

**PODER, SOBERANIA E EXCEÇÃO:
UMA LEITURA DE CARL SCHMITT**

EVARISTO PRIETO



Poder, soberania e exceção: uma leitura de Carl Schmitt¹

Power, sovereignty and exception: a reading of Carl Schmitt

Evaristo Prieto²

Resumo: Nossa era é considerada frequentemente, e de modo não muito distante da realidade, como um tempo de emergência. Os desafios com os quais nossas sociedades se defrontam parecem postular respostas que estão além dos limites e possibilidades que os instrumentos jurídicos do Estado de Direito nos oferecem. Carl Schmitt viveu e escreveu imerso em uma era obscura; suas reflexões serviram como aviso sobre as debilidades e os traços agourentos que pendiam como uma ameaça sobre a política de Weimar, ao mesmo tempo em que representaram um convite para assumir uma estratégia mais enérgica

-
- 1 Tradução do castelhano para o português de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Pedro Savaget Nascimento.
 - 2 Doutor em Direito. Professor Titular de Filosofia do Direito na *Universidad Autónoma de Madrid* e no Doutorado em Filosofia da mesma Universidade. Autor da obra *Acción Comunicativa e Identidad Política: Jürgen Habermas*, bem como de vários artigos e capítulos de livros sobre Filosofia Política, Sociologia Jurídica e Teoria Social. Atualmente vem pesquisando temas relativos ao holocausto e ao totalitarismo, assim como as relações entre a política e o mal nas sociedades contemporâneas.

com o fim de confrontar as ameaças que acompanharam a decadência e a queda dos regimes liberais. Os remédios propostos incluíam poderes executivos extraordinários, uma soberania reforçada e, inclusive, a imposição de poderes ditatoriais. Neste ensaio nos centramos em alguns dos marcos principais dessa via que leva ao autoritarismo, examinando os vínculos entre alguns conceitos centrais da proposta teórica de Carl Schmitt: soberania, poder e exceção.

Palavras chave: Poder. Exceção. Soberania. Estado. Ditadura.

Abstract: Our times are often described, and not very far from reality, as emergency times. The challenges which our societies face seem to demand responses far beyond the limits and possibilities of the legal instruments provided in the frame of the Rule of Law. Carl Schmitt lived and wrote in the midst of a dark age; his reflections functioned both as a warning about the weaknesses and ominous traits pending upon the Weimar politics and simultaneously as an invitation to assume a much more forceful strategy coping with the threats which accompanied the decline and fall of the liberal regimes. The remedies proposed included extraordinary executive powers, reinforced sovereignty and even dictatorship. In this essay we focus on some of the main hints in this road to authoritarianism, examining the links between several core concepts of Carl Schmitt's theoretical proposal: sovereignty, power and exception.

Keywords: Power. Exception. Sovereignty. State. Dictatorship.

1. Introdução

O Estado de Direito e a política moderna em geral se debatem entre as alternativas de reconhecer a existência da exceção ou tratar de ocultá-la sob o signo de uma legalidade que gozaria de uma má saúde de ferro. A maioria dos textos constitucionais contém algumas previsões relativas aos estados excepcionais e, por esse motivo, creem estar resguardados das ameaças que a emergência oferece para a ordem política consolidada.

O certo é que alguns sintomas de alarme teriam de nos fazer suspeitar que essa fachada não parece tão firme como seria de se esperar. Os Estados recorrem, em medida crescente, à aprovação de legislações de exceção frente ao terrorismo ou outros fenômenos de criminalidade transnacional e, o que é mais inquietante, parece impor-se como uma ideologia admitida com poucas reticências a ideia de que as liberdades nunca são adquiridas sem algum custo. A síndrome do medo e da ameaça que se estende como uma mancha de azeite por todos os regimes democráticos torna os cidadãos receptivos à crença de que a segurança deve ser adquirida ao extremo, em troca da proteção de direitos e liberdades outrora considerados intangíveis.

O Estado, sem dúvida, não deve fechar os olhos para os estados excepcionais, mas tampouco deve considerar ingenuamente que as medidas executivas que recomenda estão livres de graves consequência, e não meramente “colaterais”, por certo. O que construções teóricas como o “direito penal do inimigo”³ escondem debaixo do tapete é a condicionalização do contrato social⁴ – essa coincidência entre nascimento e direitos, *Ordnung* e *Ortung*, como prefere chamá-la Carl

3 PRIETO, 2005.

4 PRIETO, 2008.

Schmitt – que define o moderno *nómos*.⁵ Um Estado que invoca a excepcionalidade reclama para si a recuperação de um poder originário que vai além dos limites e possibilidades legais, um poder nu que se expressa na inscrição⁶ dos sujeitos individuais na ordem política, seja como cidadãos fiéis ou como inimigos aos quais convém “neutralizar”.

O paradigma securitarista é o sintoma que delata a lenta – mas irrefreável – invasão da enfermidade auto-imune no organismo político.⁷ Quando se eleva um direito à segurança como fundamento fático dos direitos individuais, põe-se em marcha mecanismos excepcionais que, ao se converterem em mecanismos de gestão ordinários dos perigos dentro do Estado, acabam por se instalar como nova normalidade. A exceção se insinua, de modo cada vez mais aberto, enquanto mera normalidade. O que deveria nos salvar se volta contra nós e ameaça nossa existência.

Nas épocas atribuladas de descrédito da política, esta tem que reclamar sua condição de normalidade, rebaixando a tensão existencial de uma *práxis* estatal orientada para a luta por sua existência. Essa conservação não deve produzir um suposto direito de autodefesa, mas manter-se como mero pressuposto de garantia dos direitos e liberdades. Quando a

5 A condicionalização à qual me refiro é a ruptura da evidência inquestionada de que todo cidadão, a despeito de sua conduta e de sua lealdade declarada à ordem, goza de direitos iguais por razão de nascimento. A partir dessa ruptura, os direitos devem ser merecidos, o que divide o corpo político em cidadãos e inimigos, com distintos regimes normativos. Tudo muito schmittiano, como facilmente se observa. Sobre o conceito de *nómos*, cf. SCHMITT, 2002.

6 AGAMBEN, 1998.

7 Isensee fala sobre a inexistência de um tal direito à segurança, traçando um estupendo quadro sobre o papel da exceção como “caso sério” (*Ernstfall*) nos regimes constitucionais e defendendo um necessário relaxamento (*Entspannung*) da prática política diante das apostas existenciais. Cf. ISENSEE, 1979 e 1983.

conservação do corpo político se converte em um fim, passamos a deslizar pela vertente da renúncia aos direitos mais intangíveis, cujo final se encontra no totalitarismo.

Schmitt é um dos autores que mais profundamente estudou essa transição. Ademais, foi um dos principais patrocinadores ideológicos da mesma, tendo-o feito já desde seus primeiros escritos, em que ainda parece declarar suas lealdades constitucionais. Acompanhar suas reflexões mediante alguns marcos de sua obra dedicados à exceção é uma forma de se proteger contra as ameaças com que certamente nos depararemos no futuro.

Carl Schmitt é, sem nenhuma margem de dúvida, o teórico político que dedicou as reflexões mais profundas e sutis ao estudo da exceção. Em alguns casos, trata-se de fluxos de pensamentos que apontam na direção de um poder excepcional a partir da crítica do normativismo e das limitações do Estado liberal de Direito; em outros, trata-se de meros retalhos que permitem intuir e reconstituir – arqueologicamente, se assim se quiser – os avatares da reflexão sobre a exceção a partir de outros fenômenos próximos a ela. Isso é o que acontece quando nos submergimos em suas reflexões acerca da decisão ou da soberania, que têm um inevitável reflexo em nosso tema de estudo.

Uma tese nos ajudará a centrar nossa indagação: a apologia da exceção na obra de Schmitt não pode ser entendida sem a paralela depreciação que o conceito de norma sofre. Dessa maneira, o conceito de Estado que ele propõe como núcleo de sua concepção política, em sua dimensão institucional, se dissocia em uma medida significativa do esqueleto normativo que lhe serve de suporte, para assim albergar um *plus*, algo que não pode se reconduzir ao universo das regras e que precisamente o dotaria de seu sentido íntimo mais relevante. No fundo, estamos diante da dissociação de

um domínio prístino, o das situações que existencialmente importam, pois nelas se evidencia o destino da comunidade, que não se deixa conformar nos limites do direito. O poder e o Estado – que trabalha como seu precipitado físico, como seu signo sensível no mundo fenomênico da política institucional – quebram assim essa falsa identidade com o sistema jurídico que a teoria kelseniana contribuía para fundar e que se elevava a doutrina hegemônica, a autêntica ideologia do Estado burguês de Direito. Como veremos mais adiante, quando o pensamento de Schmitt já se encontrava consolidado em sua *Teologia Política* de 1922, ou com mais notoriedade em seus escritos dos anos trinta, a política avançou para o primeiro plano da análise, destruindo em seu caminho os diques com os quais o pensamento liberal havia tentado contê-la: as normas e os sistemas jurídicos, que então se veem rebaixados a meros obstáculos e que perdem seu valor quando o que está em jogo é o destino último dos povos, colocando em cena a luta pela sobrevivência frente ao inimigo. Não em vão, a concepção de política em Schmitt está ligada à identificação do inimigo e ao combate contra ele, e não ao comércio deliberativo do qual se serve o corpo normativo para se desenvolver ordenadamente e converter seu labor em orientações vinculantes para a ação.

2. Primeiras obras

Em Carl Schmitt, o pensamento do político e de suas relações com o universo das normas se traslada para uma instância preliminar, entendimento sem o qual não podemos manejar as chaves íntimas de sua proposta. Já em sua primeira obra, *Gesetz und Urteil*,⁸ de 1912, nosso autor desvela essa chave: o direito vale em situações normais, nas quais

8 SCHMITT, 2009.

se faz evidente o ajuste entre as previsões expressas nas normas jurídicas e o decurso regular da realidade empírica. O pensamento jurídico liberal parte dessa pressuposição – em seu caso, não tematizada, implícita – de que as normas servem como ferramentas de direção da conduta e de organização social graças a um tipo de coincidência mágica entre validade e eficácia. Formulado com mais clareza: dá-se por resolvida a idoneidade das normas como reguladoras e conformadoras do mundo, sem que caiba o argumento de que a normalidade em que tudo isso sucede é o terreno prévio para a existência das normas, constituindo sua condição precedente de validade. Esse elemento de normalidade é declaradamente fático, empírico e eventualmente político, funcionando enquanto condição necessária de validade das normas que, por isso mesmo, nunca se fundam a partir de si mesmas. Essa descoberta não é, por outro lado, nenhuma novidade revolucionária: a teoria de Gödel já havia dado conta desse fato implícito no mundo dos sistemas lógicos e, entre os teóricos do Direito, havia sido constatado por autores como Kelsen em suas reflexões sobre o caráter da norma fundamental, que coroa a validade dos sistemas normativos.

