

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

FILOSOFIA DO DIREITO I

YNES DA SILVA FÉLIX

OSCAR SARLO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Oscar Sarlo, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-367-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Filosofia do Direito. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

A obra coletiva que ora apresentamos reúne 15 artigos selecionados e defendidos no Grupo de Trabalho intitulado “FILOSOFIA DO DIREITO I”, durante o XXV Congresso do CONPEDI, ocorrido entre 07 e 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba-PR, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”, evento realizado em parceria com o Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos que compõem esta obra revelam rigor técnico e profundidade, fornecendo ao leitor segura e original fonte de pesquisa. Iniciamos com um debate antigo sobre a moral e o direito, porém agora revisto a partir da proposta parlamentar de conceituar família no artigo “A imposição de uma moral por meio do direito: o que diria Hart sobre o Projeto de Lei nº 6.583/2013?” e seguimos com “A unidade do valor como teoria da interpretação”, “Aparelhos ideológicos de estado: a reforma de governo e a desburocratização”, “As sutilezas do poder: revisitando o conceito de estado de exceção à luz de Giorgio Agamben”, “Crítica multiculturalista ao liberalismo igualitário: contribuição a partir do pensamento de Charles Taylor”, “Direito e interdisciplinaridade: o direito das minorias linguísticas na perspectiva da filosofia da linguagem”, “Direitos humanos (pós-humanos)? Aproximações de fundamentação a partir da filosofia da tecnologia”, “Direitos humanos entre universalismo e multiculturalismo: alternativas fornecidas pela pesquisa racional fundada na tradição”, “Ética, moral e direito: um diálogo com Émile Durkheim”, “Lugar epistemológico da coação no Direito”, “O sentido da existência e o papel do direito no projeto de vida”, “Proatividade interpretativa do Judiciário e teoria crítica”, “Thomas Hobbes: um estudo a partir de Norberto Bobbio”, “Tolerância, razão pública e liberdade de expressão em “o liberalismo político” de John Rawls”, findando com “Um acerto de contas entre o Direito e a Filosofia”.

Conforme podemos constatar, todos os trabalhos apresentam grande relevância para a pesquisa jurídica e mostram preocupação em fazer uma leitura da realidade e do direito fundamentada nos mais notáveis filósofos, perpassando por textos e autores clássicos e chegando aos contemporâneos, com desenvoltura para refletir, questionar e propor alternativas.

Nesse sentido, enxergamos nas diversas análises e ideias debatidas no GT que a presente obra contribuirá definitivamente para a pesquisa científica no direito. Tenhamos todos uma excelente leitura!

Coordenadores:

Oscar Sarlo – Facultad de Derecho/Universidad de la República

Ynes da Silva Félix – Fadir/UFMS

**AS SUTILEZAS DO PODER: REVISITANDO O CONCEITO DE ESTADO DE
EXCEÇÃO À LUZ DE GIORGIO AGAMBEN**

**THE POWER SUBTLETIES: FACING THE CONCEPT OF STATE OF
EXCEPTION BY GIORGIO AGAMBEN**

Rafael Caetano Cherobin

Resumo

Tomando como fio condutor a interlocução entre os juristas Hans Kelsen e Carl Schmitt, este artigo tem por objetivo ressaltar - nas linhas propostas por Giorgio Agamben - a relação entre Estado de Exceção e biopolítica, deslocando a análise do poder do âmbito da teoria das formas de governo.

Palavras-chave: Giorgio agamben, Estado de exceção, Biopolítica

Abstract/Resumen/Résumé

Catching the dialogue between Hans Kelsen and Carl Schmitt lawyers, this article has the aim to highlight - as the lines proposed by Giorgio Agamben - the relation between the State of Exception and biopolitics, taking over the power analysis of the scope of the forms of government theories.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Giorgio agamben, The state of exception, Biopolitics

1. INTRODUÇÃO

A publicação do livro *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, no ano de 1995, representou para Giorgio Agamben o início de uma longa investigação sobre as relações entre poder, Estado e direito, que se desenvolveria posteriormente em livros como *O que resta de Auschwitz*, *Estado de exceção*, *O reino e a glória*, *Altíssima pobreza*, *Opus Dei* e *O uso dos corpos*. Nesta trajetória, pode-se notar que já na sua introdução ao *Homo Sacer*, Agamben indicava as bases que formariam toda a sua ulterior análise, incluindo a menção a alguns de seus principais interlocutores (AGAMBEN, 2010, p. 9-19). Dentre eles, destacam-se três autores de particular importância, a saber, Hannah Arendt, Michel Foucault e Carl Schmitt.¹ Eles foram fundamentais a Agamben na medida que suas elaborações conceituais se consubstanciaram em grande medida nos meandros e nas lacunas das teorias desses autores. Seguindo seus próprios delineamentos, pôde então dizer que se em *A condição humana* Arendt apontou para o eclipse da *ação* em decorrência da ascensão do *homo laborans*, bem como para a indistinção entre as esferas pública e privada ante a *promoção social*, assim como toda relação que isso tem com a sociedade de massas e o totalitarismo, faltou-lhe, contudo, relacionar suas conclusões com o campo de concentração e a biopolítica; e se Foucault sublinhou a politização da vida biológica na modernidade, em contrapartida nunca buscou vincular a emergência do biopoder às esferas político-jurídicas; daí que, finalmente, Agamben procurou justamente a convergência desses dois pressupostos teóricos com uma linha de pensamento que pudesse relacioná-los com o Estado, o que se fez possível a partir do conceito de Estado de Exceção, de Carl Schmitt. O poder de decisão - localizado entre anomia e norma - revela para Agamben justamente o núcleo do mecanismo político que tanto caracterizou os Estados Totalitários do século passado.

