualidade de ocorrerem novos ataques terroristas não adviria idêntica situação de temor e pânico experimentada pela população em 2001. O 11 de setembro teria estigmatizado os Estados Unidos porque pela primeira vez desde o final da Guerra Fria a fragilidade do país em relação aos ataques externos foi revelada. Futuras ações terroristas acabariam absorvidas pelo imaginário da população, não se vislumbrando, então, emergências, mas situações de relativa normalidade.

Em suas conclusões advertem que não se deve deixar de lado toda a experiência constitucional norte-americana, sua *constitutional constellation*:

Nós devemos querer reter a habilidade de reconhecer o que nós não suprimimos, estamos proibidos de suprimir, a partir do que Justice Jackson imaginou nossa conhecida 'constelação constitucional'. A experiência de vulnerabilidade permanente pode ter posto em dúvida nossa opinião de que são estrelas fixas no céu da noite (...).⁷²

Verifica-se, portanto, nos Estados Unidos debate relativo aos pressupostos e à viabilidade da adoção de um estado de emergência que, guardadas as especificidades do cenário norte-americano, vem se expandindo para a grande maioria dos países do Ocidente na forma de uma situação e de uma política de exceção permanente sintetizadas, ao menos em seus aspectos principais, nos mencionados textos de Ackerman e Rossiter.

⁷² Ibid., p. 1870: “We should want retain the ability to recognize what we have not deleted, must not deleted, from what Justice Jackson famously imagined as our ‘constitutional constellation’. The experience of permanent vulnerability may have put in doubt our belief that are fixed stars in the night sky (...)”.

4.4

(Re)construindo a exceção

Aprofunda o exame da exceção Giorgio Agamben.

Segundo o autor, interpretados aqueles escritos de Schmitt destinados, principalmente, a uma teoria do estado de exceção – *Da Ditadura e Teologia Política*⁷³ – como respostas à tese da *violência pura* de Walter Benjamin esboçada, principalmente, em *Crítica da Violência: crítica do Poder*,⁷⁴ chegar-se-á à conclusão de que Schmitt almeja, na verdade, não sem importantes avanços, inscrever a exceção na ordem jurídica. E faz isso, ao que tudo indica, por intermédio da decisão soberana:

A doutrina da soberania que Schmitt desenvolve em sua obra *Politische Theologie* pode ser lida como uma resposta precisa ao ensaio benjaminiano. Enquanto a estratégia da ‘*Crítica da violência*’ visava a assegurar a existência de uma violência pura e anômica, para Schmitt trata-se, ao contrário, de trazer tal violência para um contexto jurídico. O estado de exceção é o espaço em que ele procura capturar a idéia benjaminiana de uma violência pura e inscrever a anomia no corpo mesmo do *nomos*.⁷⁵

Esse espaço de exceção, em que a vida é abarcada e inscrita no elemento normativo, é o que pretende Agamben revelar – assentado sobre as bases lançadas por Walter Benjamin.

Em linhas gerais, a violência, segundo Benjamin, é pressuposto do direito e a tarefa de uma crítica da violência seria expor a relação entre a violência e as relações morais consubstanciadas, em específico, no par direito e justiça.

A relação fundamental de todo ordenamento expressar-se-ia, sobretudo, na

⁷³ De acordo com Agamben, no livro *Da ditadura* o estado de exceção é representado pela figura da *ditadura comissária*, que objetiva defender ou restaurar a constituição vigente e tem, como operador da inscrição da exceção no normativo a distinção entre *normas de direito* e *normas de realização de direito*, e *soberana*, voltada ao estabelecimento de uma nova constituição e que apresenta os operadores *poder constituinte* e *poder constituído*. Na *Teologia Política*, o operador da inscrição do estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre norma e decisão – ambos elementos do âmbito jurídico. Cf. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Exceção*, p. 53 ss.

⁷⁴ BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica de la violencia*. Disponível em www.dooos.org/articulos/textos/walterbenjamin.pdf Acessado em 11 de Janeiro de 2007. Em português tem-se BENJAMIN, Walter. *Crítica da violência, crítica do poder*. In: *Documentos de cultura, documentos de barbárie*. Willi Bolle (org.). São Paulo: Cultrix, 1986. Por *violência pura* Benjamin pretende, segundo Agamben, romper com a “dialética entre violência que funda o direito e violência que o conserva (...)” em prol de uma violência “absolutamente ‘fora’ (ausserhalb) e ‘além’ (jenseits) do direito (...)” (p. 84). A decisão, para Benjamin, corresponderia, tão só, a uma experiência de indecidibilidade.

⁷⁵ AGAMBEN, G., op. cit., p. 85-86.

dicotomia meios e fins. Num sistema de fins justos – a que se reporta a filosófica do direito natural – o critério a ser utilizado na crítica seria facilmente identificado: saber se voltada para fins justos ou injustos. Tal critério, no entato, apresentaria falhas. Nele se trata apenas da aplicação da violência em um caso concreto, nada se expondo para solucionar a problemática da violência em si mesmo, ainda que voltada para fins justos.