Em todo caso, é mérito de Schmitt ter explicitado o que tinha se tornado incômodo para o pensamento jurídico de feição liberal-democrática e isso, insisto, desde o primeiro momento.

Coisa distinta é – abordaremos tal tema mais adiante – a questão dos limites e das exigências dessa demanda de normalidade como substrato da validade normativa. Schmitt se excederá em sua compreensão expansiva da normalidade, ameaçando a estabilidade e a autossuficiência das normas do direito, bem como a função que lhe compete como instrumento de proteção de expectativas de conduta. Mas isso é adiantar demasiadamente as coisas.

Em sua obra seguinte, *Die Wert de Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, publicada dois anos depois, em 1914, Schmitt, sob o pretexto de um reconhecimento da prioridade do direito sobre o Estado e, equivalentemente, do jurídico sobre o político, desfere um golpe na concepção clássica do Estado de Direito e do poder regulado por normas que tal estrutura presumia ser definitivo.

Para Schmitt, o direito se erige como ordem pura e valorativa⁹ que se remete circularmente a si mesmo: o direito é norma, é uma ideia abstrata não deduzida de fatos e nem dirigida a eles,¹⁰ separada dos momentos que apontam para sua realização e execução.¹¹ No primeiro Schmitt, esse momento de identificação do direito com uma pura ordem simbólica não chega ao extremo da recusa das normas e à afirmação enérgica do momento de sua vigência encerrada no estado de exceção. Schmitt parece ainda compartilhar certo pudor gremial que o leva, em uma linha próxima ao neokantismo, a admitir o dualismo entre norma e fato, entre direito e poder, no qual os primeiros membros dos pares ainda conservariam certa supremacia valorativa e de conteúdos. Paralelamente, a tarefa essencial do Estado consiste em realizar as normas, traduzindo-as para a realidade fática das condutas: pois a vocação das normas, que não é outra senão romper esse limite entre direito e realidade, não pode se realizar a partir delas mesmas, mas, pelo contrário, requer um *medium*, um intermediário eficaz a seu serviço e que pertença ao domínio do empírico. A norma pura não pode conter esse fim em si mesma, não pode obter com suas próprias forças ideais a submissão da realidade aos seus mandados; é necessário um portador do *éthos* que insuffle um princípio vital ao mundo

9 SCHMITT, 2004, p. 42.

10 SCHMITT, 2004, p. 42.

11 SCHMITT, 2004, p. 77.

do direito na forma da vontade do Estado em sua faticidade concreta.¹² Mediante a assunção do fim como uma tarefa conformadora básica das normas – e vontade de conformação da realidade –, a realização do direito se infiltra em sua definição e, com ela, um momento de faticidade e poder que contamina a pureza dos enunciados jurídicos.¹³

Schmitt ainda afirma nesse escrito inaugural, como já pontuei, certa sujeição do poder ao direito, um tratamento normativo do político enquanto pressuposto doutrinário de sua construção do Estado. As normas têm uma função reconhecida de legitimar o poder, de criar autoridade a partir de uma força definida por sua mera superioridade física, atribuindo uma posição de valor ao Estado. O Estado se define a partir do direito e nunca de modo contrário, dado que é este que reconhecidamente precede e cria aquele.¹⁴ O Estado é entendido enquanto formação jurídica (*Rechtsgebilde*) cuja tarefa consiste em realizar o direito, criando no mundo a situação que corresponda, na medida do possível, às exigências que refletem as ideias jurídicas para a conduta dos indivíduos e a disposição do mundo externo.¹⁵ O conteúdo da vontade estatal não difere do próprio direito, razão pela qual o Estado só pode ser um Estado de Direito, o qual deriva sua legitimidade de sua condição de primeiro servidor do direito, sujeito jurídico em sentido eminente e único portador do *éthos* que circunscreve as normas.¹⁶

O Estado viria a encarnar um poder supremo e, enquanto a superioridade estaria assegurada pela tarefa encomendada – qual seja, a realização do direito –, o elemento do

12 SCHMITT, 2004, p. 28.

13 SCHMITT, 2004, p. 39.

14 SCHMITT, 2004, p. 50.

15 SCHMITT, 2004, p. 56.

16 SCHMITT, 2004, p. 57.

poder é que imprimiria direção a esta, pois não é possível efetivar qualquer influência no mundo sem sua mediação. Esse poder resume em si as capacidades de coação necessárias para dotar de eficácia as normas, que apenas podem corresponder ao Estado, nunca ao direito.¹⁷

Apesar da declarada fixação da institucionalidade estatal na ordem jurídica, que proscreveria de antemão qualquer presumível recurso excepcional ao afastar as possibilidades de admitir um poder não regrado, Schmitt deixa escapar algumas sugestões que abrem as portas para outra leitura, menos comprometida com a legalidade. Já sabemos que a vontade normativa, o fim do direito – *i.e.*, a necessidade de traduzir enunciados em estados da realidade –, postula um elemento que insufla vida à letra da lei, o que é tarefa específica do Estado, mediador entre a ordem das ideias e a dos fatos. Schmitt nota, várias páginas depois, uma estranha dissociação – ou dualismo, como ele prefere – entre os enunciados jurídicos que vertebram o mundo das representações ideais – esse direito abstrato, originário e precedente ao Estado – e um direito estatal, instrumental e mediado, no qual já tomaram forma os limites daquele e que atua no mundo empírico como em seu campo próprio de ação.¹⁸ Tal separação entre a ideia jurídica (*Rechtsgedanke*) e os momentos que apontam para sua realização e execução ficaria refletida – e esse exemplo é bastante significativo – na distinção que se faz entre ilícitos criminais e policiais. Conforme eu disse, é sintomático que, assim como ocorre em Benjamin,¹⁹ se exemplifique a violência que acompanha a garantia do direito (violência conservadora) mediante um paradireito policial

17 Frente à ideia kelseniana da coação que se converte em significado intrínseco da norma.

18 SCHMITT, 2004, p. 77.

19 BENJAMIN, 1998.

que se situa no extremo da executividade de uma lei, em detrimento de formas mais atentas à legalidade, ainda que menos vigorosas em sua real concretização.

O reconhecimento da realidade requerido por toda ideia jurídica pura apenas se alcança cabalmente por meio da positivação, que Schmitt define como uma imposição de seu conteúdo por meio da decisão soberana.²⁰ A tradução desse conteúdo normativo para a realidade é levada a cabo pela intermediação de uma decisão do Estado, que opera por meio de “determinações concretas” e “soberanas”. Duas chaves para compreender o projeto da exceção abrem caminho aqui, sob ambas as rubricas. A determinação concreta pode ser o resultado de uma mera operação silogística que extrai o particular da decisão do caso a partir da generalidade do teor normativo ou pode requerer uma operação mais exigente. Schmitt reconhece aqui a ideia – que mais tarde será aprofundada – de que a cisão entre norma e caso particular não pode ser satisfeita por meio desse expediente tão asséptico e descomprometido. Toda determinação incorpora um momento criador, ultrapassando as previsões da norma abstrata e dotando o aplicador de poderes legislativos. Em um momento posterior de sua produção, Schmitt se inclinará para a recusa do normativismo como modo de pensar a ciência jurídica, em benefício primeiro do decisionismo e, mais tarde, do pensamento institucional. No texto que ora analisamos, ele se limita a assinalar esse componente determinativo – formalista em razão de sua indiferença quanto ao conteúdo concreto das normas – que aparece na realização do direito. O qualificativo dessa decisão determinativa (soberana) não merece maiores comentários aqui por parte de Schmitt, apesar do que a sobrevalorização do momento vital sob a forma da reaparição do poder e da realidade na defini-

20 SCHMITT, 2004, p. 79.

ção do direito nos deixa já alguma pista: há um momento de realização dos planos normativos que corresponde ao poder político e não se deixa subsumir no molde das regras, sendo capaz de lhe outorgar certo protagonismo frente ao anódino exercício regrado do governo próprio do Estado de Direito.

3. A Ditadura

A obra *Die Diktatur*²¹ constitui o segundo marco incontornável nessa rota pela excepcionalidade no pensamento de Schmitt. Nesse ponto aparecem alguns temas que requererão uma indagação mais cuidadosa para situar e enriquecer nossa análise: o papel da ditadura como regime excepcional, a distinção entre normas de direito e de realização do direito, a recuperação da *plenitudo potestatis* em caso de necessidade e a suspensão da ordem constitucional a pretexto de sua proteção, entre outros.

Convém ter em mente que Schmitt alberga a intenção – talvez apenas esboçada, mas em todo caso inequívoca – de propiciar uma alternativa ao regime liberal burguês que começava, em seu entender, a exibir linhas de fratura que conduziriam inevitavelmente à sua ruína. A advertência que dirige ao leitor no final da obra dá lugar a poucas dúvidas: depois da quebra da homogeneidade estatal provocada pela proliferação de associações e facções, que pugnam por seus interesses sem atender ao coletivo, a ditadura e os estados excepcionais constituirão a única via de resgate. Schmitt entende que a ameaça do comunismo e o impulso político da ditadura soberana do proletariado são os sinais anunciadores de um novo tempo, e que toda normalidade política

21 SCHMITT, 1985. Altero o padrão cronológico, que imporia o exame da *Teologia Política*, por razões sistemáticas, dado que aqui Schmitt apresenta algumas ideias relativas a uma instituição que funciona como precedente dos modernos regimes excepcionais.

expressa na legalidade formal liberal é inidônea frente à nova situação. Isso acontecerá necessariamente logo que os meios de execução civil e penal, que haviam sido suficientes para a manutenção do controle sobre o indivíduo desviado, fracassarem e, com eles, a totalidade unitária de um Estado que até então não havia sofrido ameaças contra seu monopólio de poder.²² Em seguida, diante de situações da advinda anormalidade, as liberdades civis terão que buscar sua garantia em meios mais eficientes, o que abrirá as portas para a adoção de medidas excepcionais e para a instauração de um regime político mais vigoroso e menos complacente com o pluralismo liberal.