Nesse sentido, o filósofo dava um passo adiante em relação à análise do poder, porquanto em sua concepção o campo de concentração como paradigma de governo não seria tão somente o resultado da politização da vida biológica na modernidade - tal como Arendt e Foucault haviam apontado, e que, ademais, para Agamben nem sequer seria uma novidade moderna -, mas a consequência dos Estados Modernos terem se transformado progressivamente em Estados de Exceção.

¹ Esta também é a opinião de Edgardo Castro (2012, p. 9).

Este artigo tem por objetivo exatamente retomar a definição de Agamben de Estado de Exceção, evidenciando-a a partir da querela entre Carl Schmitt e Hans Kelsen na primeira metade do século XX. Isto porque não somente permite expor toda a sagacidade do autor alemão, como também fornece uma base conceitual privilegiada para se fazer emergir as profundas implicações do conceito de Estado de Exceção. Cumpre assinalar que escolhemos revisitar a categoria Estado de Exceção não tanto porque através dela podemos melhor visualizar a relação entre violência e direito, mas sobretudo em razão de suas consequências práticas, raramente percebidas pelo jurista, nomeadamente neste momento histórico já desmarcado pela Guerra Fria e, por outro vértice, de domínio inelutável do conceito liberal de Estado Democrático de Direito. Como bem salienta Agamben, o Estado de Exceção não coincide nem com a anomia, nem com a soberania do direito, mas com a criação de uma zona de indeterminação entre ambos, e que especialmente num contexto de “pós-política” e “sociedades administradas”, permite que a estrutura estatal assuma um poder excepcional permanente sem que necessariamente seja assim percebido pela população. Exatamente aí reside seus nuances mais imperceptíveis e, na mesma medida, atuais.

2. ESTADO DE EXCEÇÃO E SOBERANIA: ENTRE NORMA E ANOMIA

Em 1922, o jurista Carl Schmitt abria a sua *Teologia Política* com uma definição categórica de soberania: “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2006, p. 7). A singular importância dessa assertiva decorre do seu caráter paradoxal, que consiste na ideia de situar o soberano dentro e fora do ordenamento jurídico concomitantemente. Por um vértice, soberano é aquele que pode declarar o Estado de Exceção e suspender a ordem jurídica porque se mantém em exterioridade em relação ao direito, e, no entanto, por outro, consegue fazê-lo sem se desvincular do âmbito jurídico. Segundo Schmitt, o Estado de Exceção se revela com maior clarividência em situações limítrofes, quando os detentores do poder são então chamados a decidir sobre a ordem jurídica, e o seu intento teórico visa justamente forjar um arcabouço conceitual para assegurar que quando eles assim o fizerem, não somente não se desvinculam do direito, como em última instância desvelam o seu elemento substancial.

Esta aporia na qual a realidade viva do poder se entrelaça ao ordenamento jurídico é traduzida por Agamben como uma situação em que a “*norma se aplica à exceção*”

desaplicando-se, retirando-se desta.” (AGAMBEN, 2010, p. 24). Ou seja, a norma autoriza o poder a agir desprendido de qualquer norma, regulando a sua própria desregulação e abrindo espaço para um vácuo jurídico dentro da própria ordem jurídica. Daí que o Estado de Exceção não se localiza nem fora nem dentro do direito: não é uma situação de total anomia ou de caos que precede a ordem social, nem uma situação em que as relações obedecem à ordem jurídica, que então regularia toda produção e aplicação do direito e que consubstanciaria a condição própria de uma comunidade jurídica ou de um Estado de Direito. Portanto, o Estado de Exceção se localiza em um limiar entre situação de fato e de direito, a permitir que os agentes do Estado consigam trazer para dentro da ordem jurídica a violência que caracteriza a *phýsis* e se opõe ao *nómos*.

Como antes mencionado, podemos melhor compreender as assertivas de Schmitt comparando-as com as conclusões extraídas dos trabalhos de Kelsen, que na primeira metade do século XX lhe faziam oposição. Pois enquanto Kelsen definia o direito como norma, Schmitt, que em sua *Teologia Política* critica Kelsen, buscava apontar para essa zona de indiferença entre vida e direito, explicitando a impossibilidade de vigência do direito sem uma força última que o impusesse e o garantisse quando necessário. O soberano seria assim o detentor de uma força latente, que poderia ser ativada através de uma decisão sobre a suspensão da ordem jurídica que ele mesmo engendrou. Depreende-se daí, por conseguinte, a compreensão do direito como decisão, em oposição ao normativismo.

Além disso, para Kelsen Estado e direito coincidem. O Estado não poderia ser pensado fora do direito, uma vez que, em última instância, todas as autoridades do Estado ou produzem ou aplicam normas jurídicas – ou fazem os dois ao mesmo tempo - de acordo com normas jurídicas anteriores, que estão ancoradas, finalmente, na norma fundamental pressuposta. Assim sendo, o Estado seria apenas o reflexo de uma centralização do poder, que se manifesta através de órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho e empenhados na produção e na aplicação do direito (KELSEN, 2009, p. 317). Disso se segue que não haveria um poder externo à ordem jurídica que pudesse ser relacionado ao direito. Mas não porque Kelsen ignorasse o poder real no meio social e sua inevitável relação com a criação e a manutenção da ordem jurídica. É somente porque, segundo uma Teoria Positiva do Direito, tal poder fáctico estaria fora do campo jurídico sempre que estivesse desatado do conjunto de normas que compõe a ordem jurídica. Assim, ele apenas poderia ser considerado

teoricamente pela Sociologia do Direito, mas já não pela Teoria do Direito, que tem por objeto exclusivo a norma jurídica e se limita a extrair as significações jurídicas dos fatos e atos empíricos. Por essa perspectiva, inclusive, a própria definição de Estado coincide com a de Estado de Direito, na medida em que os atos das autoridades somente poderiam ser legítimos enquanto pudessem ser subsumidos às normas jurídicas anteriores, que, por sua vez, necessitam encontrar seu fundamento último na norma fundamental. Toda atividade política para além disso representaria um descolamento do âmbito jurídico. Aqui, soberano é o próprio direito.