A direção a ser seguida para se encontrar um critério mais acertado, dessa sorte, há de se restringir ao âmbito exclusivo dos meios. Com efeito, o ponto de partida para a crítica é o direito positivo, no qual o poder é considerado em sua transformação histórica e o direito examinado por referência apenas a meios, ou seja, se se trata de uma violência sancionada ou não-sancionada, legítima ou ilegítima.

Ocorre que as tradições da filosofia do direito natural e positivo manteriam em comum o dogma fundamental de que “los fines justos pueden ser alcanzados por medios legítimos, los medios legitimos pueden ser empleados al servicio de fines justos”.⁷⁶ O direito natural destinado a ‘justificar’ os meios legítimos pela referência à justiça dos fins e o direito positivo a ‘garantir’ a justiça dos fins por intermédio da legitimidade dos meios.

E, para Benjamin, haveria uma ambigüidade entre ‘meios legítimos’ e ‘fins justos’ a demandar uma nova perspectiva para direcionar a crítica da violência.

O autor, então, após percorrer as formas de classificação ou *status* da violência na esfera exclusiva dos meios (legítima e ilegítima, criadora e conservadora) e se estribar no fato de o direito moderno considerar a violência uma ameaça à sua própria manutenção, bem assim depois de discorrer sobre a possibilidade de meios não-violentos de solução dos conflitos humanos – meios puros, mediatizados –, assumindo a violência como pressuposto do direito estabelece um novo critério para a crítica assentado na só *manifestação*, sem referência alguma à relação de meios e fins: *violência mítica* e *violência pura* ou *divina*.

O mito e a violência mítica – analisada por Benjamin com o exemplo da lenda de Níobe⁷⁷ – é apenas manifestação da vontade, ou melhor, do próprio ser dos deuses. Não

⁷⁶ BENJAMIN, Walter, *Para una crítica de la violencia*, 1999, p. 3.

⁷⁷ Níobe, a irmã de Pélops (ambos filhos de Tântalo), saiu da Ásia para se casar com outro filho de Zeus, Anfíon, famoso músico que reinava em Tebas. Teve muitos filhos e filhas (a quantidade varia conforme a fonte), e estava tão orgulhosa e feliz com sua prole que cometeu o erro de declarar-se superior à deusa Letó, que tivera somente dois filhos, Apolo e Ártemis. A deusa se ofendeu e pediu aos filhos que a vingassem. Apolo matou então, com suas flechas, todos os rapazes; Ártemis fez o mesmo a todas as moças. Níobe, cheia de dor, voltou para a Ásia e tanto chorava que os outros deuses se apiedaram dela: transformaram-na numa rocha perto do Monte Sípilo, de onde uma nascente vertia água constantemente.

é uma violência totalmente sangrenta e destruidora, visto que se deteve diante da vida de Níobe, deixando-a culpada por causa da morte dos filhos, como um suporte mudo e eterno da culpa e como um marco do limite entre homens e deuses. Não se trata, aí, de um castigo decorrente de uma infração estabelecida numa normatividade já existente, mas de uma manifestação originada de se haver desafiado o destino a uma luta na qual sairá necessariamente vitorioso e, por sua vitória, engendrará um direito.

Essa violência exerceria uma dupla função na criação do direito:

La función de la violencia en la creación jurídica es, en efecto, doble en el sentido de que la creación jurídica, si bien persigue lo que es instaurado como derecho, como fin, con la violencia como medio, sin embargo – en el ato de fundar como derecho el fin perseguido – no depone en modo alguno la violencia, sino que sólo ahora hace de ella en sentido estricto, es decir inmediatamente, violencia creadora de derecho, en cuanto instaure como derecho, con el nombre de poder, no ya un fin inmune e independiente de la violencia, sino íntima y necesariamente ligado a ésta.
Creación de derecho es creación de poder.⁷⁸

A *violência mítica* se identifica com aquela violência fundadora do direito e, portanto, do poder. Na violência mítica é o poder objeto de garantia da violência criadora. Os limites do direito, nesse contexto, impõem-lhes o grupo dominador aos dominados que, se violam a lei, ainda que não escrita, são culpados e castigados. É uma violência sangrenta no sentido de que recai sobre a vida nua natural, massacra-a e fere.

Em oposição, tomando por referência o juízo de Deus sobre a tribo de Corá,⁷⁹ cuida Benjamin da *violência pura* ou *divina*, destrutiva, sem limitações e exculpante, que não se identifica com o poder. Violência purificante e sem derramamento de sangue, a incidir sobre toda a vida nua em nome do ser vivente e não, como na violência mítica, em nome da própria violência, do poder. Destrutiva de coisas – como o direito – nunca do próprio ser vivente. Uma violência que destrói a culpa imposta pelo direito, transcendendo-o, dirigindo-se para um âmbito além, fora do jurídico.

A violência pura, destaque-se, não se transmuta em uma simples violência total recíproca. A uma ação – v.g. não matar – antecede um mandamento, que, no entanto, não julga a ação, não é “criterio de juicio, sino una norma de acción para la persona o comunidad actuante que deben saldar sus cuentas con el mandamiento en soledad y

⁷⁸ Ibid., p. 14-15.