Mas até alcançar esse reconhecimento, Schmitt reconstrói uma história genealógica da instituição ditatorial e dos estados de exceção, entre os quais enumera a lei marcial, os comissariados executivos ou revolucionários e os estados de sítio, dentre alguns outros. O interessante, contudo, são as pistas que ele vai deixando aqui e ali, e que nos permitem reconstruir os avatares de um Estado de Direito e de um sistema jurídico de cunho liberal questionados pela emergência massiva do político. Essa é, por outro lado, a pedra angular que explica o fundamento e a dinâmica dos estados de exceção, como ficará claro mais adiante.

A ditadura se apresenta como uma supressão do Estado de Direito, que se articula por meio da suspensão de direitos individuais e da alteração dos procedimentos legislativos ordinários: nas palavras de Schmitt, um “*e estado de excepción necesario*”²³ que desarticula a normalidade institucional. No entanto, o mais revelador consiste no fato de que a ditadura se funda sobre um paradoxo: a negação das normas cuja dominação há de assegurar, pois, como sustenta mais

22 SCHMITT, 1985, pp. 261-262.

23 SCHMITT, 1985, pp. 23-24.

adiante, “*la dictadura ignora el Derecho para poder realizarlo*”.²⁴ Segundo nosso autor, esse é o núcleo dos estados de exceção: a suspensão do direito para viabilizar sua realização. Schmitt está aqui propondo uma genuína dissociação entre duas facetas no interior do direito e das normas jurídicas: a vertente puramente formal do enunciado prescritivo e a de sua eficácia material como conjunto de expectativas realizadas. No escrito anterior, recordemo-nos, Schmitt já tratara de separar esses dois reinos, o das então chamadas “ideias jurídicas” e o de sua realização empírica, realizada pelo Estado. Naquela obra, a positivação funcionava como um vínculo entre ideia e realidade, com seus correlatos de estatalidade e coação, necessários para levar a bom termo correspondência entre norma e fato.

Nessa nova obra Schmitt dá mais um passo e já fala de uma separação entre dois tipos de normas: as normas de direito e as normas de realização do direito. O ponto-chave da separação se localiza no mecanismo da finalidade das representações normativas, incorporado nas segundas: a influência no âmbito da realidade, a correspondência cabal entre as expectativas expressadas nas normas (agora normas de direito) e a realidade de seu cumprimento (normas de realização do direito). O fim se emancipa então do teor das normas, vinculando-se à sua eficácia material, entendida como correspondência. Sendo assim, a primazia do fim deve ser garantida por qualquer meio ao alcance do aplicador: ordinariamente, no caso da coação institucionalizada ou, de modo extraordinário, mediante o recurso à ditadura e aos estados de exceção. Daí a necessidade, nos casos extremos, da inaplicação do direito formal (as normas de direito) para facilitar o fim conformador do direito, a segurança do cumprimento (normas de realização do direito). Ignoramos o

24 SCHMITT, 1985, p. 27.

direito – na realidade, uma de suas dimensões – para garantir a realização de seu sentido genuíno.

A partir dessa constatação advém uma série de consequências e se explicam muitas chaves interpretativas do pensamento jurídico-político de Schmitt, tais como seu decisionismo ou a necessidade de operar um desmembramento da soberania, dentre outras. É óbvio que logo que as normas em seu sentido formal são dissociadas de sua tarefa prática, atribuída agora aos órgãos do Estado – ordinários ou extraordinários –, avança para o primeiro plano a decisão real que declara a normalidade ou a garante energicamente, caso seja perturbada. Em todo caso, o centro se vê deslocado para um poder estatal que toma o controle das normas, diferentemente do que Schmitt vinha sustentando em seus primeiros escritos.

A reflexão mais profunda gerada a partir desses dualismos gira em torno do sentido e das funções do direito e sua diferenciação em relação a outros sistemas sociais, em particular o político. Poderíamos considerar, como afirma Niklas Luhmann em uma das abordagens mais poderosas sobre esse tema,²⁵ que a função do sistema jurídico consiste na generalização de expectativas normativas de conduta. Para Luhmann, as expectativas normativas (diferentemente das cognitivas) se caracterizam por certa refratariedade em relação à realidade, *i.e.*, por sua manutenção contrafática, ainda que com algumas limitações. Uma expectativa normativa (“vou continuar com vida no final do dia”) deve ser afirmada e merece ser mantida apesar de ser episodicamente desmentida pela realidade (em ocasiões, mortes violentas ocorrem). Luhmann descobre a função jurídica nessa proteção normativa, levada imediatamente a efeito mediante a

25 Remeto ao capítulo segundo de LUHMANN, 1987. Ocupei-me da análise da obra de Luhmann em diversas ocasiões, como em PRIETO, 2001.

reafirmação simbólica de sua mensagem (você tem direito a continuar esperando normativamente que suas expectativas se cumpram), respaldada certamente por meio de instrumentos que permitam afirmar nossas expectativas cotidianas de modo verossímil. O papel da coação – ou seja, da realização extraordinária das expectativas naquelas ocasiões em que são frustradas – é fundamentalmente comunicativo: relembra ao sujeito que ele teve razão em confiar e perseverar em suas expectativas e que deve continuar fazendo-o, apesar de seu fracasso; aos demais, recorda que qualquer desvio dessas expectativas vai ser corrigido e castigado. Trata-se, em todo caso, de mensagens normativas, não de garantias executivas que cheguem ao extremo de afirmar que as expectativas serão cumpridas. O direito, em suma, avaliza as expectativas, não seu cumprimento. Isso é algo que compete ao sistema educativo (mediante a socialização não desviada dos cidadãos) ou ao sistema político (por meio de uma vigorosa e eficaz administração das sanções). Assim, à pergunta que Luhmann formula em um de seus ensaios acerca de qual seria a função do direito, se a asseguuração de expectativas ou a direção de condutas,²⁶ a resposta se oferece inequívoca: ao sistema jurídico compete a garantia simbólica das expectativas normativas no trato mútuo.

Essa digressão teve por objetivo jogar um pouco de luz sobre o problema de fundo que se desenha quando se praticam tais clivagens. Se atribuirmos ao direito, incorporando à sua definição (como norma de realização) a garantia prática dos fins e a correspondência fiel com a realidade, nos veremos condenados a assumir uma lógica finalista, de administração de meios vigorosos e objetivos normativos bem traçados, conformando genuínos manuais de instrução nos quais as normas acabam se degradando em um instrumento

26 LUHMANN, 1983.

a mais e, às vezes, não os mais idôneos para alcançar nossas metas. Assim entendido, o direito se coloca na perspectiva de seu possível fracasso, preparando de antemão as alternativas para sua substituição por remédios mais enérgicos e promissores: a ressurreição da política, domesticada e latente no Estado de Direito, mas pronta para ressurgir nas conjunturas graves.²⁷

A recuperação da política nas situações de emergência e de excepcionalidade põe o direito sob o signo de sua contingência, o que afeta nossa postura ordinária diante das normas, que agora deve ser mediada por uma atitude objetivante e neutralizada. Isso acontece sempre que nos perguntamos se, na perspectiva dos fins normativos e da segurança de cumprimento das expectativas, o direito continua merecendo nossa consideração ou, ao contrário, se converteu em um obstáculo para sua realização empírica. Nesse último caso, se abandonaria a atitude interna – geradora da obrigação jurídica de obediência e do dever jurídico, como ilustram as já clássicas análises de H. L. Hart²⁸ – em favor de uma atitude instrumentalista, própria de observadores externos, para os quais a norma é vista à luz de sua capacidade ordenadora.

A vinculação genérica do direito a resultados normativos não pressagia algo inócuo. O terrorismo dos fins abre as portas para o reino das circunstâncias ou da necessidade, que ditam em todo momento quais meios são os mais idôneos para atingirmos nossas metas normativas. A apreciação das situações, a perícia para a seleção de ferramentas, a celeridade das respostas e a energia empregada para vencer os obstáculos se convertem em fatores especialmente valiosos

27 Aludindo com aprovação a Jhering, Schmitt escreve que ante o fracasso da missão ordenadora do direito se abriria caminho para a força, desembocando o direito na política e na história (SCHMITT, 1985, p. 27).

28 HART, 1961.

na prática jurídica que, se por um lado adota perfis técnicos, por outro se revela abertamente política. O elemento técnico é apreciado na substituição de normas jurídicas inúteis por regras consideradas objetivas e que associam mecanicamente situações e respostas, meios e objetivos.²⁹ O elemento político se revela no peso que a decisão soberana assume na determinação das circunstâncias que derrogam a normalidade jurídica, na nudez e no crescimento de um poder não regrado e na exaltação da segurança e da homogeneidade comunitária como valores supremos.

Se o que está em jogo – tanto na ditadura quanto nos estados excepcionais – é a supressão da situação jurídica em geral, promovendo-se um procedimento ligado à consecução de um resultado concreto; se, no fundo, se expõe mais genericamente um desligamento do fim em relação ao direito, o limite assintótico dessa releitura viria a ser, como Schmitt declara, a crença de que todo ordenamento jurídico é tão-só uma ditadura, latente ou intermitente.³⁰

Apesar de sua contundência, a afirmação anterior não é demasiado surpreendente, recordando uma sentença de semelhante teor da lavra de Benjamin.³¹ O avanço dos fins ao primeiro plano põe o direito sob o jugo de um poder que rege seus destinos, e de uma excepcionalidade que traz à luz seu autêntico caráter. Combinando ambas as intuições, Schmitt declara que *“la acción del dictador debe crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación normal en la cual tiene validez”*.³²

29 SCHMITT, 1985, p. 26.

30 SCHMITT, 1985, p. 27.

31 *“La tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción es la regla”* (BENJAMIN, 1980).