Tanto assim que na sua *Teoria Pura do Direito*, o jurista assinala que a cisão entre Estado e direito somente pode ser concebida com intuito ideológico, visando legitimar um poder sem rédeas e travestido de caráter jurídico:

A doutrina tradicional do Estado e do Direito não pode renunciar a esta teoria, não pode passar sem o dualismo de Estado e de Direito que nela se manifesta. Na verdade, este desempenha uma função ideológica de importância extraordinária que não pode ser superestimada. O Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só poder justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposta à sua originária natureza, o poder, e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido. Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito (KELSEN, 2009, p. 316).

Por seu turno, Schmitt se opõe exatamente à conclusão de que a última palavra caberia ao direito, isto é, à noção de que qualquer poder que ultrapasse os ditames da norma jurídica não seja também agasalhado pelo direito. Em última análise, é a diferença conceitual daquilo que se entende por direito que se altera entre os juristas. Kelsen reconhece a dominação concreta no meio social, mas não a chama de direito, enquanto Schmitt, ao contrário, procura vinculá-la à decisão soberana e convertê-la em direito, tendo como efeito a cisão entre direito e Estado, sendo este anterior àquele. Em suas próprias palavras, afirma o autor alemão:

Na perspectiva prática, uma jurisprudência que se orienta em questões da vida cotidiana e nos negócios correntes não tem interesse no conceito de soberania. Também, para ela, o normal é aquilo que é reconhecível, sendo todo o resto um “incômodo”. Diante do caso extremo, ela fica perplexa, pois nem toda competência extraordinária, nem toda medida de polícia no caso de necessidade ou decreto-lei considera-se estado de exceção.

Ao contrário, para isso precisa-se de uma competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo Estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz. (SCHMITT, 2006, p. 13).

Para Schmitt, o Estado seria então uma força política que consegue manter a ordem social sem, todavia, estar atado às normas jurídicas precedentes e limitadoras do poder. Por fazer jus à autoconservação, no mais das vezes necessita operar numa zona cinzenta em que direito e vida se confundem, e na medida em que a suspensão da ordem jurídica não recaia em caos social, isso significa que se encontra em um processo duplo de exterioridade e interioridade com o *nómos*.

Para melhor compreensão, podemos esquematicamente imaginar três situações hipotéticas. Uma primeira situação de total anomia. Seria então a ficção do caos precedente a qualquer ordem social ou a “luta de todos contra todos”.² Uma segunda situação representada por um poder que conseguisse manter a ordem social sem que existisse uma ordem jurídica. Carl Schmitt relacionou tal potencialidade ao Estado, expandindo-o conceitualmente para além da ordem jurídica, embora, por outro lado, não tenha também deixado de tentar imbricá-lo com o direito. E, finalmente, uma terceira situação seria a de um Estado de Direito no sentido Kelseniano, em que todas as autoridades acham-se vinculadas à ordem jurídica. Neste último caso, o soberano seria o próprio direito, pois não haveria nenhuma decisão política que pudesse se sobrepor à ordem jurídica, a não ser destituindo-a, e, assim sendo, não se trataria mais de um poder fundado no direito, mas apenas um puro poder.

No entanto, além dessas três situações que podemos esquematicamente sublinhar, Agamben enfatiza mais um aspecto do poder que é central para a compreensão do Estado de Exceção e onde a sutileza do pensamento de Schmitt se evidencia. É que a contumácia da exceção somente se torna possível porque ela se articula na norma

² Importa enfatizar que é controversa a interpretação do “estado de natureza”, em Thomas Hobbes, como uma situação de total anomia na qual se opõe uma ordem jurídica. Em realidade, a sua proposta de constituição de um grande *Leviatã* assemelha-se bastante à arquitetura do Estado de Exceção, em que vida e direito se confundem a fim de garantir a estabilidade social, e que sem este Deus terreno, tende-se à guerra civil, situação aproximada à “guerra de todos contra todos” (AGAMBEN, 2010, p. 42; HOBBS, 1974, p. 109-110).

jurídica, gerando a indistinção entre *nómos* e anomia. Trata-se já de uma norma que pouco diz e que, por isso mesmo, diz tudo. O Estado de Exceção se revela especialmente diante de situações que não se encaixam plenamente em nenhum dos três exemplos descritos anteriormente, pois refere-se a uma ocasião excepcional em que o direito que se desaplica supostamente compõe o *nómos*, embora, em realidade, reste apenas a anomia. A aporia de uma norma destituída de sua natureza normativa é o espaço excepcional que não distingue vida e direito e enseja, por isso, o Estado de Exceção permanente. Em suma, na tripartição anomia, ordem social e ordem jurídica, o Estado de Exceção acha-se indeterminado entre as duas últimas situações, ora oscilando mais para um lado, ora para outro. Nesse sentido, assinala Agamben:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão (AGAMBEN, 2010, p. 35).

O estratagema schmittiano, denunciado por Agamben, foi ter justamente apresentado essa potência política externa sem dissociá-la da definição de direito, como se houvesse uma espécie de ponte invisível as interligando conceitualmente. Schmitt consente que a soberania seja uma potência externa ao direito, não obstante, esforça-se para situá-la em um ponto de fusão com a dimensão jurídica, argumentando que o direito não existiria sem algum elemento que o ligasse à vida, de modo que, por essa perspectiva, a decisão soberana não poderia ser um elemento completamente estranho ao direito, mas, ao contrário, é seu fundamento por excelência.