⁷⁹ Alude o autor à narração bíblica sobre a rebelião de Corá, Datã e Abirão no livro de Números, capítulo 16 da Bíblia Sagrada.

asumir en casos extraordinarios la responsabilidad de prescindir de él.”⁸⁰

A violência pura é aquela que rompe o ciclo dialético da violência criadora que, com o passar do tempo, é debilitada pela violência conservadora e, em seguida, com o aparecimento de novas forças, se opõe à conservação, inaugurando uma segunda ordem ‘destinada’, já no início, à decadência. A violência pura ou divina – insígnia e sinal, mas nunca meio de execução sagrada – seria, assim, violência que, de fato, governa, soberana.

Norma e realidade, aí, são imanentes e indiscerníveis, devendo-se hoje, numa nova situação histórica, reconhecer a implosão da normatividade autônoma da constituição com o objetivo de se estabelecer, de modo contundente, que além de limites ao discurso constitucional existe um espaço de anomia, de indiscernibilidade, uma zona não alcançada por um exclusivo elemento jurídico e aberta à ação renovadora e criadora.⁸¹

Não sem motivo reconhece Nomi Claire Lazar que na exceção há um espaço extrajurídico capaz, inclusive, de servir à manutenção do regime democrático. E, analisando a ditadura romana, postula que os meios de controle do poder não são apenas aqueles formal-institucionais do Estado de Direito. Além desses aduz que se deve levar em conta os meios informais, extra-institucionais, como a consciência e a honra, um resultado de sucesso nas eleições – que transmitiriam certa aprovação do candidato –, vinculações transnacionais e disponibilidade de capital, que também limitam, conquanto não no sentido jurídico estrito, o poder, afigurando-se insustentável, portanto, como pretende Schmitt, inscrever a exceção na ordem jurídico-constitucional.⁸²

⁸⁰ BENJAMIN, Walter, op. cit., p. 16.

⁸¹ Em sentido contrário argumenta ZUCKERMAN, Ian. One law for War and Peace? Judicial Review and emergency powers between the norm and the exception. In: *Constellations*, v. 13, n.º 4, 2006, pp. 522-545. Segundo o autor, que distingue os conceitos de *emergência* (situação imprevisível que demanda uma resposta temporária para restabelecer a segurança e a integridade da ordem legal), *exceção* (a suspensão, a ruptura ou a transformação de toda ou parte dos fundamentos formais ou informais das leis e da ordem política e que, com efeito, pressupõe a existência da norma) e *poderes de emergência* (a constelação de regras e medidas permitidas a um governo para vencer a emergência numa exceção), bem como três paradigmas de compreensão das emergências e da relação dos mencionados três conceitos (monista, Schmittiano e dualista) Agamben estaria equivocada a supor a exceção uma zona vazia – “black holes”. Haveria, em vez disso, segundo Zuckerman arrimado em lição de David Dyzenhaus, uma zona cinza – *gray zone* – na medida em que a exceção seria, como demonstra o exemplo dos prisioneiros de Guantánamo referido por Agamben, autorizada por uma medida legal: “Thus, what is striking here is not the absence or total suspension of law, but the proliferation of indeterminate, instrumentalized legal categories that have an indisputably legal form” (p. 527). Com base nisso, ratifica Zuckerman os argumentos de Bruce Ackerman no sentido de ser possível e imprescindível uma regulação constitucional normativa do estado de exceção.

⁸² LAZAR, Nomi Claire. Making emergencies safe for democracy: the roman dictatorship and the rule of law in the study of crisis government. In: *Constellations*, v. 13, n.º 4, 2006, pp. 506-521. Esclareça-se que

Esse, ao que tudo indica, o ponto de partida de Giorgio Agamben.

Para o autor, a relação política originária é o *bando*, que nasce na zona da *exceção*. A *soberania* atua sobre a produção da *vida nua*. O sujeito que recebe o impacto do poder e lança luz sobre o entendimento desse momento formativo da exceção e do bando é representado pelo *homo sacer*. O *campo de concentração* funcionaria como um paradigma da dominação biopolítica que, atualmente, se alastra. O *paradoxo* é a chave lógica da soberania, em específico da problemática tensão entre *normatividade jurídica* e *poder de fato*.

A *exceção* consubstancia o momento político originário, afastando qualquer pretensão contratualista. Segundo Agamben:

É chegado, portanto, o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau. O estado de natureza é, na verdade, um **estado de exceção**, em que a cidade se apresenta por um instante (que é, ao mesmo tempo, intervalo cronológico e átimo intertemporal) *tanquam dissoluta*. A fundação não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas (...) mas é continuamente operante no estado civil na forma da **decisão soberana**. Esta, por outro lado, refere-se *imediatamente* à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge assim como o elemento político originário (...) mas esta vida não é simplesmente a vida natural reprodutiva, a *zoé* dos gregos, nem o *bíos*, uma forma de vida qualificada; é, sobretudo, a **vida nua** do *homo sacer* e do *wargus* (...)

A tese (...) segundo a qual o relacionamento jurídico-político originário é o *bando*, não é apenas uma tese sobre a estrutura formal da soberania, mas tem caráter substancial, porque o que o *bando* mantém unido são justamente a **vida nua** e o **poder soberano**. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato (...) Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* e *phýsis*, na qual o liame estatal, tendo a forma de **bando**, é também desde sempre não-estatalidade e pseudonatureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como *nómos* e **estado de exceção** (...)