32 SCHMITT, 1985, p. 182.

Trataremos do poder com mais minúcias adiante. A excepcionalidade se apresenta – e esse é um passo a mais que separa nosso autor das correntes doutrinárias de seu tempo, bem como das teorizações sobre o Estado de Direito – como autêntico ser das normas. Se, como nos é familiar, colocamos a finalidade das representações normativas na condição de essência genuína do direito, veremos que é nas situações de emergência, na guerra ou na sublevação que se revela “*el caso ideal normal en el que el Derecho y el Estado despliegan su naturaleza finalista intrínseca con una fuerza inmediata*”.³³ Mais adiante, ao repassarmos as teses capitais da *Teología Política*, veremos como a excepcionalidade se converte no centro do sistema jurídico-político, chegando ao ponto de degradar o caso normal a um fenômeno que nada explica, transformando-o em mera repetição sem substância ou força. Essa equiparação entre interesse e excepcionalidade estará então associada à soberania e à decisão, fatos primordiais que transcendem a normalidade representada pela norma e pelo poder regrado.

O conteúdo da exceção ou, de modo correlato, o âmbito em que se desdobra o poder excepcional enquanto poder excedente deve ser buscado no fim supremo que motiva toda ordenação: a busca da segurança como pressuposto da unidade do corpo político. O valor da segurança ou da autopreservação social é o que separa a normalidade jurídico-institucional – na qual os remédios legais são suficientes para conservar e restabelecer a ordem – da excepcionalidade que exige medidas extremas. A segurança, supremo fim, justifica qualquer transgressão normativa, inclusive a suspensão integral da ordem jurídica. No caso extremo, quando se recorre a meios extraordinários que manifestam um poder à margem e em oposição ao poder constituído,

33 SCHMITT, 1985, p. 27.

“si se quiere realizar una acción eficaz, cesa la regulación jurídica del contenido de esa acción”.³⁴ A situação se transforma em instância criadora de novas regras – a jellinekiana “força normativa do fático” –, desprendendo-se das cautelas jurídicas que constituem impedimentos que prejudicam sua eficácia executiva. Para Schmitt, as corajosas tentativas de regular as situações de excepcionalidade na Constituição de Weimar – o célebre e malfadado artigo 48, relativo às competências extraordinárias do Presidente do *Reich* – revelam uma contradição interna intransponível dos legisladores, que fixaram os pressupostos das intervenções extraordinárias ao mesmo tempo que deixaram a declaração de sua existência e a definição das medidas a serem realizadas nas mãos do Presidente do *Reich*, o que levava, na prática, a uma situação ditatorial.³⁵

Por outro lado, a unidade ou homogeneidade do corpo político é um tema que vai adquirindo perfis mais nítidos e tenebrosos à medida que os pensamentos de Schmitt evoluem ou se desdobram a cada obra. Sem dúvida, a evolução doutrinária mais pormenorizada é aquela desenvolvida nas páginas de seu célebre *O Conceito do Político*, livro no qual registra de modo flagrante a identificação entre o político e a inimizade.³⁶ Encontramos referências igualmente esclarecedoras em sua *Teoria da Constituição*, a propósito de sua caracterização da democracia como unidade e homogeneidade. Na obra que ora nos ocupa, Schmitt declara que o conteúdo

34 SCHMITT, 1985, p. 229.

35 Abordarei essas questões quando de meus comentários sobre *Legalidade e Legitimidade* e ao referir-me à polêmica da defesa extraordinária da ordem constitucional em *O Defensor da Constituição*.

36 Tratei mais detidamente dessa obra e do problema da inimizade em Schmitt em outros lugares. Por razões sistemáticas e de espaço, não me debruçarei com maior profundidade sobre tal tema no presente ensaio. Para tanto, cf. meus trabalhos de 2008 e 2011.

da ditadura se encontra na noção de um adversário concreto cuja eliminação se coloca como objetivo imediato da ação do comissário executivo.³⁷ A ameaça existencial contra a segurança e a unidade da ordem – engendrada pela agrupação de coalizões de opositores ou, simplesmente, como sugere ao final, pela fragmentação social em uma miríade de associações, partidos e grupos de interesse – justifica a adoção de medidas excepcionais para restaurar a homogeneidade comunitária.³⁸ Se consideramos, de um lado, a constatação meramente fática da qualidade de inimigo, bem como o gênero de respostas que sua condição merece, compreenderemos a gravidade dessa releitura do político sob chave existencial. Basta recordar, nessa interpretação, que o inimigo é alguém que pode ser eliminado por qualquer indivíduo em um ato que se aproxima da legítima defesa.³⁹

Por último, a delimitação da ditadura e o cortejo de fenômenos políticos excepcionais estão associados a uma nova qualidade do poder e da soberania. Para compreender com precisão essa nova constelação, temos que nos perguntar acerca da relação complexa que se estabelece entre política, poder e direito. Nas situações de normalidade institucional que regulam a vida cotidiana do direito, o exercício da soberania é calculável e se deixa submeter a procedimentos regrados, encontrando expressão acabada nos poderes equilibrados e mutuamente limitados do Estado de Direito. Portanto, dá-se uma equivalência pacífica entre soberania e poder constituído, não restando fora do marco normativo resíduo algum de poder que represente uma fonte indepen-

37 SCHMITT, 1985, p. 180.

38 A ruptura da homogeneidade propiciada pelo parlamentarismo liberal é objeto de uma exacerbada crítica na obra de Schmitt de 1923, *Die Geistgeschichtliche Lage de heutigen Parlamentarismus* (SCHMITT, 1990).

39 Como faz Schmitt em *O Conceito do Político* no que diz respeito às leis marciais dos séculos XVI e XVII.

dente de legitimidade e, eventualmente, uma ameaça extrasistêmica à ordem estabelecida. Assim, o Estado moderno é incompatível com os medievais *iura dominationis*, condensados na ideia e na prática da *plenitudo potestatis*, referência cara a autores como Hobbes ou Spinoza, mas abandonada desde a emergência do contratualismo liberal de Locke. O devir do poder constituinte corre paralelamente a essa marginalização de toda força não-subsumível ao molde jurídico-constitucional: seu caráter de *natura naturans*⁴⁰ é reabsorvido na *natura naturata* de uma ordem criada e sustentada por regras e procedimentos.

Entretanto, Schmitt não parece satisfeito com a ideia de que o poder originário e a soberania que está para além do direito simplesmente se evaporem nas estruturas da ordem legal. Essa tensão entre política e direito conhece distintas versões ao longo da obra de nosso autor: poder constituinte *versus* poder constituído, norma *versus* decisão, normalidade *versus* exceção, ditadura soberana *versus* ditadura comissária e norma de direito *versus* norma de realização do direito.

O núcleo de suas considerações é a concepção do poder enquanto *potestas*, ou seja, capacidade de fazer apenas aquilo que quer e que pode fazer tendo em vista certos fins, entre os quais se encontram de modo eminente a segurança da sociedade e a autopreservação do corpo político. A origem dessa concepção é declaradamente hobbesiana, como se nota sem dificuldade na clássica exegese schmittiana de *O Leviatã*.⁴¹ Para Hobbes, assim como para Schmitt, o fim supremo do direito e do maquinário estatal é seu próprio funcionamento técnico eficaz e sem fissuras. Nessa leitura, a lei pode constituir, e de fato constitui, um expediente necessário para preservar a segurança e a calculabilidade de sua operação,

40 SCHMITT, 1985, p. 189.

41 SCHMITT, 2003.

ao menos nas situações ordinárias; mas se transforma em um obstáculo do qual convém se desembaraçar tão logo as circunstâncias ponham o Estado frente à necessidade de se salvar. Nesses pressupostos, que constituem a medula do Estado e a pedra angular da autenticidade da vida coletiva, a pergunta pelo exercício dominado e calculável da soberania dá lugar à afirmação de sua substância, que nada é além da plenitude do poder, recuperado nesse sentido existencial e prístino. Chegamos assim ao centro do problema da soberania – que nos ocupará quando analisarmos a próxima obra – e que agora é definida como “[...] *facultad ilimitable por principio para hacer lo que exige la situación de las cosas en interés de la seguridad estatal, sin prestar atención al orden constituido acaso contrapuesto [...]*”.⁴²

O problema do poder e da soberania se entende assim em sua dialética com uma forma jurídica que vê comprometida sua posição na teoria do Estado moderno. Torna-se difícil saber quem serve a quem, e a lealdade que se espera do executor estatal da ordem constitucional – que inclusive o qualifica como centro de imputação de competências – é posta em xeque quando ele recobra um suposto poder originário que precede e se sobrepõe ao constitucionalmente reconhecido, chegando ao ponto de se erigir como substrato fundante e condição de possibilidade de toda a ordem jurídica. A tensão entre a forma jurídica – rebaixada à aparência de legalidade – e um poder que ameaça romper as costuras institucionais na exceção que já não só declara, mas que frequentemente cria, é posta sob várias formas. No plano do pensamento jurídico, o conflito se reproduz entre norma e decisão; na arquitetura constitucional, entre o poder legislativo, deliberativo e parlamentar em face de um poder executivo forte e desembaraçado de formalidades.

42 SCHMITT, 1985, p. 248.

Na obra *A Ditadura*, da qual ora nos ocupamos, essa tensão se manifesta na distinção entre ditadura comissária e ditadura soberana. A primeira põe como fim próprio o restabelecimento de um regime jurídico constitucional quebrantado pela emergência; a segunda recorre ao uso de poderes extraordinários com o fim de instaurar uma nova ordem política.⁴³ Schmitt equipara, de modo altamente ilustrativo, a primeira com o exercício do poder constituído e a segunda com a emergência do poder constituinte.⁴⁴ Assim, a ditadura comissária viria destacar a qualidade conservadora da ordem, presente na teleologia das normas e no poder que se expressa mediante as estruturas institucionais do Estado. Tratar-se-ia de um remédio excepcional, mas delimitado pela existência de previsões legais para sua declaração e por um estrito elenco de condições e controles, juntamente com uma delimitação exaustiva das competências exorbitantes concentradas nas mãos do executivo, as quais são reversíveis com o fim da excepcionalidade. A ditadura comissária esgota sua missão na recuperação da normalidade, deixando intacto o exercício regrado do poder e o caráter jurídico da soberania. O caso da ditadura soberana, que Schmitt considera tendo como exemplo a revolução bolchevique, representa algo muito diferente: trata-se de nada menos do que da subversão da ordem vigente com o objetivo de se criar uma nova ordem. A concentração de poderes é aqui um expediente para restabelecer os emblemas da plenitude do poder originário e constituinte, fonte de energia e de regeneração para toda ordem instituída. A conveniência frente à necessidade opera como pretexto para recobrar uma dimensão latente e inextinta do poder – sua autêntica substância –, relegando para as margens a anódina e débil ordem constitucional

43 SCHMITT, 1985, p. 29 e pp. 179-183.

44 SCHMITT, 1985, p. 193.

liberal. Em toda ditadura há certamente uma propensão a atualizar esse poder excedente – ou poder nu – que parece mal instalado nas restrições que as normas impõem em meio a uma vida constitucional sem os horizontes da aventura e do risco, frente aos quais toda força prova sua valia e encontra seu destino.

