

O problema da decisão soberana na filosofia do estado a partir da perspectiva do estado de exceção permanente

*Lucas Carvalho Lima Teixeira*¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar uma releitura da teoria da soberania de Hans Kelsen e de Carl Schmitt a partir da análise oferecida por Giorgio Agamben no programa *Homo Sacer*. O filósofo italiano busca reconstituir, como núcleo do poder soberano, aquilo que a tradição político-jurídica denomina “estado de exceção”. Para Agamben, não há oscilação, nos quadros do Estado moderno, entre a frágil sobrevivência da ordem legal, enquanto protetora da vida humana, e a suspensão excepcional da ordem; há, antes, um vazio necessário entre a norma e sua aplicação, que acaba por fundamentar a soberania no estado de exceção.

PALAVRAS-CHAVE:

Agamben; Kelsen; Schmitt; exceção.

1. Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

The problem of the sovereign decision in the philosophy of the state based on the perspective of the permanent state of exception

ABSTRACT

The aim of this work is to present a rereading of Hans Kelsen and Carl Schmitt's theory of sovereignty through the analysis offered by Giorgio Agamben in the *Homo Sacer* program. The Italian philosopher seeks to reconstitute what the political-juridical tradition calls "state of exception" as the nucleus of sovereign power. For Agamben, there is no oscillation in the cadres of the modern state between the fragile survival of the legal order, as protector of human life, and the exceptional suspension of order; there is, rather, a necessary gap between the norm and its application, which ultimately bases sovereignty in the state of exception.

KEYWORDS:

Agamben; Kelsen; Schmitt; exception.

Introdução: a exceção como paradigma da decisão soberana

De saída, é importante reforçar que, antes de afirmarmos já haver uma percepção, por parte de Kelsen e de Schmitt, relativa à excepcionalidade intrínseca a qualquer decisão investida de soberania, seja ela exercida nos quadros — cuja divisão é bastante frágil — de um Estado de Direito, de uma ditadura ou de um regime totalitário, a reflexão que construiremos lida sobretudo com um Kelsen *de* Agamben e com um Schmitt *de* Agamben; ainda assim, apenas com uma das possibilidades de compreendê-los a partir das sendas iluminadas pelo pensador italiano. Expostos os esclarecimentos, ocuparemos este tópico exclusivamente com brevíssimas notas de fundamentação e mapeamento conceitual, a fim de que se torne inteligível, por assim dizer, o “espírito” agambeniano presente nas análises ulteriores sobre Kelsen e Schmitt. O aprofundamento das questões relativas ao trabalho de Agamben restará como tarefa àqueles que se sentirem instigados ou provocados pelo assombro do que segue.

O paradigma político da exceção permanente preenche-se exatamente do seu paradoxo, isto é, aquilo que a tradição político-jurídica chamou ao longo dos séculos de “exceção” constitui, de fato, a regra fundamental da existência do Estado e seu único *modus* de existência e atuação. É o que propõe Agamben logo na obra inaugural do programa *Homo Sacer*:

[...] o próprio estado de exceção, como estrutura política fundamental, em nosso tempo, emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se a regra. Quando nosso tempo procurou dar uma localização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração (AGAMBEN, 2010, p. 26).

Mas o que há nas nervuras da decisão soberana que nos permita, acerca dela, afirmar a permanência da exceção?

As direções para uma possível resposta a esse questionamento nodal são desenhadas mais detalhadamente pelo pensador na proposta relativa à indiscernibilidade, oriunda da aplicação mesma da lei pela palavra soberana, entre direito e fato, linguagem e mundo; relativa, em geral, à ambivalência entre *nómos* e *phýsis*. Desse modo, não é a partir do mero cotejo racional do direito que se deve procurar a verve da excepcionalidade, como se a forma de um determinado fato contingencial acidentalmente não conseguisse ser prevista ou comportada pela forma necessária da lei, gerando aquele fenômeno ao qual a tradição deu o nome de “lacuna”. Radicalmente, a lacuna da lei constitui a operação condicional máxima à aplicação da palavra soberana, e isto porque fato algum, enquanto contingência disposta ao juízo, goza franca e imediatamente de uma forma. Ora, se a aplicação da lei concerne ao amálgama entre o direito e o

fato, a forma e o disforme, então não existe teste de adequação entre as duas dimensões; a aplicação, posta em atividade pela decisão soberana, depende simultaneamente do duplo ato suspensivo, tanto da transcendência normativa quanto da imanência factual. A *grosso modo*, apenas é possível aplicar a lei suspendendo-a da sua forma necessária, ao mesmo tempo em que se suspende do fato a sua não-forma contingente. Assim, a decisão opera enquanto um ato de contaminação: por um lado, contamina *nómos* ao trazê-lo de sua dimensão metafísica originária e preenchê-lo de facticidade; por outro, contamina *phýsis* ao enformá-la segundo o expediente normativo transcendente. Como num eclipse, não há mais possibilidade de discernir acerca das duas dimensões, isto é, não há mais como apontar nem a forma, nem o disforme, nem o direito, nem o fato, de modo que ambos, *nómos* e *phýsis*, são tragados por um fluxo indiferenciado e indeterminado onde o que se gera é sempre algo novo, ou seja, uma exceção. Destarte,

A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor (AGAMBEN, 2004, p. 48-49).