É essa estrutura de **bando** que devemos aprender a reconhecer nas relações políticas e nos espaços públicos e que ainda vivemos (...) E, se na modernidade, a vida se coloca sempre mais claramente no centro da política estatal (que se tornou, nos termos de Foucault, biopolítica) (...) se todos os cidadãos apresentam-se virtualmente como *homines sacri*, isto somente é possível porque a relação de bando constituía desde a origem a estrutura própria do poder soberano.⁸³ (grifou-se)

Esclareçamos.

a autora objetiva, notadamente, argumentar em favor da manutenção do Estado de Direito. Ao discorrer sobre os meios informais de controle quer ela destacar que embora não se possa arrimar em argumentos ético-políticos – normativos – para se manter o Estado de Direito, assegurando os valores, instituições e tradições legados no decorrer do processo histórico, razões não-intrínsecas – instrumentais – contribuem para sua manutenção, porquanto derivam de um poder também informal. Ver também: ADLOFF, Frank. Beyond interests and norms: toward a theory of gift-giving and reciprocity in modern societies. In: *Constellations*, v. 13, n.º 4, 2006, pp. 407-427.

⁸³ AGAMBEN, G., *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 115-117.

Agamben entende que a categoria fundamental da política ocidental resume-se no binário vida-nua e existência política – ou *zoé* e *bios*, exclusão e inclusão. E, inspirado em Foucault, assume o pressuposto de que o homem moderno não é um simples animal vivente capaz de uma existência política (animal político), mas um ser para quem a política é inerente, uma vez que nela está em questão sua própria vivência.⁸⁴ Daí a *biopolítica*, o reconhecimento de que a vida natural, biológica, é incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal.

O *poder* não é apenas analisado em suas formas e categorias jurídicas e institucionais. É visto, também, em concreto, no modo como o Estado e os agentes políticos em geral atuam sobre a vida natural e na influência que exercem nos processos de *subjetivação*, de formação das identidades individuais. Agamben não exclui de sua análise o poder soberano e a soberania, cujo núcleo originário consiste na implicação da vida nua na esfera política.

É fundamental para o autor desvendar porque a política no ocidente se consubstancia por intermédio de uma exclusão e analisar, por conta disso, a relação entre política e vida, que se apresenta como aquilo que deve ser incluído naquela por uma exclusão.

A estrutura da exceção, segundo o autor, a isso responde e avança ainda mais:

A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antiqüíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção (...) Tudo ocorre como se, no mesmo passo do processo disciplinar através do qual o poder estatal faz do homem enquanto vivente o próprio objeto específico, entrasse em movimento um outro processo, que coincide grosso modo com o nascimento da democracia moderna, no qual o homem como vivente se apresenta não mais como objeto, mas como sujeito do poder político.⁸⁵

A exceção, portanto, seria categoria mais adequada para explicitar o fenômeno político-jurídico e suas aporias, pelo menos até que uma política integralmente nova seja inaugurada. De acordo com Agamben:

⁸⁴ Em sentido similar: ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forenser Universitária, 2005.

⁸⁵ AGAMBEN, G., op.cit. p. 16.

Enquanto soberano, o *nómos* é necessariamente conexo tanto com o estado de natureza quanto com o estado de exceção (...) o que surge (no ponto em que se considera a sociedade *tanquam dissoluta*) é, na verdade, não o estado de natureza (como estágio anterior no qual os homens recairiam), mas o estado de exceção. Estado de natureza e estado de exceção são apenas as duas faces de um único processo topológico no qual (...) o que era pressuposto como externo (estado de natureza) resurge agora no interior (como estado de exceção), e o poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *phýsis* e *nómos*. O estado de exceção, logo, não é tanto uma suspensão espaço-temporal quanto uma figura topológica complexa, em que não só a exceção é a regra, mas até mesmo o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro transitam em pelo outro.⁸⁶

O estado de exceção configura “um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (...) em que potência e ato estão separados de modo radical (...)”.⁸⁷

A chave lógica da soberania, sob a perspectiva da exceção permanente é o *paradoxo* que já havia sido enunciado por Schmitt no sentido de que o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, de que a lei ou a Constituição pode ser suspensa por ela mesma. A exceção, sustenta Agambem,

é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída.

(...) A exceção que define a estrutura da soberania é, porém, ainda mais complexa. Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção (...) Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente desse modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela.⁸⁸

A *normatividade do direito*, nesse ponto de vista, somente emergiria mediante sua auto-suspensão, de molde que a exceção não pode ser definida nem como situação de fato, nem como situação de direito, mas como uma zona paradoxal de indiferença. Bem esclarece Agambem, “[n]ão é um fato, por que é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico (...)”.⁸⁹

⁸⁶ Ibid., p. 43.

⁸⁷ AGAMBEN, G., *Estado de exceção*, p. 61.

⁸⁸ Ibid., p. 25-26.

⁸⁹ Ibid., p. 26.