Com base no que foi dito, cabe agora nos aprofundarmos nesses arcanos do poder e da soberania, o que nos conduzirá ao coração da exceção política.

4. *Teologia Política*

A obra que contém os elementos-chave para lançar uma luz diáfana sobre o fenômeno do poder, a soberania, a natureza do jurídico e a exceção é, sem dúvida, a *Teologia Política*; a ela dedicaremos nossas reflexões nas linhas seguintes.

O avanço do político e seu transbordamento, até ocupar o centro da cena teórica, é uma das chaves para decifrar a evolução de Schmitt desde suas primeiras obras até às dos convulsos anos trinta. No prólogo à segunda edição que preparou para a *Teologia* em 1932, esse reconhecimento se faz explícito, sendo quase uma profissão de fé: o político é o total, ocupando todo o campo das relações sociais. Até mesmo a declaração de apoliticidade implica uma decisão política.⁴⁵ Em sua obra *O Conceito do Político*, de 1932, encontramos explicitada essa ideia englobante e invasiva do político: o político não ocupa um âmbito próprio, não configura um subsistema social autônomo, mas contamina todas as relações sociais, sendo capaz de transformar suas realidades (econômicas, culturais, religiosas etc) em manifestações do político. Basta que as posturas se extremem e se produzam agrupamentos entre afins e opositores – entre amigos e

45 SCHMITT, 2009, p. 11.

inimigos, como Schmitt prefere –, e que essa competição se radicalize em luta, em ameaça existencial sofrida e resposta vigorosa ou até mesmo aniquiladora, para que o político se aproprie da cena. É a intensidade da associação entre amigos e inimigos que constitui o signo sensível da aparição do político e não a ocorrência de aspectos formais – tais como os procedimentos decisórios regrados – ou a existência de atores institucionais reconhecidos.

Essa investida inflacionária do político está ligada a mudanças de paradigmas e a rupturas de equivalências até então tidas por evidentes. Assim, o normativismo, modo de pensamento jurídico no qual se cristalizou o positivismo desde o século anterior, se vê substituído pelo decisionismo; o Estado se emancipa do direito e rompe sua identificação com ele, ganhando densidade política; paralelamente, a soberania se vê à margem do exercício do poder regrado, com o que se introduz um elemento personalista antes ausente; a normalidade, entendida como acúmulo de condições para a validade das normas, não se dá mais como dado pressuposto, adquirindo-se consciência da contingência da ordem necessária para que o direito afirme sua vigência.

A noção de soberania vincula de modo direto os conceitos de decisão e exceção: “soberano es quien decide sobre el estado de excepción”.⁴⁶ Não criemos aqui confusões “normativistas”: não se trata da suposta competência para a declaração de estados constitucionais de exceção que se atribui ao poder executivo em situações de necessidade, com limites fixados, mas de algo mais comprometedor. A soberania traça a linha entre exceção e normalidade, e o faz por direito próprio, porque pode fazê-lo, não em um sentido normativo – ainda que mediante inegáveis vínculos com a normatividade –, mas eminentemente fático. Poder e direito se confundem

46 SCHMITT, 2009, p. 13.

em um conceito de soberania de tradição inequivocamente hobbesiana: o soberano tem direito a tudo aquilo que pode e julga que deve ser feito. Essa confusão é própria de um estado de natureza em que cada qual deve preservar sua existência com tudo que esteja ao seu alcance ou de um cenário internacional no qual os Estados competem como sujeitos maximizadores de seus interesses, sem vinculação normativa que os refreie ou os estimule a cooperar. E agora Schmitt converte tal confusão na própria cifra da soberania.

O importante é quem decide, e fundamentalmente quem o faz em caso de conflito. O motivo é claro: para além da chave existencialista e filosófica – sobre a qual logo falaremos –, apenas na situação de crise se faz visível o fenômeno da soberania em sua pureza e nudez radical. A situação normal se concretiza em normas abstratas que se aplicam com regularidade e certeza, e nela se esfuma a pergunta acerca de quem decide, dado que o conteúdo das normas se esgota no *como* se deve decidir.⁴⁷ O sujeito normativo perde sua importância logo que os juízos determinativos são extraídos silogisticamente das premissas gerais do enunciado abstrato: o ato de aplicação em si mesmo nada adiciona nem retira, motivo pelo qual o processo se torna impessoal. Por isso, para o normativismo o domínio se transformou em assunto de leis, não de homens, contrariando o modelo realista do absolutismo, ligado à soberania unipessoal do monarca.

A situação excepcional revela verdades – até então ocultas – sobre a qualidade da ordem, e fala com clareza sobre a natureza de um direito para além das normas. Na realidade, a própria ideia de excepcionalidade trás consigo certo equívoco, na medida que sugere marginalidade, valor probatório limitado e irrelevante no fluxo massivo da normalidade. Aqui ocorre justamente o contrário: a exceção se

47 SCHMITT, 2009, p. 33.

constitui como centro da soberania e da ordem, ilustrando o autêntico caráter de ambos, de si mesma e da própria normalidade que, por sua vez, recebe um sentido derivado e parasitário em relação a ela. O marginal se converte assim em central, sem perder seu caráter excepcional e tingindo com uma nova coloração a frágil e contingente normalidade.

Decisão sobre a exceção, portanto, mas simultaneamente decisão sobre a normalidade, sobre o deslinde entre ambas e sobre a transição de uma a outra. A abordagem de Schmitt tem uma forte carga polêmica, dado que subverte o modo mediante o qual o direito e a ordem estão em condições de verem e entenderem a si mesmos. A normalidade a que nos atemos está relacionada ao entendimento do jurídico como o legal, como um conjunto sistemático de prescrições expressas em normas gerais e abstratas nas quais a validade se compreende enquanto variável interna, autorreferencial e derivada da própria ordem normativa, sem qualquer remissão a referentes externos. Tal pressupõe a pureza como distanciamento de intromissões sociológicas (independência da validade e da vigência fática da ordem), políticas (constatação de um poder garantidor da ordem transcendente às normas) ou éticas (vínculo de validade e valor, de legalidade e legitimidade). Em situações de normalidade, quando as normas funcionam de modo ordinário e sem fricções, ou seja, sem descumprimentos massivos e sem confrontar o desafio de modelos alternativos de ordem (revoluções), esses fatores desaparecem do horizonte teórico da reflexão jurídica pura, apesar de poderem reaparecer em outros modos de abordagem da matéria legal. A indagação pela ordem se esgota na constatação da ordem normativa, e a questão do poder se resume na distribuição de competências entre sujeitos institucionais, meros centros de imputação criados a partir do interior do próprio sistema jurídico.

O pensamento normativista não exclui, que fique bem claro, os fenômenos do desvio e da anomalia dos cursos regulares de seu funcionamento; mas a separação que opera entre norma e realidade levanta uma barreira que protege contra qualquer suspeita de ameaça dirigida à ordem. “*Todas las normas vigentes están, mientras lo son, naturalmente siempre en orden; por el contrario, el desorden de la situación concreta no interesa a los normativistas únicamente interesados por la norma*”, escreve Schmitt doze anos mais tarde,⁴⁸ com insuperável clareza. Não se trata, em nenhum caso, de uma desordem contraposta à ordem, de uma alternativa ou uma ameaça à sua preservação: no máximo, estaremos diante de ingerências ilegais para as quais há respostas legais já disponíveis. Mais do que isso, o ato criminoso não enfraquece a ordem e a paz; longe disso, é um mero fato (não uma representação normativa rival) que reforça a obediência ao direito, pois a regra abstrata permanece valendo apesar dele e, inclusive, graças a ele, dado que o criminoso *cumpr*e o pressuposto de fato da norma e oferece ocasiões para seu reforço executivo no processo.

O decisionismo traz consigo um duplo efeito problematizador: retrai-se a um momento anterior à fundação da própria ordem e também a um momento crítico, o da ameaça excepcional dirigida a essa mesma ordem. Parte de um paradoxo: declara-se capaz de ver o que o sistema jurídico não pode ver, suas invisibilidades constitutivas.⁴⁹ Nesse caso concreto, é capaz de propor o conceito de

48 SCHMITT, 1996, p. 18.

49 O problema da invisibilidade dos pontos cegos, que operam como diferenças constitutivas dos sistemas sociais, vêm sendo muito estudado pela cibernética de segunda ordem e pela teoria dos sistemas sociais luhmaniana. Considerações muito substanciais, embora revestidas da complexidade conceitual típica desse autor, pode ser lidas em LUHMANN, 1993.

normalidade que funciona como substrato de toda ordem jurídica: a ordem (política, sociológica) que subjaz à ordem (normativa). Nas palavras de Schmitt: “*una regulación legal presupone conceptos normales que no se derivan de la regulación legal*”.⁵⁰ A regra só funciona para uma situação que não tenha se tornado totalmente anormal, e apenas até que o tipo concreto que se tenha pressuposto como normal não tenha desaparecido. Para Schmitt, a normalidade da situação é “*un dato jurídico intrínseco para la vigencia de la norma, y una determinación normativa de la norma misma*”.⁵¹ Há uma ordem concreta, anterior à ordem jurídica em si, que gera e preserva as condições de validade das normas; uma ordem em que as “*las instancias y relaciones de la autoridad estatal o del poder estatal son los que, sin duda alguna, producen, modifican, aplican o garantizan las normas jurídicas, pero a quienes no se puede identificar con ellas*”.⁵²

Como veremos, a decisão habita no interior do direito, sendo necessária uma compreensão ampla do mesmo, para além das normas, dado que seu papel excede em muito as atribuições funcionais que nelas se reconhece. Como ato de vontade, é posterior ao estabelecimento da ordem genérica que domestica o caos do estado de natureza, urgindo a transferência da soberania originária dos indivíduos para o Estado, mas também da ordem jurídica que criada, conservada e aplicada com seu concurso. O Estado, como já sabemos, é o portador do *éthos* jurídico, o sujeito eminente das normas, aquele que traduz para a realidade suas mensagens; também sua vontade cria e recria as condições de normalidade nas quais as normas valem: “*sólo la decisión funda tanto la norma*

50 SCHMITT, 1996, p. 24.

51 SCHMITT, 1966, p. 25.

52 O comentário, como muitas das ideias expostas nessa obra e em outras, está dirigido contra a construção teórica de Kelsen, que volatiliza os conceitos de Estado e soberania no âmbito dos sistemas jurídicos.

como *el orden*".⁵³ Mas em um movimento paradoxal, essa mesma ordem institucional que cria acaba por postular sua invisibilidade ou, ao menos, sua submissão a regras e sua redução a competências legais; daí o trânsito experimentado pela ciência jurídica, do decisionismo ao normativismo, mais ajustado à regularidade de uma ordem jurídica burguesa que funciona como uma máquina sem vontade nem alma.