O diagnóstico agambeniano perturba incisivamente o núcleo mitológico do Estado moderno, pautado na noção da racionalidade jurídico-normativa e na previsibilidade das permissões e interdições relativas ao trato soberano com o mundo governado, pois, já que o instante decisório acontece no miolo de um ato criador no qual nem o fato e nem a norma têm primazia, o que resta à racionalidade judicativa, aquilo que é revelado em sua aplicação, concerne à abertura de um abismo de nada que, irrompendo do amálgama entre *nómos* e *phýsis*, fundamenta a decisão. Ora, isso significa dizer que a decisão se fundamenta, precisamente, no não-fundamento; por conseguinte, é o próprio princípio político da segurança jurídica, diapasão do relacionamento travado entre o Estado soberano e os governados, conforme o postulado dos regimes democrático-liberais, que se desmancha na zona indiferenciada da exceção. A consequência imediata e arrebatadora desse movimento essencial ao exercício soberano é que a assim chamada força de lei, ancorada no âmbito discursivo do Estado de Direito, na previsão racional das repercussões de caráter coativo e sancionador que uma ação pode suscitar, torna-se radicalmente uma força de lei sem lei, em cuja aplicação potente resta apenas a coação modular inerente à suspensão criativa de *nómos* e *phýsis*, o ventre anômico no qual acontece a decisão. Destarte, a aplicação mesma da lei depende inexoravelmente da sua desaplicação, ou, em outros termos, a aplicação da lei consiste não na descida ao mundo de uma norma metafísica plena com a qual se revestiria o fato formalmente correspondente, mas, sim, na indeterminada violência da palavra nova do decisor. É em função disso que, para Agamben,

Como entre a linguagem e o mundo, também entre a norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra. O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real (AGAMBEN, 2004, p. 63).

Em suma, toda decisão acontece necessariamente no centro de um abismo de nada onde a aplicação da norma, enquanto palavra criadora, depende da criação simultânea do próprio espaço de anomia onde ela revela sua pura violência, isto é, sua força de lei². Contudo, sobre o que exatamente recai a violência embebida em cada decisão? Qual é o espaço, na estrutura política, onde atua essa criação violenta do vazio? Resposta: o homem. Inserido na zona decisória da soberania, o homem, capturado em sua vida e em seu corpo, converte-se no *topos* máximo da atuação do poder soberano, sendo aquilo mesmo que lhe confere a potência da suspensão indiferenciadora entre o direito e o fato, a transcendência normativa e a imanência existencial. Compreendido dessa maneira, o homem é investido da exata medida — não mensurável — do espaço anômico no qual a aplicação da lei acontece, de modo que, para ser incluído no quadro jurídico-político, faz-se necessária a sua imediata exclusão. Agamben apela, pois, à sensível ambivalência fundamental concernente ao significado da “vida” para os gregos: por um lado, compreendida a partir do vocábulo *zoé*, vida indicaria algo como a simples vivência do ser vivo, excluída da participação na esfera da *pólis*; por outro lado, enquanto *bíos*, guardaria seu sentido no reduto político dos predicados, tornando-se, assim, uma vida qualificada e eminentemente política.³ Ora, o instante decisório, ao aplicar a norma, atua como uma espécie de decantador mítico da vida, pois, a fim de que seja possível qualificar aquele corpo disposto ao dizer indiferenciador da lei, exige-se instantaneamente que se o reduza ao seu mais abissal vazio político, lá onde — como condição à enunciação da *bíos* pela palavra soberana — é antes de tudo à

2. O debate acerca da indissociável relação mítica entre direito e violência é notavelmente explorado por Walter Benjamin em seu ensaio *Zur Kritik der Gewalt (Crítica do Poder: Crítica da Violência)*, de 1921. Influência basilar na obra de Agamben, o texto de Benjamin parece constituir uma nódoa decisiva para o problema da decisão e da essência puramente violenta que resta no ciclo da fundação e da manutenção do direito, termos assim colocados pelo pensador alemão.

3. Cf. AGAMBEN, 2010, p. 10 ss.

zoé disponível que a decisão reconduz a vida. A *vida nua* é precisamente o espaço de nada que aparece no centro da ambivalência nevrálgica entre *bíos* e *zoé*, *nómos* e *phýsis*, direito e vida; ela se revolve, portanto, na zona onde acontece o paradigma mesmo da exceção, onde, para qualificar a vida, para dizer o direito acerca da sua existência, a decisão necessita antes *nudificá-la* em nível extremo. Por conseguinte,

Na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal. A vida, que, com as declarações dos direitos, tinha sido investida como tal do princípio de soberania, torna-se agora ela mesma o local de uma decisão soberana (AGAMBEN, 2010, p. 138).