Analisando o *iustitium* romano, Agamben aponta, em resumo, quatro características da exceção: (i) o estado de exceção é um espaço vazio de direito, em que se suspende o direito, não se vinculando à doutrina da necessidade como fonte originária ou da legítima defesa do Estado ou, ainda, à tentativa de increver a exceção na ordem jurídica mediante a separação entre norma e decisão, norma de direito e de realização, poder constituinte e poder constituído; (ii) esse vazio é essencial à existência e compreensão da ordem constitucional; (iii) os atos, sob à perspectiva da exceção, não são executivos, legislativos ou transgressivos, mas um não-lugar absoluto; (iv) corresponde a esse não-lugar uma *força de lei sem lei*.⁹⁰

Na exceção, assim, é revelado o equívoco do entendimento da moderna teoria jurídica de matriz kantiana sobre a aplicação. A aplicação da norma não consubstancia um simples caso de juízo determinante, em que, segundo Agamben, “o geral (a regra) é dado e trata-se de se lhe subsumir o caso particular (no juízo reflexivo, em contrapartida, o particular é dado e trata-se de encontrar a regra geral)”.⁹¹ Por intermédio de uma analogia com a linguagem esclarece o autor que

na relação entre o geral e o particular (mais ainda no caso a aplicação de uma norma jurídica) não está em questão apenas uma subsunção lógica, mas antes de tudo a passagem de uma proposição geral dotada de um referente puramente virtual à referência concreta a um segmento da realidade (isto é, nada menos que o problema da relação atual entre linguagem e mundo). Essa passagem da *langue* à *parabole*, ou do semiótico ao semântico, não é de modo algum uma operação lógica, mas implica sempre uma atividade prática, ou seja, a assunção da *langue* por parte de um ou de vários sujeitos falantes e a aplicação do dispositivo complexo que Benveniste definiu como função enunciativa e que, com frequência, os lógicos tendem a subestimar. No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um ‘processo’ que envolve sempre uma pluralidade de sujeitos e culmina, em última instância, na emissão de uma sentença, ou seja, de um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais.⁹²

E a validade da norma, de acordo com essa perspectiva, funcionaria como algo virtual, uma potência. Cuida-se, grosso modo, de uma “pressuposição” necessária para que se possa afirmar o significado geral da norma num caso particular por ela suspenso. Na regra que ordena, por exemplo, *não fazer X*, existe, virtualmente, ou nela “pressuposto”, sua própria transgressão, ou seja, *fazer X*. O fato não-jurídico consistente na conduta *fazer X* se juridiciza exatamente porque a norma o exclui mediante sua inclusão. Disso resulta que a lei pressupõe o não-jurídico em tal medida que careceria

⁹⁰ Ibid., p. 78-80.

⁹¹ Ibid., p. 61.

⁹² Ibid., p. 62.

mesmo de sentido insistir em oposições entre norma e fato. Mais sensato, ao que tudo indica, seria assumir a zona de indiferença que é revelada pela exceção e concluir que norma e fato são *reciprocamente indissociáveis* ou *imanescentes*.

A decisão de Schmitt, então, restaria superada, afastando tanto o seu significado de expressão de vontade de um sujeito superior a qualquer outro como o seu sentido de providência estratégica para inscrever a exceção na ordem jurídica. À decisão “não concerne nem uma *quaestio iuris* nem em uma *quaestio facti*, mas a própria relação entre o direito e o fato”,⁹³ um vazio. O direito, assim, tem caráter normativo, é norma. Não, contudo, porque prescreve e determina condutas, mas, seguindo Agamben, porque

deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real, normalizá-la. Por isto – enquanto, digamos, estabelece as condições desta referência e, simultaneamente, a pressupõe – a estrutura originária da norma é sempre do tipo: ‘Se (caso real, *p. ex.: si membrum rupsi*), então (conseqüência jurídica, *p. ex.: talio esto*)’, onde um fato é incluído na ordem jurídica através de sua exclusão e a transgressão parece preceder e determinar o caso lícito. Que a lei tenha inicialmente a forma de uma *lex talionis* (*talio*, talvez de *talis*, quer dizer: a mesma coisa), significa que a ordem jurídica não se apresenta em sua origem simplesmente como sanção de um fato transgressivo, mas constitui-se, sobretudo, através do repetir-se do mesmo ato sem sanção alguma, ou seja, como caso de exceção. Este não é uma punição do primeiro, mas representa a sua inclusão na ordem jurídica, a violência como fato jurídico primordial (...). Neste sentido, a exceção é a forma originária do direito. (grifou-se)
A chave desta captura da vida no direito é não a sanção (...), mas a culpa (não no sentido técnico que este conceito tem no direito penal, mas naquele original, que indica um estado, um estar-em-débito; *in culpa esse*), ou seja, precisamente, o ser incluído através da exclusão.⁹⁴

A estrutura da soberania da lei tem a forma da exceção, em que fato e direito são indistinguíveis e devem, todavia, ser decididos, permitindo a inclusão da vida no âmbito político-jurídico. Não se cuida, no entanto, apenas de uma vigência de lei sem significado. A isso se acresce uma consumação da lei que a torna mesmo indiscernível da vida,⁹⁵ permitindo resgatar a *violência pura* benjaminiana, um espaço além do direito e da normatividade autônoma da constituição, em que se verifica “uma ação humana sem relação com o direito (...) diante de uma norma sem relação com a vida.”⁹⁶