Mas a decisão sobrevive, rebelando-se contra a crosta da normalidade sob a espécie da exceção. Na realidade, toda decisão reflete certa qualidade excepcional, o que contamina a compreensão dos processos de aplicação jurídica e a natureza mesma do direito. No fundo, estamos diante de uma questão de grau: a decisão se manifesta com crueza e de maneira ostensiva na exceção, no perigo de sobrevivência da ordem, na ameaça frente aos inimigos da normalidade, mas também de forma mais sub-reptícia nos processos ordinários em que as normas se aplicam às situações concretas.⁵⁴ Pois, como nos recorda Schmitt, nem toda decisão aplicativa deriva *in toto* do teor da norma geral e abstrata. Schmitt crê que a ideia de direito sempre mantém uma distância intransponível em relação à realidade para a qual aponta, pelo que sua tradução adiciona um elemento que não se depreende do conteúdo normativo.⁵⁵ Em toda decisão jurídica sempre

53 SCHMITT, 2009, p. 30. A exigência de um meio normativo homogêneo, fundamento de validade imanente da norma, é satisfeita pelo soberano. Cf. SCHMITT, 2009, p. 18.

54 As inevitáveis "zonas de penumbra" às quais alude Hart seriam outras tantas ocasiões reveladoras da qualidade excepcional da ordem jurídica e da necessidade de interpor uma autoridade decisória. Nos casos de indeterminação interpretativa e aplicativa, estaríamos diante de microestados de exceção, que nos poriam frente a frente com o caráter decisionista de toda ordem jurídica. Cf. HART, 1983, pp. 62-64. As consequências mais extremas, vinculando estados de exceção e discricionariedade, são extraídas por DYZENHAUS, 2006, pp. 60-61.

55 SCHMITT, 2009, p. 31.

existe uma certa indiferença quanto ao conteúdo, dado que a conclusão nunca se deduz completamente das premissas normativas. Não haveria, destarte, decisões puramente declaratórias, pois – afirma Schmitt, de forma algo forçada – *“toda decisión surge de la nada”*. Daí é só mais um passo para que se possa vincular a genuína forma jurídica – a realidade específica da vida do direito – à decisão concreta que parte de uma instância determinada,⁵⁶ com o que esta adota uma significação autônoma e supra-ordenada; na realidade da vida jurídica, ao fim e ao cabo importa mais quem decide do que aquilo que se decide: *“la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho”*.⁵⁷

Novamente a soberania reaparece sob a roupagem da exceção, como monopólio da decisão suprema acerca da autêntica ordem que subjaz e condiciona a ordem normativa plasmada na superfície. Na verdade, o que importa é quem determina no que se apoia o interesse público estatal, a segurança e a ordem pública. A reaberta questão do portador do poder soberano, aduz Krockow, apresenta de modo claro questões relativas aos benefícios que o poder traz consigo, contra quem se exerce ou qual interesse oculta.⁵⁸ Com esses elementos, e considerando que o caso excepcional não se deixa limitar nem permite decidir com anterioridade o que dele deve ser feito, o poder soberano não pode ser limitado e nem ser reduzido a competências juridicamente limitadas. Essa extralimitação redundava inevitavelmente na recusa de toda divisão de funções e controle interno ou externo. A tentativa contemporânea capitaneada por Kelsen de escamotear a soberania do sistema jurídico-político é uma empreitada vã, dado que a decisão acerca da possibilidade de se eliminar

56 SCHMITT, 2009, p. 34.

57 SCHMITT, 2009, p. 18.

58 KROCKOW, 1990, p. 25.

o caso excepcional não é um problema jurídico.

E não o é, entre outras razões, porque quem decide sobre o caráter excepcional de um evento é o próprio sujeito que se vê ameaçado por ele; só para ele constitui-se um caso sério (*Ernstfall*) que exige a interposição de qualquer meio apto a rechaçá-lo. A presença da exceção se faz presente na consciência do perigo e no medo que se apoderam daqueles que são torturados pela perturbação de sua normalidade pessoal e coletiva. Isso explica porque apesar de poder estabelecer regulações para as contingências excepcionais sob a forma de estados de exceção, emergência, sítio ou alarme, o Estado de Direito não pode, ao menos com os instrumentos jurídicos ao seu alcance, fazer desaparecer os sentimentos de desconfiança e alerta – de angústia e terror – que põem em risco a vida pessoal e social. O medo convoca o agrupamento dos afins para o enfrentamento contra os inimigos declarados, autores da provocação, o que degenera no caso excepcional e dá início a essa recuperação da soberania e do poder nu nas mãos de um Estado forte e livre de travas normativas.

Soberania sem regras, Estado sem direito, exceção sem norma; mas, também, soberania da decisão que funda a norma, Estado que cria e garante a validade do direito, exceção que revela e dá conta da norma. E os consequentes paradoxos: como fazer para que a norma dê conta do que não está sujeito a ela? Como ela pode autorizar sua própria suspensão por meio das exceções?⁵⁹ Como compreender um poder estatal à margem do direito, um direito para além da norma, uma decisão não fundada em regras, uma ordem transcendente à ordem jurídica?⁶⁰

59 SCHMITT, 1985, p. 19.

60 Essas questões percorrem a leitura que Giorgio Agamben faz da obra de

Páginas atrás sugeri que há uma série de invisibilidades que cada sistema produz por meio de fenômenos que, uma vez constituídos, pendem para fora de suas possibilidades objetivas de observação. O sistema jurídico, como conjunto de expectativas normativas generalizadas, deixa fora de foco, por esse motivo, fenômenos como o poder não regrado, a soberania ou a exceção. Não porque não existam, mas porque não são objetos inteligíveis a partir da autorreferencialidade própria do sistema jurídico. Luhmann,⁶¹ seguindo Bateson, explica que todo sistema social traça uma distinção originária, delimitando o interior de um ambiente extrassistêmico que o sistema percebe como um tipo de ruído de fundo. A distinção fundante do sistema jurídico o separa dos outros subsistemas sociais que conformam seu ambiente: o subsistema político, o subsistema educativo, o subsistema da ciência, o subsistema econômico etc. O direito elabora internamente suas comunicações em um âmbito funcionalmente especificado – a generalização congruente de expectativas normativas de conduta, acerca das quais já fiz menção – e em conformidade com um código que serve para dividir as cadeias de comunicação em direção a um de seus pólos; no caso do direito, a distinção do código se estabelece em torno do par jurídico-antijurídico (*Recht-Unrecht*). Assim, podemos visualizar duas distinções: uma original, que separa o direito daquilo que não é direito; outra interna, que organiza percursos comunicativos no interior do sistema jurídico. Pois bem, o que a exceção estabelece é justamente o que poderíamos chamar de uma “inclusão excludente” no

Schmitt. Cf. AGAMBEN, 2004. Expus as chaves dessa crítica em PRIETO, 2005, remetendo o leitor a tal trabalho para um tratamento mais cuidadoso do tema.

61 LUHMANN, 1993. Faço referência ao meu ensaio sobre esse assunto, no qual resumo as linhas gerais da epistemologia sistêmica. Cf. PRIETO, 2001.

ordenamento jurídico: a necessidade de criar uma referência a algo que se precipita para fora do direito sem deixar de a ele pertencer. A externalidade da exceção é dada pela suspensão que procede do próprio direito para assim garantir a eficácia material de suas expectativas, algo como uma força de lei sem lei (Agamben).⁶² De onde surge a exceção não há direito, ao menos não como o entendemos na normalidade de nossa vida social. Por outro lado, o ordenamento não deixa de incluir alguma referência a essa contingência possível e extrema da ordem; tal se dá devido à completude e ao caráter fechado que o sistema assume como dogmas de fé. Daí as infatigáveis tentativas de regular competências, âmbitos e catálogos de medidas para delimitar o que, por definição, não é delimitável.

A inclusão excludente revela um mal estar: a que provoca a reaparição da distinção originária no interior de um sistema já constituído e demarcado graças a ela. O papel dessa distinção se esgota com a própria criação, tornando-se invisível a partir de então para o sistema ou, ao menos, se retraduzindo de modo compreensível para seus novos padrões de linguagem. É o que ocorre com a soberania, a política e o poder, constelação da qual a exceção também faz parte. O poder cria direito (poder constituinte) e se preserva de modo a se tornar inócuo e latente, sob a forma de poder constituído, dentro do esquema jurídico-constitucional.⁶³ A política se evapora e rapidamente se condensa, seguindo um esquema semelhante; o mesmo acontece com a soberania originária, coagulada nas estruturas do Estado de Direito.

62 AGAMBEN, 2004.

63 Em sua obra *Para Uma Crítica da Violência*, Benjamin se refere a dois tipos de violência: a criadora e a conservadora, que correspondem, *grosso modo*, aos poderes constituintes e ao direito policial-penal. Não obstante, junto a elas se incorpora uma violência externa ao sistema, redentora, com conotações messiânicas e de perfil revolucionário. Cf. BENJAMIN, 1998.