Da tríade constituída entre soberania, exceção e vida nua, dejecta-se uma única práxis no seio da qual apenas uma regra é constante e garantida, a saber, a pura violência que permeia os resíduos oriundos da aplicação inclusiva-exclusiva da lei. Tal como foi antecipado, não cabe em nosso escopo investigar de modo cirúrgico, sequer minimamente, os enlaces e rupturas oferecidos pela obra de Agamben acerca do tema que nos propusemos analisar. No que toca às profundezas do problema relativo ao *bando* soberano, explorado em *Homo Sacer I*, até a vasta genealogia do mistério teológico da Trindade encravado na *oikonomia* soberana moderna, presente em *O Reino e a Glória*, ambos os aspectos intimamente conectados à presente discussão incumbir-se-ão a outra ocasião para sua rigorosa análise. Em vistas do que pretendemos aqui, buscou-se extrair das reflexões de Agamben estritamente o elementar para tal empenho. Doravante, será no coração da letra de Kelsen e Schmitt que injetaremos o substrato da crítica agambeniana à decisão e, sobretudo, à existência mesma do Estado em qualquer de suas tonalidades, seja ele democrático-liberal, ditatorial ou, mergulhado em sua própria escatologia, totalitário.

A questão da decisão em Hans Kelsen

A plataforma da elaboração teórica de Kelsen consiste na relação entre fato e direito. Em uma primeira dimensão dessa relação, que poderíamos chamar de científica, o jurista teria por objetivo conferir à jurisprudência o caráter rigoroso da ciência moderna, atribuindo-se, pois, a tarefa de realocar a temática jurídica nos quadros da estrutura científica, o que significaria, de imediato, adequar o direito a três aspectos básicos da ciência: o pressuposto axiomático, a estrutura sistemática e a captação de um objeto próprio. Assim, a lei foi identificada como objeto por excelência da ciência jurídica. Contudo, a jurisprudência depara-se não com uma única lei categórica dada, mas com um acervo normativo, o qual, para a finalidade científica — cuja função é ordenar

os fenômenos que de pronto se apresentam enquanto esparsos —, deveria ser organizado em um sistema internamente coeso. E o que dá ordem a esse sistema? Na teoria kelseniana, o axioma que fornece harmonia e validade à estrutura jurídica é a norma fundamental (*Grundnorm*), responsável por unificar e conferir validade racional às leis contidas no sistema. Em sentido político-jurídico moderno, designa-se esta *Grundnorm* como Constituição. Enquanto axioma, a *Grundnorm* é um pressuposto a partir do qual se raciocina a ciência jurídica, e, antes dela, nada. Isso significa que a jurisprudência racional não alcança a formação histórica de si mesma, mas apenas seu *lógos* interno constituído, pois alcançar a anterioridade de sua constituição implicaria em abandonar seu pressuposto e, por conseguinte, sua natureza científica. O vocábulo *fato* na dimensão científica é, portanto, negativo: fato é aquilo que não é direito; a ciência jurídica se ocupa exclusivamente de seu objeto específico, a lei, na medida em que se apresenta com essa natureza. Por conseguinte, os percursos “não jurídicos”, tais como os da sociologia, da política e da ética, são exonerados da região científica jurisprudencial.

Há, não obstante, uma segunda dimensão kelseniana para a relação fundamental entre fato e direito que se poderia nomear dimensão criativa. Acerca dela, o jurista assim se manifesta:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples “descoberta” do Direito ou juris-“dição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter *constitutivo* (KELSEN, 2009, p. 264, *grifo nosso*).

Ora, se a tarefa primordial do direito é a regulação de condutas, sua zona de ação extrapola necessariamente o campo meramente contemplativo. A lei, como fenômeno da ciência jurídica, apresenta-se. De saída, portanto, esse objeto já está abandonado ao campo da linguagem, pois, como bem aponta o jurista, direito é também *juris-dicção*, ou seja, um dizer-o-direito. Aquele que, sob a estrutura formal do Estado de Direito, goza da *auctoritas*⁴ para dizer-o-direito é o magistrado, embora o sentido desse dizer não seja um deslocamento da lei dada sobre o caso concreto, mas sobretudo uma *constituição* do direito através do dizer, de maneira que do encontro entre o magistrado e o fato surge sempre uma nova norma. Nesse sentido, já em Kelsen, a lei não é uma categoria estanque passível apenas de mensuração em sua concatenação com o fato; ela é, enquanto direito, um ato de criação do magistrado, uma completa novidade que se

4. Agamben remonta ao intrincado relacionamento entre as tradições romanas da *auctoritas* e da *potestas* no sexto capítulo de *Estado de Exceção*, intitulado precisamente *Auctoritas e Potestas*.

manifesta em cada decisão proferida acerca de um caso concreto que se prostra frente a ele. Como mencionado, o direito é um regulador de condutas que, precisamente por existir em função da regulação (norma) e da conduta (fato), traz em seu cerne a própria *phýsis* contingencial do caso concreto, porque, como regulador, ele precisa regular, e essa regulação se manifesta simultaneamente à apresentação do fato como algo passível de normatização. Se o fato contingente — isto é, uma não ordem — é entregue ao magistrado precisamente para ser ordenado, então não é por um artifício geométrico que se o “encaixa” à lei, já que o fato não tem forma; é, pois, no instante da regulação, no qual dá-se forma normativa a um fato, que se cria o direito. Aqui, na dimensão criativa, o *fato* tem sentido positivo: somente *no* e *sobre* o fato se pode criar direito, sendo somente em sua aplicabilidade que a lei se revela como tal, em seu limiar categorial como força de lei; assim, o direito é o fato normatizado. Impondo-lhe ou não uma sanção, o magistrado já decide sobre o caso concreto, isto é, significa-o, e esse dizer-o-direito, que é um dizer *sobre* o fato, tem força de lei:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo (KELSEN, 2009, p. 37).