Disso se segue todas as conhecidas hipóteses schmittianas, tais como entre poder constituinte e poder constituído, norma jurídica e norma de realização do direito, legalidade e legitimidade. Como assinala Agamben, o interesse por Schmitt advém dele não ter classificado o Estado de Exceção nem como parte integrante do direito positivo (teoria objetiva), nem como um problema extrajurídico (teoria subjetiva), mas tê-lo definido em um patamar que “dentro e fora não se excluem mas se indeterminam.” (AGAMBEN, 2004, p. 39). Para melhor compreender essas zonas confusas, deve-se retornar à obra *A ditadura*, de 1921, em que os pressupostos jurídicos do Estado de Exceção são desenvolvidos de modo a preparar os alicerces para o seu livro posterior, o já mencionado *Teologia Política*, de 1922. Para Agamben, é “à luz dessa complexa

estratégia de inscrição do Estado no direito que deve ser vista a relação entre *Die Diktatur* e *Politische Theologie*” (AGAMBEN, 2004, p. 57), pois o “telos da teoria é, nos dois livros, a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 54).

3. AS HIPÓSTASES SCHMITTIANAS

Na obra *A ditadura*, Schmitt define duas formas de ditadura, a comissária, em que se pretende assegurar a existência da constituição, e a soberana, em que o objetivo é preparar um estado social real dirigido à criação de uma nova constituição. Vejamos essas duas situações.

Segundo Schmitt, o sentido da decretação da ditadura comissária decorre do fato do Estado se encontrar numa situação análoga àquela da legítima defesa, pois se pressupõe que “el adversario no se atiene a las normas jurídicas que el dictador reconoce como el fundamento jurídico que da la medida de su acción” (SCHMITT, 2007a, p. 181). Por isso, então, “la dictadura comisarial suspende la Constitución *in concreto*, para proteger la misma Constitución em su existencia concreta” (SCHMITT, 2007a, p. 181). Além disso, para atribuir sentido jurídico à ditadura comissária, o autor elabora a distinção entre dois tipos de normas, a saber, as normas jurídicas e as normas de realização do direito, sendo que estas últimas remetem justamente à ação do Estado que visa assegurar a existência da constituição numa situação limítrofe. Ou seja, o Estado estaria realizando o direito porque as normas jurídicas, embora pareçam ter autonomia nas situações de normalidade, em realidade, nunca se desvinculam deste elemento político prévio, que em última análise lhes criou e lhes dá sustentação. Por conseguinte, quando o Estado suspende o direito a fim de afiançar a constituição, não se estaria diante de uma conduta anti-jurídica, mas da decisão que é o elemento jurídico por excelência, e que neste caso ele denomina de normas de realização do direito.

Podemos compreender melhor as colocações de Schmitt sobre a ditadura comissária através da diferença entre validade e eficácia, que ademais também realça novamente as abordagens kelsenianas e schmittianas. Em Kelsen, validade e eficácia se distinguem juridicamente, não obstante o jurista reconheça que a validade das normas jurídicas dependa de um mínimo de eficácia da ordem jurídica. Ou seja, a objetividade de um “dever-ser” depende da comunidade pressupor a norma fundamental e, consciente ou inconscientemente, conduzir-se em média de acordo com a ordem

jurídica. Por outro vértice, seria impossível a existência de um conjunto de normas jurídicas sem eficácia alguma, pois tais normas não teriam qualquer conexão com as condutas humanas reais às quais o direito se dirige. Daí que Kelsen reconhece o ponto em que validade e eficácia se tangenciam, todavia, não deixa de asseverar igualmente que a norma jurídica possui existência própria para além de sua eficácia no mundo concreto. Apenas um mínimo de eficácia é exigido (KELSEN, 2009, p. 235-238).

Schmitt, assim como Kelsen, também salienta tal conexão entre validade e eficácia quando ressalta que a existência da ordem jurídica depende de um certo grau de consentimento social, e que este somente pode ser extraído da dinâmica do poder na sociedade. No entanto, quando imprime neste fundamento político prévio a substância do direito e deduz a existência de normas de realização do direito, que em última instância são normas destituídas de qualquer delimitação normativa, a distinção entre validade e eficácia se indetermina, pois a avaliação da eficácia deste tipo de norma já não depende mais da pertinência de uma operação de subsunção de um fato a uma norma jurídica válida, que pode ser descrita e compreendida. Ao contrário, a eficácia passa a se referir genericamente à capacidade política de garantir a estabilidade social naquelas situações limítrofes, e qualquer operação de subsunção que se queira extrair dessa atividade se torna completamente arbitrária.

É através desse tipo de hipóstase, portanto, que Schmitt consegue relacionar validade e eficácia, direito e política, *nómos* e *phýsis*:

La sustantividad metódica del problema de la realización del derecho como un problema jurídico aparece aquí con la mayor claridad. La acci3n del dictador debe crear una situaci3n en la que pueda realizarse el derecho porque cada norma jur3dica presupone, como medio homog3neo, una situaci3n normal en la cual tiene validez. En consecuencia, la dictadura es un problema de la realidad concreta, sin dejar de ser un problema jur3dico. La Constituci3n puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensi3n solamente significa una excepci3n concreta. (SCHMITT, 2007a, p. 182).