É possível afirmar, destarte, que a regra vive somente da exceção e que a soberania, que tem na exceção sua estrutura, não é

⁹³ AGAMBEN, G., *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 33.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 33-34.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁹⁶ AGAMBEN, G., *Estado de exceção*, p. 131.

nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.⁹⁷

À característica da lei de se manter na privação, de se aplicar desaplicando-se, chama Agamben, seguindo Jean-Luc Nancy, de *bando*:

A relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela (...). É nesse sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma: ‘não existe um fora da lei’. A *relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono*. A potência originária do *nómos*, a sua originária ‘força de lei’, é que ele mantém a vida em seu bando abandonando-a.⁹⁸

No *bando* se ligam os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano. Essa estrutura, ao que tudo indica, transparece nos espaços públicos em que vivemos, nos quais se vê, com abundância, cidadãos relegados, abandonados por um poder soberano que os exclui da sociedade incluindo-os, via de regra, pela ilusão da representatividade da democracia liberal, que, bem acentua Losurdo, se revela um verdadeiro contra-senso, na medida em que a tradição liberal se opôs, historicamente, à democracia e, hoje, vem se apresentando como um *bonapartismo soft*:

Assim como o século XX se abre com a demonstração da superioridade do modelo americano no momento da intervenção no primeiro conflito mundial e, depois, no curso do seu desenvolvimento, ele também se concluiu com uma nova e brilhante vitória do bonapartismo *soft*, que tem no centro um líder, fortalecido pela sua investidura popular de tipo plebiscitário, pelos amplíssimos poderes que exerce e pode estender enormemente com o estado de exceção, pela auréola sagrada que lhe deriva do fato de ser intérprete de uma missão sagrada de liberdade, pela possibilidade de dispor de um gigantesco aparelho propagandístico e de persuasão oculta. (...)

O bonapartismo *soft* se configura como um regime não só em virtude da sucessão ordenada e indolor de um líder para outro, mas também pelo fato de que a competição se desenvolve numa plataforma substancialmente unitária e comum aos diversos candidatos que concorrem ao cargo de guia e intérprete supremo da nação. (...)

Nos nossos dias, assiste-se a um paradoxo: os que agitam a palavra de ordem da ‘democracia direta’, naturalmente não a que intervém nas fábricas e nos postos de trabalho mas a que prescindem da mediação dos partidos, são precisamente os adeptos do bonapartismo *soft*, segundo os quais quem designa o líder da nação (...) ou o líder de um determinado colégio eleitoral (...) deve ser diretamente o povo atomizado, privado dos meios mais modestos de autônoma produção espiritual e política e entregue, inerme, ao poder totalitário do *mass-media* monopolizado pela grande burguesia. (...)

⁹⁷ AGAMBEN, G., *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 35.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 36.

O processo de emancipação que, nos últimos dois séculos, conquistou o sufrágio universal igual (uma cabeça um voto), reivindicou a representação proporcional (...), contestou o monopólio (...) dos órgãos representativos por parte da riqueza, associou direitos políticos a direitos sociais e econômicos, viu e celebrou a democracia como emancipação das classes, ‘raças’ e dos povos mantidos em condição subalterna – tal processo parece ter sofrido uma grave interrupção. Neste sentido, estamos diante de uma fase de des-emancipação (...)⁹⁹

O sujeito dessa relação é representado pela figura do *homo sacer*, insacrificável, mas matável,¹⁰⁰ o qual é figura originária da vida no bando soberano e conserva a memória da exclusão por intermédio da qual se constitui a dimensão política:

O espaço político da soberania ter-se-ia constituído, portanto, através de uma dupla exceção, como excrecência do profano no religioso e do religioso no profano, que configura uma zona de indiferença entre sacrifício e homicídio. *Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.*¹⁰¹

O *campo de concentração*, enfim, é mencionado por Agamben como um modelo da dominação biopolítica que, atualmente, se alastra, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos. O campo “é um pedaço de território (...) colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo”.¹⁰²

O campo, explica Agamben, nasce do estado de exceção, da lei marcial. É o que deixa entrever observação, ainda que superficial, do regime nacional-socialista alemão.

A *Schutzhaft* (custódia preventiva) servia de base jurídica da internação nos campos de concentração,

um estatuto jurídico de derivação prussiana que os juristas nazistas classificavam às vezes como medida de polícia preventiva, na medida em que permitia ‘tomar sob custódia’ certos indivíduos independentemente de qualquer conduta penalmente relevante, unicamente com o fim de evitar um perigo para a segurança do estado.¹⁰³

Para se decretar a *Shutzhaft* proclamava-se o estado de exceção, suspendendo-se,

⁹⁹ LOSURDO, D., *Democracia ou Bonapartismo*, p. 51, 56, 300, 303, 329 e 333.