O critério decisivo do direito, seu limiar, isto é, aquilo que configura seus próprios limites enquanto categoria e o separa de outros modos de deliberação, é o monopólio da violência. Seguindo a tradição política democrático-liberal, Kelsen classifica a instrumentalização dessa violência típica ao direito sob a insígnia do monopólio do uso da força pelo Estado constituído, cabendo exclusivamente às autoridades instituídas competentes da comunidade jurídica a ativação desse instrumento coativo. Para o jurista — na esteira política hobbesiana, ainda que velada —, a centralização da violência no terceiro decisor é um mecanismo elementar para a manutenção da segurança coletiva, e a segurança, pautada — ao menos no pensamento kelseniano, — na lógica causal e na previsibilidade, está geneticamente vinculada a um conceito precioso à análise de Agamben acerca da soberania, que é o conceito de *ordo*, ordem⁵; ordem, aqui, em seu duplo sentido de ordenamento e ordenação. Neste tópico, tratar-se-á do ordenamento, para o qual Kelsen dá extrema relevância em sua obra, a ponto de designá-lo “puro” (daí sua teoria “pura” do direito). Note-se o que diz ele sobre a ordem (ordenamento) jurídica e a segurança coletiva:

Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser

5. Cf. AGAMBEN, 2011, p. 96 ss.

exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos (KELSEN, 2009, p. 40).

A segurança dos membros de um corpo social está diretamente associada à antecedência de um ordenamento posto, cuja principal característica é distribuir a autoridade decisória, ou seja, dizer a quem pertence a palavra que tem força de lei. Mediante o ordenamento, um poder constituído de normas sistematicamente interligadas, os indivíduos estariam amparados pela previsão das repercussões jurídicas de seus atos em sociedade, bem como da palavra final e coativa emitida pelo magistrado. Uma sociedade na qual todos os indivíduos fizessem valer através da força sua própria norma certamente mergulharia no caos, razão pela qual o jurista concebe o magistrado como uma espécie de autoridade paternal que, imbuído do poder decisório que lhe foi conferido, soluciona — ordenando — o conflito entre dois irmãos; proferida a decisão, os envolvidos estão obrigados a obedecê-la, inclusive sob o uso da força física. Segurança e ordem — ambas oriundas do ordenamento jurídico, da lei, que, por sua vez, nasce da palavra efetiva do magistrado — são as constantes da equação que proporcionam a “paz social”:

A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é ausência do emprego da força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego da força e os indivíduos pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo um monopólio da coerção por parte da comunidade, a ordem jurídica estabelece a paz nessa comunidade por ela mesma constituída. [...] O Direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é – conforme o seu grau de evolução – uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz (KELSEN, 2009, p. 41).

Entretanto, qual é a substância desta tríade segurança-ordem-paz? Que tipo de ordem está em questão — ressaltando que, para Kelsen, *ordo* significa ordenamento (poder constituído) —, se para o autor o direito se cria pela palavra coativa do magistrado no instante mesmo da decisão? O ordenamento tem por função, em princípio, evitar o caos que suplanta a paz social indicando interdições e permissões às condutas dos indivíduos, a fim de instituir garantias que os assegurem determinada previsão dos efeitos de seus atos e dos demais. Ora, mas se o direito tem como uma de suas modalidades essenciais a dimensão criativa, em que nomeia-se (normatiza-se) cada vez um fato novo, *phýsis*, então a presunção garantidora colapsa. A garantia e a segurança jurídica só se dizem no modo do passado; presente e futuro estão absolutamente nus perante a decisão. Conclui-se, destarte, que, à estrutura do direito, é necessária a não precedência de nenhuma espécie de vinculação normativa capaz de garantir a previsão da repercussão institucional dos fatos, isto é, o que costumeiramente designa-se “segurança jurídica”. O direito, como criação, é tão imprevisível e contingencial quanto o fato que ele busca normatizar. Sua *Grundnorm* mais originária é a própria

normatização, ou seja, a própria criação. Essa criação, contudo, tem uma localização muito específica, absolutamente concentrada naqueles que falam-o-Estado conforme o monopólio da violência:

Se a norma geral deve ser aplicada, só uma opinião pode prevalecer. Qual, é o que tem de ser determinado pela ordem jurídica. É a opinião que se exprime na decisão do tribunal. Unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante (KELSEN, 2009, p. 267).

O tribunal, na pessoa do magistrado, é o responsável por dizer a palavra que é criação efetiva, isto é, a palavra que concretamente sacrifica a contingência factual ordenando-a como norma, dando forma àquilo que se apresenta disforme. Isso significa que aquilo que o magistrado diz acerca do fato é cada vez algo totalmente novo, e sobre o fato recai a enformação decisiva da palavra coativa, pois, se o fato é contingencial, toda interpretação sobre ele é uma constituição, e não mera adequação de formas, sobretudo porque, como já foi analisado, não se está diante de duas formas passíveis de encaixe, porém, sim, diante de *nómos* e *phýsis*, nomeação e fenômeno, forma e não forma. A interpretação do juiz no modo da decisão diz, destarte, a partir e sobre o nada de normatização.