Assim tamb3m podem ser pensadas a ditadura soberana e as rela33es entre poder constituinte e poder constitu3do. Schmitt n3o distingue completamente poder o constituinte do poder constitu3do, colocando o primeiro no campo pol3tico e o segundo no campo jur3dico. Ao contr3rio, entrela3a ambos os campos de tal modo que o poder constituinte n3o seja estranho 3 constitui33o vigente, porquanto tal constitui33o, na

realidade, nunca tinha deixado de ser poder constituinte, isto é, jamais havia se divorciado do elemento vivo que lhe deu substância jurídica:

La dictadura soberana [...] No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar. Habría que creer que semejante empresa quedaría sustraída a toda consideración jurídica. Porque, jurídicamente, el Estado solo puede ser concebido en su Constitución, y la negación total de la Constitución existente tendría que renunciar propiamente a toda fundamentación jurídica, toda vez que la Constitución a implantar no existe todavía, según sus propias premisas, por lo que se trataría de una mera cuestión de poder. Pero no es así cuando se toma un poder que no está él mismo constituido constitucionalmente, a pesar de que guarda tal conexión con cada Constitución existente, que aparece como el poder fundador, aun cuando nunca sea abarcada por él, por lo que, en consecuencia, tampoco puede decirse que lo niegue la Constitución existente. Este es el sentido del *pouvoir constituant* (SCHMITT, 2007a, p. 182-183).

Como se pode observar da descrição desses dois tipos de ditadura, a estratégia schmittiana se traduz na tentativa de trazer para dentro da dimensão jurídica os elementos da realidade política, fazendo com que, paradoxalmente, normas jurídicas e normas de realização do direito, poder constituinte e poder constituído, sejam, ao mesmo tempo, diferenciados e identificados. As normas de realização do direito, aplicadas diretamente sem referência às normas jurídicas (ditadura comissária), garantem a existência destas numa situação de instabilidade social, ou seja, seriam o fundamento real delas, pois as normas jurídicas não existiriam sem um mínimo de eficácia. E, pela mesma lógica, quando se instala uma ditadura soberana, a deposição de uma constituição para a elaboração de outra, embora substitua o diploma legal, não altera a substância prévia do direito. Como assinala Schmitt, o “soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.” (SCHMITT, 2006, p. 8).

Outros componentes centrais no arcabouço schmittiano são as noções de povo e de democracia, que ajudam a explicar porque os elementos jurídicos não podem ser completamente dissociados dos elementos políticos. Para melhor ilustrar este ponto, retomemos a contenda teórica entre Kelsen e Schmitt.

Para Kelsen, o “povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico” (KELSEN, 2000, p. 36), isto é, a “unidade do povo não passa da unidade dos atos individuais regulados e dirigidos pelo direito do Estado” (KELSEN, 2000, p. 37). Já para Schmitt, a constituição do povo depende de uma identidade que os aproxime e que os distinga dos demais povos (binômio amigo-inimigo). Com base na distinção desses dois pressupostos teóricos, os aspectos jurídico-institucionais da democracia também se diferenciam, e, no caso de Schmitt, é também a partir daí que ele formula uma teoria do direito que seja capaz de atribuir uma dimensão jurídica ao Estado de Exceção.

Em Kelsen, a democracia “significa identidade entre governantes e governados” (KELSEN, 2000, p. 35), e isso é obtido através da participação do povo na formação da vontade do Estado - em realidade, refere-se à participação, seja diretamente (democracia direta), seja indiretamente (democracia representativa), daqueles que detêm direitos políticos. Além disso, parte-se do pressuposto que cada indivíduo possui uma consciência própria, que não obstante possa ser influenciada pelos outros e pelo meio, não se dissolve numa identidade coletiva. Ao contrário, a vontade do povo é obtida pela vontade da maioria. Aliás, daí também a preocupação do autor com os direitos humanos, que poderiam servir para atenuar as vontades majoritárias opressivas, bem como a sua ênfase na viabilidade do parlamento, onde as vontades da maioria tenderiam a se tornar mais permeáveis às vontades da minoria, fazendo com que, nas democracias-parlamentares, a atividade do Estado fosse consubstanciada no princípio majoritário-minoritário (KELSEN, 2000, p. 67-68).

Já em Schmitt, a vontade do povo é homogênea. Portanto, através da identidade que lhe é própria, e num sentido radical, o povo formularia uma verdadeira “vontade geral”. Schmitt critica a ideia de vontade do povo como vontade da maioria, bem como se opõe à democracia representativa, porquanto enxerga nela um sistema frágil, que apenas conseguiria subsistir enquanto “for possível pressupor uma homogeneidade substancial de todo o povo” (SCHMITT, 2007b, p. 28), pois, do contrário, não haveria “*nenhuma vitória da minoria pela maioria de votos*” (SCHMITT, 2007b, p. 28). Ou seja, somente porque a votação faz surgir “uma concordância e uma unanimidade pressupostas e existentes em latência” (SCHMITT, 2007b, p. 28) é que o “método da formação da vontade por meio da averiguação majoritária simples é razoável e suportável” (SCHMITT, 2007b, p. 28). Porém, “uma vez que toda democracia fundamenta-se no pré-requisito de um povo indivisivelmente homogêneo, inteiro,

uniforme, então não existe para ela, na coisa e na essência, nenhuma minoria” (SCHMITT, 2007b, p. 29), isto é, “não sendo satisfeita a precondição da homogeneidade nacional indivisível, então o funcionalismo afeito a averiguações puramente aritméticas” (SCHMITT, 2007b, p. 29), em realidade, “nada mais é que a violação quantitativamente maior ou menor da minoria derrotada por maioria de votos e, conseqüentemente, oprimida” (SCHMITT, 2007b, p. 29). Em suma, “cessa então a identidade democrática de governantes e governados, de autoritários e obedientes.” (SCHMITT, 2007b, p. 29).

Portanto, a funcionalidade dos procedimentos democráticos depende da existência prévia de uma vontade homogênea do povo. E é justamente a pressuposição de que é possível forjar tal homogeneidade o mecanismo teórico através do qual Schmitt pretende desvincular a ideia de democracia da necessidade de uma organização institucional específica. Por essa perspectiva, já não importa tanto a forma de governo para que a democracia exista, mas tão somente que a vontade do Estado coincida com a vontade homogênea do povo.