A exceção – daí sua importância, apesar de sua aparente marginalidade – ressuscita esses poderes originários e os convoca, com o que provoca uma espécie de reigitação de suas dimensões mais radicais, transcendentais e incompatíveis com suas versões inócuas no interior do ordenamento jurídico. Produz-se dessa forma uma dissociação entre ambas as partes: a interna, juridicizada, e a externa, fática e existencial. Destarte, o Estado retoma o poder soberano⁶⁴ já não como poder jurídico estabelecido contratualmente e institucionalizado, mas como poder originário de autoconservação do coletivo, que se define como um direito estatal à legítima defesa frente ao inimigo perigoso. Essa recuperada dimensão política funde elementos normativos e fáticos – em interrelação dialética –, pois é a situação – a necessidade – que invoca o poder e cria a decisão normativa.

Nesse sentido, Spencer Brown fala de uma reentrada (*re-entry*) de uma distinção anteriormente excluída (a distinção direito/não-direito) no interior de um dos pólos constituídos (o pólo direito).⁶⁵ A política não juridicizada se introduz, pela via da exceção, na política traduzida enquanto poder constituído do sistema jurídico.

O mesmo acontece não apenas com o poder e a soberania, mas também com os conceitos de direito e ordem. O direito incorpora a dimensão da normalidade fática como componente da validade, com o que reintroduz, como se fosse um tema atual, uma garantia já tornada invisível pelo poder. Por sua vez, a ordem se divide em uma vertente existencial, entendida enquanto oposição ativa ao caos e à anomia originais, e outra interna ao direito, que se presen-

64 As análises de Roberto Esposito sobre o impolítico enquanto referência potencial, atemática e latente em relação a uma dimensão prístina e constituinte do poder estão próximas desta leitura. Cf. ESPOSITO, 2006.

65 SPENCER BROWN, 1969.

tífica na vigência inquestionada e sem graves sobressaltos das normas jurídicas, em tudo auxiliada pelos recursos executivos ordinários de limitação dos desvios.

Por meio da exceção, o poder, a soberania e a ordem recuperam a distinção originária anterior ao estabelecimento do estado político organizado. Assim se entende igualmente a indiferenciação que preside o discurso sobre a exceção, no qual comparecem juntos elementos já isolados na situação normal. O discurso da *plenitudo potestatis* e o dos *iura dominationis* é expressivo dessa concentração ou, conforme Agamben, desse estado *pleromático* da exceção.

O próprio Agamben se mostra atribulado pela tensão *pleromático-kenomática* (cheio-vazio) como chave para caracterizar a exceção.⁶⁶ Na realidade, a confusão se desfaz quando restituímos cada termo ao seu plano de significação: o estado de exceção é *kenomático* a partir da perspectiva interna ao sistema jurídico, para o qual representa uma suspensão ou vazio de direito; por outro lado, é *pleromático* a partir da perspectiva externa, própria da distinção primitiva entre o político e o jurídico, pois o que está em jogo é uma concentração de poder que não pode se canalizar através dos moldes das competências constitucionais. Na realidade, se mantivermos permanentemente em vista essa dissociação de referências e diferenças, poderemos dar conta dos paradoxos e das contradições que percorrem a medula da reflexão sobre a exceção.

Para já ir concluindo nossas considerações sobre a *Teologia Política*, talvez merecessem alguns comentários as teses que Schmitt apresenta no capítulo terceiro, no qual desenvolve a vertente propriamente teológico-política da exceção e o pano de fundo metafísico que permeia suas abordagens. Por ser esse um lugar-comum nos comentários

66 AGAMBEN, 2004, p. 72.

exegéticos dedicados a Schmitt, me conformarei com umas poucas observações.

Como é bem sabido, os conceitos centrais da moderna teoria do Estado não são, para Schmitt, outra coisa que conceitos teológicos secularizados.⁶⁷ Nessa linha, ele revela algumas afinidades estruturais bastante chamativas: o estado de exceção tem na ciência jurídica significação análoga ao do milagre na teologia; o Estado contemporâneo é como o Deus dos deístas; a derrogação do milagre e da onipotência divina encontrariam reflexo na teoria positivista do direito. Para nosso autor, o problema é que o sinal da época, traduzido na hegemonia do pensamento científico, desterra da imagem metafísica do mundo a autêntica dimensão política.⁶⁸

No caso concreto da exceção, o paralelismo é nítido; tanto nela quanto no milagre se produz uma interrupção da vigência da ordem normal devido à intervenção de uma força onipotente. Poderíamos acrescentar que, do mesmo modo que o milagre fundamenta a fé do crente, a exceção pode dar vida e tornar inteligível a ordem em seu conjunto. Mas por quê? A que se deve no fundo essa óbvia sobrevaloração do excepcional frente ao peso inerte da normalidade, frente à sua irrefutável ubiquidade?

Schmitt – romântico político⁶⁹ próximo em sensibilidade e em disposição a autores seus contemporâneos, tais como Heidegger ou Jünger – descrê do racionalismo que se apresenta como o paradigma dominante do pensamento moderno, acusando-o de um esvaziamento geral do sentido

67 SCHMITT, 2009, p. 37.

68 SCHMITT, 2009, p. 45.

69 Apesar das críticas que formula contra o ocasionalismo romântico em sua *Politische Romantik* (SCHMITT, 1998), creio que muitas das chaves interpretativas utilizadas por Schmitt se inscrevem abertamente nessa linha. Sobre o tema do romantismo schmittiano, são de grande valor as páginas que Krockow lhe dedica. Cf KROCKOW, 1990, pp. 82-92.

da imagem do mundo. Schmitt se reconhece nas críticas que o pensamento restaurador formulou contra a filosofia ilustrada, tronco comum das correntes racionalistas que execra. Daí seu entusiasmo por personagens como Donoso Cortés, de Maistre ou Bonald. Schmitt está convencido de que não só as debilidades teóricas, mas também os males políticos que fustigam a Alemanha são produtos dessa ideologia da debilidade, de uma ordem sem sangue e de um corpo político mecanizado e sem alma. A Grande Guerra trouxe à luz o dano que o seu herdeiro política, o parlamentarismo liberal, estava impingindo aos povos civilizados.

A regra, centro do universo normativista, encarna o normal, e por isso mesmo nada prova. O fim, a suprema execução revelada pelo poder soberano e por um Estado emancipado de contrapesos e controles, se expressa por meio das exceções, que possuem “*mayor interés que la regla [...] mayor hondura y seriedad*”. Não podemos perder de vista o desfile de substantivos existenciais com os quais Schmitt caracteriza sua aposta na exceção: interesse frente à objetividade indiferente à vida; profundidade contra a superficialidade de uma existência na qual tudo é o que parece; seriedade em oposição à frivolidade a que se entrega essa gente entretida e faladeira, que perde seu tempo em parlamentos e salões. Schmitt acredita que a força da vida efetiva serve de combustível para a exceção, rompendo assim “*la costra de una mecánica anquilosada en la repetición*”.⁷⁰ Diante do que se vinha sustentando como evidência, o normal nada prova, a exceção é a totalidade. Pois a exceção não só confirma a regra, mas esta também vive daquela: a exceção pensa a si mesma e o geral com idêntica paixão.⁷¹

70 SCHMITT, 2009, p. 20.

71 SCHMITT, 2009, p. 20.

Tais considerações tornam quase óbvia a decantação conceitual que Schmitt vai sofrendo em direção a formas políticas que o distanciam irremissivelmente do pensamento liberal e da fidelidade ao Estado de Direito e à ordem política parlamentar. Por isso, não surpreende quando nos anos trinta ele aposta, já sem qualquer máscara, em fórmulas autoritárias de governo mais próximas do núcleo de suas convicções teóricas. Para terminar nosso percurso, detenhamo-nos brevemente no tratamento das exceções em uma das obras mais significativas desse período.

5. *Legalidade e Legitimidade*

Em *Legalidade e legitimidade*,⁷² texto de 1932, Schmitt tira as conclusões de sua aposta teórica na exceção e no poder ditatorial no contexto das circunstâncias políticas de seu tempo e das funesta evoluções que já começavam a explodir e que se cristalizariam apenas um ano depois com a ascensão dos nacional-socialistas ao poder mediante a demolição *de facto*⁷³ da ordem constitucional da república de Weimar.

Em primeiro lugar, Schmitt chama a atenção para a convivência de distintos tipos de Estado no seio da mesma comunidade política. Ele reconhece quatro deles: Estado Legislativo, Estado Governativo, Estado Administrativo e Estado Jurisdicional. Na vida ordinária da comunidade, uma das formas ocupa o centro da cena, constituindo-se como vontade política preponderante. Na Alemanha de Weimar, o Estado hegemônico é o Legislativo, mas com traços de evolução até o Estado Administrativo.⁷⁴

72 Cito da tradução espanhola de Orestes Aguilar contida em SCHMITT, 2001.

73 Demolição *de facto* e não *de iure*, dado que após a promulgação do Decreto de Plenos Poderes de fevereiro os nazistas não precisaram derrogar a Constituição de 1919.