Com efeito, a proposição jurídica não diz: Se um indivíduo determinado cometeu um homicídio, deve ser-lhe aplicada uma determinada pena, mas: Se o tribunal competente, num processo determinado pela ordem jurídica, verificou, com força de caso julgado, que determinado indivíduo praticou um homicídio, o tribunal deve mandar aplicar a este indivíduo uma determinada pena (KELSEN, 2009, p. 267).

Concebendo a decisão como algo que acontece a partir e sobre o nada, aportamos no conceito jurídico da “lacuna da lei”. Kelsen assim orienta a questão em sua teoria:

Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material. Costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entenda a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem perante si (KELSEN, 2009, p. 271).

Sendo assim,

O juspositivismo, que pressupõe a decidibilidade humana, entende que o ordenamento jurídico, fruto da razão dos homens, não apresenta lacunas, não apresenta exceções mas, ao contrário, é capaz de prever todos os acontecimentos sociais pois, ainda que se omita no plano da positividade, não se omite no plano da sentença [...]” (BARSALINI, 2013, p. 35).

Em princípio, a norma geral seria aquela moldura no seio da qual se produziria a norma individual nascida de sua relação com o fato. Porém, de acordo com o que já foi analisado, o ordenamento geral é um espaço vazio a ser preenchido pela constituição efetiva do direito, o qual, de acordo com Kelsen, dá-se no ato mesmo da decisão. A norma geral somente assim se coloca quando em sua solidão na dimensão científica. Por outro lado, apenas se diz o que essa norma é quando lançada no mundo enquanto norma individual, tão novidade quanto o caso que se lhe apresenta. A decisão promove, pois, uma virada: aqui, é a norma individual que molda, em “última instância”, o significado da norma geral. Nesse sentido, a ordem jurídica instala-se como uma imensa “lacuna da lei”.

A questão da decisão em Carl Schmitt

Imediatamente na sentença inaugural de sua *Teologia Política*, Carl Schmitt expõe categoricamente sua compreensão acerca da recuperação de um conceito de soberania que corresponda à aplicabilidade concreta e absoluta que lhe é característica por essência: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción” (SCHMITT, 2009, p. 13). De saída, portanto, é elementar que se compreenda o sentido específico do vocábulo *exceção* na teoria da soberania do autor, incumbido de afastar desse sentido o corrente entendimento presente nas teorias políticas e jurídicas que o compreendem enquanto simples evocação de categorias do acervo normativo; seu mote consiste em realocá-lo em sua definição estrutural da soberania. Desse modo, “por ‘estado de excepción’ se entenderá un concepto general de la doctrina del Estado, no un decreto de necesidad cualquiera o un estado de sitio” (SCHMITT, 2009, p. 13).

Para Schmitt, a exceção é o conceito limite da soberania, quer dizer, é o aspecto último e mais geral responsável por configurar o poder soberano enquanto poder supremo, absoluto e originário. Supremo pois carrega o poder da palavra final, sobrepondo-se a qualquer outra entidade que o pretenda; absoluto pois é intransigente com a possibilidade da existência de qualquer outro tipo de poder que desafie sua autoridade total; e originário pois é aquele que insere ordem no mundo do caos,

fazendo-se, então, criador. Estabelecer a exceção como essência da soberania não significa, todavia, concatenar-se com a anarquia e o caos, já que, muito distintamente, a grande preocupação do autor repousa na preservação da ordem, não desmotivadamente reservando parte substancial de sua obra a traçar as linhas gerais das contribuições à teoria da soberania oriundas de filósofos políticos contrarrevolucionários, como De Maistre, Bonald e Donoso Cortés. Ordem, *ordo*, não tem aqui o sentido de ordenamento constituído, mas, antes, o sentido de ordenação como atributo originário e essencial à soberania, uma ordenação que é um ordenar absolutamente ativo sobre o não ordenado, isto é, sobre o mundo em cada instante de sua apresentação. O soberano é um incessante poder constituinte.

Schmitt parece atinar-se para o problema jurídico de fundo presente na concepção moderna do direito — consistente na relação entre segurança e normalidade — e extrai daí suas críticas explícitas a Kelsen. Contrapondo-se à pretensão kelseniana baseada em um sistema jurídico sem lacunas, integralmente correspondente à ideia de segurança jurídica e, por isso, de um sistema detentor da resposta positivo-normativa a cada fato que se apresente, dirá o autor que “La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple ‘supuesto externo’ que el jurista puede ignorar; antes bien, es parte de sua validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos” (SCHMITT, 2009, p. 18). Isto é, para que se cumprisse a velha noção geométrica da segurança jurídica, a normalidade de caso a caso e sua repercussão jurisdicional necessitariam ser totais, idênticas de ponta a ponta e nas entranhas mais profundas de seus critérios objetivos e subjetivos. A realidade, nesse caso, não apenas se submeteria à orientação coercitiva da norma, mas seria ela mesma a própria norma, ou seja, *norma*-lidade. A norma em seu sentido positivo deveria prever a infundável contingência do plano fático. Contudo, se o plano fático é *phýsis*, como poderia haver norma em sentido positivo? Não obstante, é precisamente da *phýsis*, da não-norma, da exceção, que Schmitt extrairá seu conceito de soberania; não porque deva ser mantido o estado caótico do fato, mas porque é através e *sobre* ele que se torna possível algo assim como um ordenar criativo. E quem ordena, isto é, quem decide *sobre* o estado de exceção? A resposta, Schmitt já a entregara na primeira linha do texto aqui trabalhado: soberano é quem decide sobre o estado de exceção. Absoluto, pois, o soberano é por definição apenas um, potente em escala universal para decidir acerca da exceção que compõe o seu domínio, e essa decisão tem, como palavra final e efetiva sobre a ordem do mundo, força de lei:

Porque todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma (SCHMITT, 2009, p. 16).

Ser aquele que emite a palavra final e efetiva significa, por conseguinte, ser a entidade única potente, absoluta e universal a ordenar o mundo, o que, na terminologia liberal — tradição da qual, cōnscio, Schmitt se afasta e combate — aponta para o monopólio da força, já que “El derecho es siempre ‘derecho de una situación’. El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad. Él asume el monopolio de la última decisión” (SCHMITT, 2009, p. 18). Sumariamente, o soberano monopoliza *ordo* (ordenação) do mundo e se constitui em essência por essa concentração absoluta de poder que a decisão última, hipostasiada em sua palavra, lhe confere. Destarte,

Pensamos que, para Schmitt, mais importante do que a concepção do que seja ordem ou segurança pública, [...] é a defesa incondicional da decidibilidade política, do que deflui a seguinte afirmação: ‘A ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma’ (BARSALINI, 2013, p. 80).

O binômio constituído pela decisão e pela exceção é, assim, o fundamento mais originário e imprescindível à estrutura do soberano, de modo que todo o seu ordenar, à maneira de uma normatização do mundo, *nómos*, e sua própria existência enquanto entidade absoluta preenchem-se a cada vez pela exceção, *phýsis*. Sobretudo, para o autor, “La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla” (SCHMITT, 2009, p. 20). A regra vive da exceção porque a constituição do soberano, em Schmitt, é uma constituição que suspende constantemente a ordem jurídica enquanto ordenamento acabado, constituição que, por ser *ordenação*, isto é, um seguir ordenando, é também e sempre poder constituinte. Por seu turno, se o normal nada prova é porque nada nele há de novo, nada nele há que possa ser chamado de soberania. Seu modo cristalizado de ser é um eclipse dual: por um lado, eclipsa a contingência, ou seja, a exceção peculiar ao plano fático, visto que o fato já é originariamente *norma*-lizado; por outro, eclipsa a própria possibilidade da decisão, pois toda decisão, enquanto ato soberano, é ela mesma fundada sobre a exceção. Para o soberano todo poderoso, destarte, desagregar-se do estado de exceção significaria ver amputado seu poder de decisão, situação que apontaria para o colapso total da sua substância e, simultaneamente, para o seu não-ser soberano. O problema da coexistência entre ordenamento jurídico soberanamente constituído — a regra — e a natureza mesma do soberano — decidir sobre a exceção — é solucionado por Schmitt a partir da inclusão no ordenamento da possibilidade de sua própria suspensão, solução que irá reposicionar a continuidade do ordenamento mesmo como algo também passível de ser decidido, isto é, não mais um sistema de balizas que vai ao encontro do soberano — o que, para Schmitt, é absurdo — mas, tal como o mundo, uma exceção acerca da qual o soberano decidirá.

Porque no toda facultad extraordinaria, ni una medida cualquiera de policia o un decreto de necesidad son ya, por sí, un estado excepcional. Hace falta que

la facultad sea ilimitada en principio; se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente. Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. Como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste un orden, aunque este orden no sea jurídico (SCHMITT, 2009, p. 17).

Seu poder de decisão enquanto autoridade absoluta elimina o eclipse que o evanesce no momento em que reassume a altivez frente ao ordenamento, jogando-o agora ao abandono⁶ de sua decisão. Constituindo ordo, e não mais sendo regido por ela, o soberano prova que sua decisão diz tão somente ela mesma e, fora disso, nada.

Entretanto, mesmo no seio do ordenamento constituído, em que sobressai a forma jurídica, a força da decisão não abandona sua natureza criadora. Que significa, desse modo, afirmar que a decisão soberana remete tão unicamente a ela mesma como força criativa? Apresentam-se, aqui, dois desdobramentos necessariamente implicados: o primeiro concerne à natureza mesma da decisão como ato soberano ou, por assim dizer, ato criador, aquele que, por ser autor universal da ordem do mundo, temporaliza-se ao modo da eternidade — sem princípio e sem finitude, pois absoluto —; o segundo desdobramento, simultâneo e vital ao primeiro, consiste precisamente no nada fundante da decisão, porque ser criador significa cada vez um dizer *sobre*, o Verbo, e todo dizer *sobre* é fazer daquilo que se apresenta, nomeando-o, um não nomeado, isto é, nada. Portanto, toda decisão, enquanto palavra criadora centralizada, é um dizer o novo, dizer o que se cria, pois apenas se cria sem fundamento, sem determinação, sem princípio. O princípio da decisão surge somente com ela, essencializando-se em seu ato absolutamente potente. Por conseguinte:

[...] la idea misma de la decisión implica que no pueda haber decisiones absolutamente declaratorias. Considerado desde el punto de vista del contenido de la norma básica, es ese elemento constitutivo y específico de la decisión algo completamente nuevo y extraño. Normativamente considerada la decisión nace de la nada” (SCHMITT, 2009, p. 32).