Em Kelsen, a democracia é por excelência anti-metafísica, já que é uma forma de governo na qual se assegura institucionalmente que o povo, representado por uma soma de indivíduos, possa criar contingencialmente o próprio direito. Além disso, a legitimidade do direito independe de quaisquer requisitos morais ou políticos *a-priori*, ainda que Kelsen fosse um democrata. Por outro vértice, a insurgência de Schmitt é justamente contra esse formalismo jurídico:

Atualmente, porém, a ficção normativista de um sistema fechado de legalidade faz uma surpreendente e irrefutável oposição à legitimidade de uma vontade legítima realmente existente. Essa é, hodiernamente, a oposição decisiva, e não aquela referente à monarquia, à aristocracia, à oligarquia ou à democracia, que normalmente apenas obscurece e confunde. (SCHMITT, 2007b, p. 5).

A questão levantada por Schmitt sugere que o problema central da política não se relaciona com as formas de governo, mas com a existência de um poder soberano que garanta coesão social. Daí a assertiva de que “o soberano é, simultaneamente, supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte de legalidade e última base de legitimidade” (SCHMITT, 2007b, p. 4). Ou seja, a legalidade decorre da legitimidade da vontade soberana, que, por sua vez, deve encarnar a vontade homogênea do povo. Enquanto para Kelsen o pressuposto da democracia dependia

daquilo que Schmitt designou de “visão de mundo individualista-humanitária” (SCHMITT, 1996, p. 14), em que cada um cede um pouco de liberdade para viver em sociedade, mas, ao mesmo tempo, não renuncia a sua liberdade porque participa, em igualdade, da vontade do Estado, de maneira que a democracia seja então a forma de governo que garante liberdade e igualdade (KELSEN, 2000, p. 27), em Schmitt, a democracia é pensada a partir do binômio amigo-inimigo. Por isso, ademais, aufere que “o contrato pressupõe a diferenciação e a oposição, e a unanimidade, assim como a *volonté générale*, existe ou não existe” (SCHMITT, 1996, p. 14-15).

Disso se segue que a vontade do povo se consubstancia numa “vontade geral”, e “no local em que ela predomina, o contrato torna-se sem sentido, e onde não predomina, o contrato não tem utilidade alguma” (SCHMITT, 1996, p. 15). Por conseguinte, a “idéia do contrato livre de todos com tudo provém de um mundo conceitual totalmente diverso, o mundo do liberalismo, que pressupõe interesses opostos, diferenças e egocentrismos” (SCHMITT, 1996, p. 15). Em contrapartida, a “*vonlonté générale*, como Rousseau a concebeu, é na verdade a homogeneidade, a democracia conseqüente” (SCHMITT, 1996, 15), e, assim sendo, na “democracia só existem a igualdade dos iguais e a vontade daqueles que pertencem aos iguais.” (SCHMITT, 1996, p. 16). Em suma, “a opinião unânime de cem milhões de indivíduos não é a vontade do povo, e nem a opinião pública. A vontade do povo pode ser muito melhor expressa democraticamente por meio da aclamação (*acclamatio*)” (SCHMITT, 1996, p. 17). Finalmente, com base em todo o exposto, ele então conclui:

[...] o Parlamento formado a partir de linhas liberais de pensamento aparece como uma máquina artificial, enquanto os métodos ditatoriais e imperialistas podem até ser sustentados pelo povo, não só por meio da *acclamatio*, mas também dos meios diretos de expressão, de substância e força democráticas. (SCHMITT, 1996, p. 17).

E assim chegamos num ponto importante de nosso percurso, pois tais delineamentos já sinalizam para o fato de que um governo não conseguiria reunir poder em si próprio somente em razão de determinada arquitetura institucional (*potestas*), antes, ele dependeria, igualmente, de algum reconhecimento da população daquele poder (*auctoritas*). Por isso que na visão de Schmitt não existe oposição entre democracia e ditadura, porquanto o sucesso de um como de outro depende igualmente da unidade entre soberano e povo, de modo que tal confluência possa garantir a autoridade daquele que governa, e que somente então terá condições de decretar o

Estado de Exceção sem perder a legitimidade e, por conseguinte, sem ultrapassar os limites da legalidade, já que, neste caso, legitimidade e legalidade, direito e vida, indeterminam-se.

4. O CARÁTER BIOPOLÍTICO DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Em *O guardião da constituição*, Schmitt lamentava que na modernidade havia se perdido a distinção conceitual entre *auctoritas* e *potestas*, tão importante para o romanos antigos (SCHMITT, 2007c, p. 199-200). Pois, na sua concepção, o ocaso da *auctoritas* seria justamente o fator que colocaria em risco a estabilidade do Estado, e, por outro lado, a democracia liberal-parlamentar representava exatamente esta tendência à desordem. Por isso, ademais, a sua insistência no sentido de que seria pertinente assegurar institucionalmente a existência de um poder neutro que pudesse representar a totalidade do povo para além das disputas político-partidárias difusas:

O fato do presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimer. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política (SCHMITT, 2007c, 233-234).

Disso se segue que se a decisão sobre o Estado de Exceção é atribuída ao presidente do Reich porque este encarna a vontade do povo, então a *acclamatio* do poder cumpre um papel fundamental. Daí que a relação entre *auctoritas* e *potestas* tem grande significado para a compreensão do conceito de Estado de Exceção na obra de Agamben, inclusive porque, para ele, a confusão em torno de ambas as categorias fez com que autores rivais e com objetivos distintos partilhassem da mesma denúncia de que a modernidade seria marcada pela ausência de autoridade (AGAMBEN, 2004, p. 116).