74 SCHMITT, 2001, pp. 60-61.

Schmitt exhibe um mal dissimulado desprezo pela ordem liberal-parlamentar e seu Estado Legislativo, que considera fruto de uma era reformista-revisionista-evolucionista; certamente, trata-se de um fruto demasiado maduro, próximo da podridão. Talvez o desgosto de Schmitt se expresse com maior nitidez e extensão em outros lugares, mas os traços com que pinta a situação são suficientemente nítidos para que entendamos suas intenções críticas: legitimidade reduzida à mera legalidade formal; legalismo formalista e neutro, chegando ao despojamento valorativo mais extremo; abstração; racionalismo etc. Contudo, o pior parece ser a fragmentação e o pluralismo de interesses que acabou por se impor e carcomer as estruturas do Estado que tem por mote o “funcionalismo das maiorias”.⁷⁵ Todos esses fenômenos fazem parte da mesma constelação de ideias: a perda da homogeneidade espiritual do povo produz como resultado uma lei que é mero registro aritmético das maiorias conjunturais, sem maior conteúdo nem substância. Isso representa uma genuína traição democrática, pois não há democracia sem unidade real do *dêmos*,⁷⁶ e a causa da ruína se encontra precisamente nesse pluralismo político-social ora denunciado. Para Schmitt, o pluralismo representa uma bem sucedida tentativa de trasladar cosmovisões particulares das organizações e grupos de interesse para a estrutura estatal de poder, ganhando influência para sua imposição e derrotando as pretensões rivais.⁷⁷

O paradoxalmente mais grave desse assunto é o fato de que o Estado Legislativo, desenhado para a promoção e

75 SCHMITT, 2001, p. 268 e p. 271.

76 Sobre o problema da unidade e da democracia real, convém consultar SCHMITT, 1982, p. 221 *et seq.*

77 Sem os riscos, reprova nosso autor, que advém da verdadeira política, da luta e da derrota reais.

a proteção dessa competição de interesses, representando o garante de sua influência no espaço público de decisão, propicia simultaneamente sua própria ruína nas mãos da pluralidade que patrocina. A dinâmica autodestrutiva se impulsiona a partir da posse do poder por uma das partes em disputa, que trata de se identificar com o próprio Estado, derogando o princípio da igualdade de oportunidades para seu adversário político e declarando-o fora-da-lei, o que permite sua posterior eliminação, talvez não apenas pública, mas também física.⁷⁸ No transe no qual desaparece o princípio de legalidade, quem decide é a supremacia política conferida pela posse legal do poder e, paradoxalmente, é nesse momento que se recupera o sentido autêntico do político enquanto dialética entre amigos e inimigos sem qualquer paliativo normativo ou outros disfarces formais. A conclusão de Schmitt é óbvia: “cuando se ha llegado a estos extremos, lo único que cuenta es quién tendrá en sus manos el poder legal en el momento en que se lance por la borda el sistema de legalidad, para establecer después su poder sobre nuevas bases”.⁷⁹

Schmitt realiza a análise do poder excepcional mediante a exegese das competências executivas extraordinárias. O estudo que ele leva a cabo sobre o que chama de “legislador extraordinário ‘*ratione necessitatis*’”, referindo-se às atribuições que o artigo 48.2 da Constituição de Weimar outorgava ao Presidente do *Reich*, não apresenta diferenças substanciais em relação ao que encontramos em outros lugares.⁸⁰ Nosso autor disserta sobre alguns lugares-comuns já comentados com anterioridade: o caráter comissarial da instituição exe-

78 SCHMITT, 2001, pp. 283-287.

79 SCHMITT, 2001, p. 287.

80 Em especial na obra *O Defensor da Constituição*, incompreensivelmente traduzida para o espanhol como *A Defesa da Constituição* (SCHMITT, 1983), na qual polemiza com Kelsen sobre os pressupostos e as instituições de proteção constitucional.

cutiva, remetendo sua missão à recuperação da normalidade em uma situação anormal; a indefinição de seus poderes, que aponta para uma supremacia legislativa sobre o legislador ordinário, entre outros temas.

A novidade talvez seja o nível em que Schmitt afirma a superioridade do legislador extraordinário, sua legitimidade independente do poder ordinário e o desafio real que representa para o Estado Legislativo liberal. O legislador extraordinário não só garante em seu papel de comissário executivo a validade intrínseca das normas, mas está dotado de uma potestade criadora de direito sob a forma de medidas que podem ir além e inclusive contra a ordem vigente.⁸¹

A categoria normativa da medida,⁸² oposta à lei, é central não apenas para entendermos as transformações conceituais que pretendem ultrapassar o marco do Estado Legislativo liberal legado pelo século XIX. Além disso, a medida encarna um genuíno intento de acomodação da ordem jurídica ao sombrio panorama político que já se definia. O trânsito do Estado Legislativo para o Estado Administrativo, expresso na crescente burocratização que atinge seu ápice no poder executivo exorbitante do Presidente do *Reich*, torna inadequada a ferramenta da lei, limitada em sua capacidade natural. Assim, faz-se necessário aparelhar as novas elites diretoras com novos recursos, na mesma proporção das circunstâncias gestadas no calor da excepcionalidade emergente, distantes da abstração e da generalidade de leis que presumem a repetição de certos fatos que se reproduzem sempre iguais a si mesmos. A medida, com sua singularidade e sua aproximação ao caso concreto, com sua validade

81 SCHMITT, 2001, p. 312.

82 Germán Gómez Orfanel é autor de um texto iluminador sobre esse tema e muitos outros relativos ao papel da exceção e das relações entre direito e política no pensamento de Schmitt. Cf. GÓMEZ ORFANEL, 1986.

pontual e sua executividade imediata, passa a conviver com o sistema das leis; sempre, é claro, que as circunstâncias não recomendem a substituição radical ou progressiva de tal sistema. Destruído o princípio da reserva legal e a intangibilidade da Constituição no caso excepcional, a medida funciona para suspender os direitos fundamentais, o que deixa poucas dúvidas sobre a supremacia do legislador extraordinário em relação ao parlamentar. Em suma, a medida, à margem de seus conteúdos e efeitos, finaliza o processo de fusão entre poder legislativo e poder executivo que marca a transição para o Estado totalitário.

Pois, como admite Schmitt sem hesitação, *“las verdaderas ‘cosas sagradas’ del Estado burgués de derecho, el monopolio legislativo del Parlamento, que es esencial para el Estado legislativo parlamentario, no son a prueba de dictadura”*.⁸³ Esse é o fim anunciado de toda essa história. A politização total vive da já aludida ideia de que, para Schmitt, o verdadeiro caráter do político reside na intensidade da luta entre amigos e inimigos. Toda atividade está suscetível à politização, com o que fracassa clamorosamente a pretensão liberal de traçar limites entre espaços públicos e privados com o fito de preservar os primeiros dos intentos colonizadores dos segundos, e a estes da tentação do poder absoluto. Ao fim e ao cabo, em toda luta o combatente se vale do que tem à mão, não se entretendo em digressões bizantinas para reconhecer a maior ou a menor oportunidade de considerar as ameaças do adversário.

Uma vez decretado o estado terminal do parlamentarismo, vítima de suas próprias sevícias, resta apenas conferir o reconhecimento à nova autoridade formal do legislador excepcional, transmutado de comissário executivo a novo soberano, provendo-lhe assim com uma fonte alternativa

83 SCHMITT, 2001, p. 323.

de legitimidade. Schmitt afirma o caráter genuinamente democrático do poder presidencial, avalizado por uma legitimidade de cunho plebiscitário. Com esse giro Schmitt pretende nos convencer, mediante uma chave interpretativa aparentemente rousseauiana, de que o Estado totalitário, com sua politização absoluta e global da existência humana, tem – para quem consiga enxergá-lo – sua razão de ser na democracia.⁸⁴ Talvez ele tenha alguma razão; percebemos que, sob o pretexto da preservação de nossos direitos, admitimos com um arrependimento cada vez mais débil a necessidade de uma segurança adquirida ao preço da debilitação dessas mesmas liberdades que o Estado diz proteger.

Acabo aqui minha jornada por alguns dos marcos da obra de Schmitt. Seus ensinamentos, afortunada e desafortunadamente, são tão nítidos que não precisam de uma dose excessiva de imaginação do leitor no momento de se traçar paralelismos com fenômenos do presente. Mas a atualidade de Schmitt não é necessariamente uma boa notícia.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: el poder soberano y la nuda vida*. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 1998.

BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia. In: BENJAMIN, Walter. *Iluminaciones IV*. Trad. de Marco Aurélio Sandoval. Madrid: Taurus, 1998.

BENJAMIN, Walter. Tesis sobre filosofía de la historia. In:

84 SCHMITT, 2001, p. 31.

BENJAMIN, Walter. *Iluminaciones*. Trad. de Marco Aurélio Sandoval. Madrid: Taurus, 1980.

DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

ESPOSITO, Roberto. *Categorías de lo impolítico*. Trad. Roberto Raschella. Buenos Aires: Katz, 2006.

GÓMEZ ORFANEL, Germán. *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. In: HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983.

ISENSEE, Josef. Das Grundrecht auf Sicherheit. In: ISENSEE, Josef. *Handbuch des Staatsrecht*. Vol. V. Berlin/New York: De Gruyter, 1983.

ISENSEE, Josef. Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat. In: ISENSEE, Josef. *Der Ernstfall*. Berlin: Propyläen, 1979.

KROCKOW, Christian Graf von. *Die Entscheidung: Eine Untersuchung über Ernst Jünger, Carl Schmitt, Martin Heidegger*. Frankfurt: Campus, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? In: LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3. ed. Opladen: Westdeutscher, 1987.

PRIETO, Evaristo. Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt. In: CANCIO, Meliá; BACIGALUPO, Saggese (orgs.). *Derecho penal y política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.

PRIETO, Evaristo. Comunidad, enemigos y extraños. In: CERECEDA, Miguel; VELASCO, Gonzalo (orgs.). *Incomunidad: el pensamiento de la comunidad, a partir de Roberto Esposito*. Madrid: Arena Libros, 2011.

PRIETO, Evaristo. Excepción y normalidad como categorías de lo político. In: CANCIO, Meliá; POZUELO, Laura (orgs.). *Política criminal en vanguardia: inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*. Madrid: Civitas, 2008.

PRIETO, Evaristo. La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el derecho. In: GARCÍA, Manuel Calvo; GARCÍA AMADO, Juan Antonio (orgs.). *El derecho en la moderna teoría social: diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: Dykinson, 2001.

SCHMITT, Carl. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. Org. Héctor Orestes Aguilar. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHMITT, Carl. *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

SCHMITT, Carl. *El leviatán en la teoría el estado de Thomas Hobbes*. Trad. Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2003.

SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de las gentes del ius publicum europaeum*. Trad. Dora Schilling Thou. Granada: Comares, 2002.

SCHMITT, Carl. *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. München: Beck, 2009.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. José Díaz García. Madrid: Alianza, 1985.

SCHMITT, Carl. *Politische Romantik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Trad. de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SPENCER BROWN, George. *Laws of form*. New York: Cognizer, 1969.

Recebido em 11/09/2012.

Aprovado em 20/10/2012

Evaristo Prieto Navarro

Universidad Autónoma de Madrid

Ciudad Universitaria de Cantoblanco

C/ Kelsen nº 1, Madrid

28049 – ESPAÑA

E-mail: evaristo.prieto@uam.es