¹⁰⁰ AGAMBEN, G., *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, p. 90.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰² *Ibid.*, p. 177.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 174. Destaque-se a advertência de Agamben de que a internação em campos com base na *Shutzhaft* nasceram dos governos sociais-democráticos que, em 1923, “após a proclamação de um estado de exceção, não apenas internaram com base na *Shutzhaft*, mas criaram também em Cottbus-Sielow um *Konzentrationslager für Ausländer* que hospedava sobretudo refugiados hebreus orientais e que pode, portanto, ser considerado o primeiro campo para os hebreus do nosso século XX (...)”.

com arrimo no art. 48 da Constituição, os dispositivos que nela asseguravam as liberdades pessoais.

No campo, portanto, tudo era/é possível. Nele a exceção é a norma, revelando-se o espaço indiscernível entre interno e externo, entre fato e direito. A vida humana para aí arrastada com base na *Shutzhafft* é dominada na sua totalidade, inscrevendo-se na ordem político-jurídica pela sua própria exclusão e degradação.

O campo serve de modelo exatamente porque, sob exceção permanente, é “o espaço [da] absoluta impossibilidade de se decidir entre norma e aplicação, entre exceção e regra, que entretanto decide incessantemente sobre eles”.¹⁰⁴ A norma no campo é ao mesmo tempo normatização e aplicação, confundindo-se a produção do direito com a sua concretização.

O campo, assim, é o espaço político desse período de transição do século XX para o XXI, em que a organização planetária marca uma localização sem ordenamento que não está restrita ao âmbito internacional, mas se mostra de maneira clara no interior dos próprios Estados, a exemplo da situação dos excluídos, moradores das favelas do Brasil.

Mais do que ler de maneira adequada o funcionamento da lógica soberana, atentando à exclusão que ela promove ao expandir o campo como imagem do espaço político, a categoria da exceção – adjetiva pela permanência porque presente em contínuo na composição do fenômeno jurídico-constitucional – permite destacar uma *zona de anomia*, não subjugada pelo direito, em que se vê tanto uma vigência pura sem aplicação como uma aplicação sem vigência, um espaço aberto à construção não mediatizada por um direito instrumentalizado pelas forças dominantes na vida social ou por perspectivas teleológicas; um direito que, na linha de Agamben, é manifestação de um âmbito político redefinido.

Esse espaço vazio de anomia se revela, incisivamente, na articulação do elemento jurídico – *potestas* – com o elemento anômico – *autoritas* – revelando-se a exceção permanente, portanto, ainda mais imprescindível como categoria para se compreender, hoje, o fenômeno político-jurídico:

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que poderíamos designar pelo nome *auctoritas*. O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado,

¹⁰⁴ Ibid., p. 180.

mas, por outro lado, a *auctoritas* só pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão da *potestas* (...). O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indeterminação entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *postestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma de *auctoritas*, da lei viva ou da força de lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato com a vida. Enquanto os dois elementos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos – como na roma republicana (...) –, sua dialética – embora fundada sob uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas, quando tendem a coincidir (...) quando o estado de exceção em que eles se ligam e indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal (...) O estado de exceção, hoje, atingiu seu máximo desdodramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.¹⁰⁵ (grifou-se)

A categoria da exceção permanente, dessa sorte, além das características condensadas nos subtítulos 4.1 e 4.3 – (i) paradoxos referentes à perspectiva normativa construída nas sociedades capitalistas do Ocidente associados a uma maior influência da decisão política, (ii) contexto globalizado, em que se vêem reestruturadas as relações de poder em escala mundial, (iii) exploração, numa sociedade de risco, da sensação de insegurança e de medo para viabilizar a (iv) instituição de um governo forte e centralizado, expandindo-se a atuação do Executivo sob o alegado objetivo de garantir a continuidade – ou “salvar” – as democracias constitucionais, (v) alteração e até a suspensão de direitos e liberdades a fim de assegurar a manutenção do regime democrático, (vi) déficit de representação e participação popular na formação da vontade política dos Estados – traz consigo uma nova maneira de apreciar o fenômeno político-jurídico que, acreditamos, é mais adequada para compreender a situação contemporânea. Nela arrimado, não se há de duvidar da necessidade de se repensar tópicos estruturais da teoria constitucional. A constituição, os direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional e os tribunais constitucionais requerem nova luz, certo da insuficiência da teoria pós-1945 que, atada à normatividade autônoma da constituição, deixa de abrir maior espaço à realidade e ao poder.

Trata-se, sem dúvida, de um novo registro num período de esgotamento do construto sócio-político-econômico erigido sobre os pilares do paradigma da modernidade.^{106 107}

¹⁰⁵ AGAMBEN, G., *Estado de Exceção*, p. 130-131.