Nesse sentido, é curioso notar que Hannah Arendt - que define a autoridade como algo que “exclui a utilização de meios externos de coerção” (ARENDRT, 2011, p. 129),

mas que, ao mesmo tempo, é “incompatível com a persuasão” (ARENDDT, 2011, p. 129), de modo que “a relação autoritária entre o que manda e o que obedece não se assenta nem na razão comum nem no poder do que manda” (ARENDDT, 2011, p. 129), mas é uma relação de hierarquia, “cujo direito e legitimidade ambos reconhecem” (ARENDDT, 2011, p. 129) -, assim como Schmitt, constatou e protestou contra a sua ausência na modernidade.

A diferença é que, enquanto para Arendt o fato da autoridade ter “desaparecido do mundo moderno” (ARENDDT, 2011, p. 127) conduziu ao “ascenso de movimentos políticos com o intento de substituir o sistema partidário, e o desenvolvimento de uma nova forma totalitária de governo” (ARENDDT, 2011, p. 128), fatores que se entrelaçam a uma “atmosfera política e social geral em que o sistema de partidos perdera seu prestígio e a autoridade do governo não mais era reconhecida” (ARENDDT, 2011, p. 128), para Schmitt, o reconhecimento da perda de prestígio do sistema de partidos remetia justamente à crítica da democracia liberal-parlamentar, em razão da ausência de autoridade que ela suscitava. Portanto, conforme salienta Agamben, “denunciando de modo enfático ‘a identificação liberal de autoridade e tirania’ [...], Arendt provavelmente não se dava conta de que partilhava tal denúncia com um autor que, na realidade, lhe era antipático” (AGAMBEN, 2004, p. 116).

É nesse contexto confuso em relação ao conceito de autoridade que, ao final da obra *Estado de Exceção*, Agamben procura pensar a distinção entre *auctoritas* e *potestas*, conforme a origem desses conceitos no direito romano antigo (AGAMBEN, 2004, p. 115-133). Segundo o autor, em Roma, a potencialidade resguardada ao Senado de suspender o direito, através do *Senatus Consultum ultimum* e da conseqüente declaração do *iustitium*, tinha origem na sua prerrogativa de *auctoritas patrum*.³ Desse modo, qualquer um que fosse habilitado a declarar o *iustitium* deveria ser antes declarado *ex auctoritate patrum*. Tanto assim que quando o Senado conferia o nome de Augusto a alguém, igualmente referia-se à autoridade atribuída a tal pessoa, isto é, o senado não designava exatamente uma *potestas* - que o Imperador, em realidade, dividia com os outros magistrados -, mas designava a *auctoritas* em relação ao povo romano,

³ O *senatus consultum ultimum* e a proclamação do *iustitium* se davam após um decreto que declarasse o *tulmultus*, seja em razão de uma guerra externa, de uma insurreição ou de uma guerra civil. Através do *senatus consultum ultimum* e da proclamação do *iustitium*, o Senado pedia aos cônsules (ou aos seus substitutos em Roma, *Interrex* ou pró-cônsules), podendo o pedido se estender, ainda, aos pretores, aos tribunos da plebe e, até mesmo, a cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado (AGAMBEN, 2004, p. 67).

tanto que o termo Augusto provém da mesma raiz de *augeo*, que marca o sentido da palavra *auctoritas*.⁴

Com efeito, pode-se definir a *auctoritas* como um poder que deriva diretamente da condição de *pater*, isto é, do respeito à sua posição hierarquicamente superior. Por isso que, em realidade, o termo imperador não é o mais adequado para definir o poder de Augusto, pois aquilo que marca a sua pessoa é a *auctoritas*, e não a posição ocupada institucionalmente (*potestas* ou *imperium*).

É importante notar que a *auctoritas* é o mecanismo que liga a dimensão jurídica à vida, designando um poder que é capaz de suspender o direito sem que o vácuo jurídico instaurado seja considerado uma simples dominação pela força. E, outrossim, ter autoridade para suspender a *potestas* onde ela agia (suspender o direito), bem como ativá-la onde ela não estava mais em vigor (autorizar aquilo que as normas jurídicas não permitem), ou seja, ser capaz de atribuir tamanha competência aos funcionários do Estado ao ponto que tudo esteja dentro e fora do direito ao mesmo tempo, coincide exatamente com a condição para a decretação do Estado de Exceção.

O *iustitium*, o *interregnum* e a *hostis iudicatio*, institutos jurídicos romanos mencionados por Agamben, referem-se à mesma situação em que a suspensão do direito por aquele que detém a *auctoritas* amplia a *potestas* dos magistrados, a resultar na aporia de que a máxima ineficácia jurídica representa, ao mesmo tempo, a sua máxima eficácia. Por conseguinte, *auctoritas* e *potestas* são duas dimensões distintas do poder, que, todavia, combinam-se harmonicamente para a instauração do Estado de Exceção. Sobretudo a *auctoritas* cumpre um papel fundamental, porque é através dela que a *potestas* consegue escapar da dimensão jurídica e se entrelaça à vida, confundindo-se *nómos* e *phýsis*.

Disso se segue que o conceito Estado de Exceção não coincide necessariamente com o de ditadura, pois se assim fosse, seria uma questão somente ligada à *potestas*. Por conseguinte, tratar-se-ia tão somente de evitar a concentração de poderes no Poder Executivo e de assegurar a participação do povo na formação da vontade do Estado. No entanto, o Estado de Exceção é um problema relacionado à *auctoritas*, que é o mecanismo através do qual se consegue suspender o direito sem que a exceção seja considerada anti-jurídica. Por isso, ademais, a expressão *plenos poderes*, típica das

⁴ Com fundamento em Émile Benveniste, Agamben salienta que *augeo* possui o significado de algo que exprime força, no sentido de produzir alguma coisa a partir de si mesmo (AGAMBEN, 2004, p. 118; 126).

ditaduras, não esgota a noção de Estado de Exceção, na medida que a expressão apenas define uma das modalidades de ação do Poder Executivo durante o Estado de Exceção, ou seja, a capacidade de se promulgar decretos com força-de-lei (AGAMBEN, 2004, p. 17).