Estruturalmente sempre nova, excepcional e fugaz no que toca à cristalização peculiar da normalidade, a decisão é já em seu brotamento ilimitada ao dizer a ordem. Que a norma geral seja uma antecipação modular da decisão, configura uma impossibilidade intrínseca ao conceito de decisão elaborado por Schmitt: a norma geral só adquire seu significado no ato potente onde se diz efetivamente sobre a *phýsis* que lhe vem de encontro, no entrançamento entre o fato contingente e a decisão sempre

6. O aspecto do abandono, relativo à noção de *bando* soberano, é vital à leitura agambeniana acerca do poder soberano moderno, sendo responsável por marcar um distanciamento em relação à concepção de origem do Estado a partir de Hobbes. Para aprofundamento do conceito e do problema: Cf. AGAMBEN, 2010, p. 35 ss.

correspondente a essa contingência; nesse sentido, a norma geral é contemporânea à decisão e compartilha de sua excepcionalidade, dado que “No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa: sólo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la corrección normativa” (SCHMITT, 2009, p. 32).

O ordenamento jurídico estabelecido não revela verdades metafísicas a uma entidade incumbida meramente de declará-las, como se a própria lógica interna contivesse as respostas universais à totalidade dos casos que lhe advêm. Antes, na contramão do racionalismo jurídico — que, para Schmitt, elimina qualquer possibilidade excepcional do mundo através de seu sistema matematicamente montado e desvinculado da personalidade daquele que o profere —, o ponto nodal do decisionismo schmittiano encerra-se pontualmente na potência criadora da autoridade soberana centralizada, profundamente pessoal no exercício de sua *auctoritas*. Na esteira de uma determinada leitura hobbesiana, Schmitt avança contra o racionalismo jurídico conclamando a sentença do *Leviatã*: “Auctoritas, non veritas facit legem [La autoridad, no la verdad, hace la ley]” (SCHMITT, 2009, p. 33). Não se revela *nómos*, cria-se. O soberano revela tão somente a si mesmo na decisão, na ambivalência necessária do entrançamento entre *nómos* e *phýsis*, no criar a lei excepcionando-a, no dizer-o-direito suspendendo-o na exceção. Ato soberano, *auctoritas*, é decidir sobre a exceção, na exceção e cada vez a partir dela, a partir do nada que sustenta a absolutez daquele que decide. Todavia, quem deve dizer — *Verbum* — para que a ordem do mundo seja Ordem do mundo, isto é, *Uno Ordine*? A resposta para a singularidade essencial da ordem, Schmitt a vislumbra uma vez mais em referência a Hobbes:

La forma que él busca reside en la decisión concreta que parte de una instancia determinada. Dada la significación autónoma que la decisión tiene, también el sujeto de la decisión tiene significación autónoma al margen de su contenido. En la realidad de la vida jurídica importa quién decide. Junto al problema de la corrección del contenido está el de la competencia. En la oposición entre sujeto y contenido de la decisión, y en la significación propia del sujeto, estriba el problema de la forma jurídica. No es la vaciedad *a priori* de la forma trascendental, por cuanto emana de lo jurídicamente concreto. Tampoco es la forma de la precisión técnica, cuya finalidad es eminentemente objetiva, impersonal. Ni es, por último, la forma de la configuración estética, que no conoce decisión (SCHMITT, 2009, p. 35).

Manejando conceitos da tradição teológica, Schmitt preencherá a necessidade dessa instância específica detentora da decisão última e instituidora da ordem com o

conceito de *teísmo*⁷, a ideia de um Criador transcendente e único que governa o mundo, um Deus que, soberano inclusive sobre sua criação, opera milagres. Orientando-se a partir do postulado teórico de que “Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados.” (SCHMITT, 2009, p. 37), o autor compreende a exceção constitutiva da decisão e a unicidade da Ordem à maneira, respectivamente, do milagre e do teísmo:

El estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología. Sólo teniendo conciencia de esa analogía se llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas en los últimos siglos. Porque la idea del moderno Estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, com una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales implícita en el concepto del milagro y producido por intervención directa, como tampoco admiten la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente. El racionalismo de la época de la Ilustración no admite el caso excepcional en ninguna de sus formas. Por eso la convicción teísta de los escritores conservadores de la contrarrevolución pudo hacer el ensayo de fortalecer ideológicamente la soberanía personal del monarca con analogías sacadas de la teología teísta (SCHMITT, 2009, p. 37).