¹⁰⁶ Paradigma, segundo Edgar Morin, trata de um certo tipo de relação lógica extremamente forte entre noções mestras, noções-chaves, princípios-chaves. Refere-se à “pedra angular” de todo um sistema de pensamento cuja afetação alcança, ao mesmo tempo, a “ontologia, a metodologia, a epistemologia, a

Segundo Morin, a ontologia moderna ocidental arrima-se em entidades fechadas, como substância, identidade, causalidade (linear), sujeito e objeto, as quais não se comunicam entre si, firmando oposições que levam à “repulsão ou à anulação de um conceito pelo outro”.¹⁰⁸ O real, afirma o autor, é apreendido em sua *simplicidade* e *homogeneidade*, conhecido na sua essência por um indivíduo racional capaz de pensar a natureza por “extensão e movimento” (dualismo), “passivamente submetida a mecanismos cujos elementos é possível desmontar e relacionar sob a forma de leis”.¹⁰⁹

As influências modernas na organização sócio-política são bem visíveis, por exemplo, na obra de Thomas Hobbes, e se mantém ainda hoje. No entender de Simone Goyard-Fabre, Hobbes expõe as linhas mestras, os princípios fundamentais da teoria do Estado Moderno: “as capacidades de comando e de regulação do Poder procedem, no âmago do humanismo jurídico, de uma concepção individualista e igualitarista da existência pública, embasada num racionalismo estrito.”¹¹⁰

Capacidades de comando e de regulação do *poder* se referem, em síntese, à problemática abarcada pelo conceito moderno de *soberania* – disso cuidaremos mais à frente.

Por *humanismo* se quer dizer que o poder se edifica pelo homem. O homem moderno está no centro. Todavia, aparece na modernidade cartesiana como um “novo deus” transcendente.¹¹¹ Conduz esse pressuposto antropológico – ou se produz em conjunto com ele – a uma concepção individualista, igualitária e racionalista.

O Estado é pensado a partir dos átomos, dos *indivíduos* que o compõem, passando-se da multidão de átomos individuais associativos e apolíticos para a unidade do ordenamento mediante a efetivação de um contrato social.¹¹² Não seria possível

lógica e por consequência a prática, a sociedade e a política.” Cf. MORIN, E., *Introdução ao Pensamento Complexo*, p. 54.

¹⁰⁷ PLASTINO, C. A., *Sentido e Complexidade, Corpo, Afeto, Linguagem: a questão do sentido hoje*, 2001, p. 44: “dentre os conceitos-chave que organizam a concepção ontológica e epistemológica da modernidade, é preciso destacar dois: o que pressupõe no real uma essência redutível à razão lógica e apreensível pela razão humana e, indissociável dele, o que representa o real como cindido em dualismos tais como natureza-cultura e corpo-psique (...)”. Também: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, 2003; SANTOS, Boaventura de Sousa. *La transición postmoderna: derecho y política*, 1989.

¹⁰⁸ Ibid., p. 54

¹⁰⁹ Ibid., p. 47.

¹¹⁰ GOYARD-FABRE, S., *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*, p. 75.

¹¹¹ HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 109: “Há uma rigorosa continuidade entre o pensamento religioso que concede a Deus um poder acima da natureza e o moderno pensamento ‘secular’ que concede ao Homem esse mesmo poder acima da natureza. A transcendência de Deus é simplesmente transferida ao Homem.(...)”.

¹¹² Ibid., p. 79.

sustentar essa individualização se não concebidos os homens como *formalmente iguais* – em específico, iguais na capacidade de matar e de agir com prudência. Completa a tríade a redução *racionalista* do homem, que se mostraria capaz de conhecer e controlar a natureza mediante operação metódica de cálculo que permite a construção de conceitos indispensáveis à compreensão funcional da sociedade.

A simplicidade moderna, sem embargo, vê sua derrocada surgir do próprio avanço do conhecimento por ela fomentado, que a cada dia – de modo mais intenso na atual situação de exceção permanente – descobre novas sendas de incerteza e dúvida. A simplicidade, destarte, dá lugar à complexidade do real e à inevitável consequência de que o saber produzido deve ser atualizado e, se for o caso, reafirmado sob renovada fundamentação.

Não escapa à mudança a organização sócio-política, inserindo-se nesse impulso de transmutação do paradigma da modernidade a categoria da exceção permanente. O *humano* não é nela invocado como um absoluto transcendente nem como um ser cuja razão é capaz de tudo controlar e subjugar. Reconhece-se pela categoria da exceção, em vez disso, que a pessoa humana é preponderantemente caracterizada por sentimentos, fragilidades, destrutividade e, ao mesmo tempo, capacidade de criar e inovar a construção do mundo – produto de sua atuação, como esclarece Hanna Arendt.¹¹³

O *indivíduo*, o sujeito, não é substituído por uma perspectiva organicista, um ser coletivo, mas preservado de maneira que não se estabeleça exclusivamente sobre ele a construção da vida comum. Orienta-se a categoria da exceção permanente pela problemática da subjetividade e das ingerências sobre sua formação, ampliando-se a visão da *igualdade* de molde a abarcar exigências de distribuição econômica e de composições identitárias. A capacidade de regulação do *poder* é redimensionada sob a categoria da exceção permanente com a finalidade de resgatar, de forma especial, um âmbito de ação não limitado ao discurso jurídico.

Aí já se vê quão amplo é o campo de reflexão aberto à categoria da exceção permanente. Centrados, no entanto, na reestruturação do pressuposto da normatividade da constituição, discorrer-se-á na seqüência, em caráter exemplificativo, sobre uma possível aplicação da categoria exceção permanente na compreensão de alguns dos tópicos centrais da teoria constitucional: constituição, direitos fundamentais, hermenêutica/interpretação, tribunais constitucionais.

¹¹³ ARENDT, H., op cit., p. 15 passim. A autora diferencia a terra – dimensão natural – de mundo, espaço criado, construído pelo homem.