Ser milagre é o que caracteriza a estrutura mesma da decisão enquanto criação *sobre* o que se apresenta e suspensão daquilo mesmo que se cria, já que a criatura não pode transcender o que já é absolutamente transcendente, ou seja, o soberano; resta responder ao teísmo. Em crítica explícita ao racionalismo jurídico de cunho deísta, no qual diversos legisladores e operadores produzem dispersamente palavras ordenadoras, Schmitt ampara-se no solipsismo de Descartes para determinar a Ordem da soberania,

Pues que las obras creadas por muchos maestros no son tan perfectas como las elaboradas por uno solo. ‘Un seul architecte’ debe construir una casa, una ciudad; las mejores constituciones son obra de un solo legislador inteligente, ‘sont inventées par un seul’, y, en conclusión, un Dios único gobierna el mundo (SCHMITT, 2009, p. 45).

7. A questão sobre a *oikonomia* da criação, compreendida na tradição teológica sob a égide dos conceitos de providência geral (deísmo) e providência especial (teísmo), é exaustivamente investigada por Agamben na proposta genealógica de *O Reino e a Glória*, especificamente nos capítulos quatro e cinco. Acerca da importância de Kelsen e Schmitt para estes conceitos: Cf. AGAMBEN, 2011, p. 129. Para conhecimento da discussão: Cf. AGAMBEN, 2014, p. 34 ss.

A decisão soberana, como ato absoluto criador da Uma Ordem, é concomitantemente constitutiva de um só Deus, nuclear e transcendente, sobretudo porque a *perfectio* da forma do Estado implica de imediato na singularidade da pessoa do soberano, o arquiteto solitário da Ordem. Personalidade específica para decidir sobre o estado de exceção, é o presidente, por definição schmittiana, o Criador teísta que decide soberana e *constantemente*, através da ordenação, acerca da suspensão do ordenamento⁸. Decisão e soberania, portanto, estão essencializadas no soberano único que detém a palavra última, o que significa que, “em última instância”, a exceção permanece sendo a regra da soberania.

Conclusão

Ao afirmarmos, como o fizemos na introdução deste trabalho, que o limite entre o Estado de Direito, a ditadura e o regime totalitário constitui compartimentação perigosamente frágil, não intentamos atirá-los sem nenhum rigor no centro de um fenômeno político idêntico, tampouco sugerir que a construção sistemática de campos de extermínio equipara-se, por exemplo, à decisão das políticas econômicas adotadas por um Estado que se chamaria “normal”. O que buscamos demonstrar é que a estrutura da decisão soberana como fundamento máximo do Estado moderno, fincada na centralização da violência e na altivez criadora sobre os corpos nus, funda-se necessariamente, por sua vez, na sua própria excepcionalidade. Seus mais eminentes teóricos, Kelsen e Schmitt, embora situados em posições diametralmente diversas, parecem entroncar-se nesse mesmo problema. Essa estrutura representa a zona anômica na qual a soberania moderna foi historicamente constituída e que se espalha por todas as manifestações do Estado, da sentença condenatória de um furto de bananas, ao que se cria na decisão o próprio crime, até o espectro das Leis de Nurembergue de 1935, que na velocidade de um só instante “requalificou” a comunidade judaica enquanto seres indignos de participar da vida pública e, um pouco mais tarde, com a Solução Final, como indignos da vida ela mesma. O salto que se dá de um ao outro é impossível de se prever, porém permanentemente ameaçador.

Destarte, pensar o direito enquanto instrumento de resistência ou de conservação de garantias mínimas significa dobrar-se ingenuamente à exceção violenta da qual ele mesmo é o agente; acontece como no drama político-*oikônômico* do Antigo Testamento: prestam-se glorificações, sacrifícios e pedidos de misericórdia àquela mesma entidade divina responsável por devastar a colheita, matar o gado ou enviar a peste, violência esta sem a qual, em primeiro lugar, não haveria nem a glória, nem o sacrifício

8. Cf. SCHMITT, 2009, p. 17.

e nem a misericórdia. Ademais, pensar a destituição desse poder, caso não estejamos inclinados a fenecer em potência ante o reino do Deus, que decide constantemente acerca da vida e da morte, passa por compreendermos a radicalidade daquilo a que nos provoca Agamben, nas últimas páginas do ato inaugural de seu extraordinário programa de crítica ao Estado: “Será preciso, antes, fazer do próprio corpo biopolítico, da própria vida nua, o local em que constitui-se e instala-se uma forma de vida toda vertida na vida nua, um *bíos* que é somente a sua *zoé*” (AGAMBEN, 2010, p. 182).

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2ª Edição. São Paulo : Boitempo, 2004.

_____. Estado de Exceção e Genealogia do Poder. In.: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 108, jan./jun. 2014. p. 21-39. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/current/showToc>, Acesso em: 01 Jul. 2014.

_____. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2ª Edição. Belo Horizonte : Editora UFMG, 2010.

_____. *O Reino e a Glória*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo : Boitempo, 2011.

BARSALINI, Glauco. *Direito e Política na Obra de Giorgio Agamben : Soberania e Estado de Exceção Permanente*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2013.

BENJAMIN, Walter. Crítica do Poder : Crítica da Violência. In.: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie : escritos escolhidos*. Seleção e apresentação Willi Bolle. São Paulo : Cultrix : Editora da Universidade de São Paulo, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8ª Edição. São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

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