Daqui também se compreende porque era tão importante para Schmitt resgatar as categorias romanas *auctoritas* e *potestas*, pois as qualidades de *Duce*, no fascismo, e de *Führer*, no nazismo, segundo Agamben, “estão ligadas diretamente à pessoa física e pertencem à tradição biopolítica da *auctoritas* e não à tradição jurídica da *potestas*” (AGAMBEN, 2004, p. 127). Contudo, a gravante é que quando a *auctoritas* e a *potestas* tendem a coincidir numa só pessoa e o Estado de Exceção torna-se a regra, então o “sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal” (AGAMBEN, 2004, p. 131). Portanto, “nem Mussolini nem Hitler podem ser tecnicamente definidos como ditadores” (AGAMBEN, 2004, 75), pois “Mussolini era o chefe do governo, legalmente investido no cargo pelo rei, assim como Hitler era o chanceler do Reich, nomeado pelo legítimo presidente do Reich” (AGAMBEN, 2004, p. 75). Ou seja, o “termo ‘ditadura’ é totalmente inadequado para explicar o ponto de vista jurídico de tais regimes” (AGAMBEN, 2004, p. 76).

A partir da definição desses conceitos fica mais claro porque Schmitt sempre tentou vincular a ditadura à democracia (SCHMITT, 1996, p. 126), e, segundo Agamben, igualmente buscou atrelar o Estado de Exceção à ditadura, de modo que ambos, ditadura e Estado de Exceção, pudessem se associar ao conceito de democracia. Contudo, na Constituição romana a ditadura se referia à escolha de um ditador pelos cônsules, que através da *lex curiata*, atribuíam-lhe objetivos políticos, geralmente conferindo grandes poderes (*imperium*) ao ditador escolhido, enquanto que o instituto jurídico que mais se aproximava do Estado de Exceção era o *iustitium*, através do qual não se criava nenhuma nova magistratura, uma vez que, em razão da suspensão das leis, o poder era designado diretamente e de modo ilimitado a todos os magistrados existentes, diferindo de um *imperium* ditatorial. Agamben denuncia que Schmitt conhecia o *iustitium* (AGAMBEN, 2004, p. 76), mas que, todavia, preferia associar - interessadamente - o Estado de Exceção à tradição da ditadura romana, pois seria mais fácil justificá-lo juridicamente dessa forma do que se o vinculasse ao obscuro *iustitium* (AGAMBEN, 2004, p. 74-76).

Como se pode observar neste percurso traçado, já no livro *Estado de Exceção*, de 2003, Agamben indicava que o problema relacionado ao Estado de Exceção não se

refere exatamente às formas de governo, como na oposição entre democracia-parlamentar e ditadura, mas, antes, relaciona-se com a tradição biopolítica do poder. Ou seja, “a estrita oposição democracia/ditadura é enganosa para uma análise dos paradigmas governamentais hoje dominantes” (AGAMBEN, 2004, p. 76). Justamente aí reside as sutilezas do poder em nosso tempo, pois, por essa perspectiva, a transfiguração progressiva dos Estados Modernos em Estados de Exceção ocorre sob a aparência legítima dos Estados Democráticos de Direito.

Resta acrescentar que embora a relação entre biopolítica e Estado de Exceção tenha sido melhor trabalhada por Agamben em obras posteriores àquelas delineadas neste artigo, e já não cabe retomá-las aqui, não obstante, terminamos este ensaio com uma advertência do autor que se encontra exatamente num desses livros ulteriores, a saber, em o *Reino e a Glória*, de 2007. Nela, o filósofo alerta que apesar de hoje ser talvez mais incomum a decretação aberta do Estado de Exceção, nem por isso os governos deixam de recorrer a este mecanismo quando necessário à governabilidade, e se alguns ainda acreditam que por meio de instituições sólidas que garantam procedimentos democráticos se encontrou um formato institucional que potencialmente poderia arrefecer a máquina governamental, Agamben salienta que, em realidade, “o Estado holístico fundado na presença imediata do povo aclamante e o Estado neutralizado resolvido nas formas comunicativas sem sujeito contrapõem-se apenas em aparência” (AGAMBEN, 2011, p. 280), porquanto ao desvincularem o mecanismo do Estado de Exceção de seu horizonte biopolítico e governamental, igualmente olvidam que “povo-nação e povo-comunicação, apesar da diversidade de comportamentos e figuras, são as duas faces da *doxa*, que, como tais, entrelaçam-se e separam-se sem cessar nas sociedades contemporâneas” (AGAMBEN, 2011, p. 280). Nesse sentido, “os teóricos ‘democráticos’ e laicos do agir comunicativo correm o risco de encontrar-se lado a lado com os pensadores conservadores da aclamação, como Schmitt e Peterson” (AGAMBEN, 2011, p. 280-281).

5. CONCLUSÕES

A abordagem de Agamben sobre o Estado de Exceção é particularmente importante porque salienta as relações imbricadas entre poder, Estado e direito, confrontando os paradigmas de pensamento hegemônicos que recheiam o aparato conceitual da Teoria do Estado e do Direito, tais como as noções liberais de Estado

Democrático de Direito e de Direitos Humanos. Isso porque a lógica do Estado de Exceção indica que as governamentalidades e, no limite, a própria violência estatal que elas desencadeiam, são capazes de se desvincular continuamente das fronteiras da ordem jurídica, apesar de que, não obstante, este mesmo poder soberano e governamental consegue atuar paradoxalmente sem perder o seu respaldo jurídico.

Como se pode perceber, tal assertiva entra em conflito direto com a ideia dominante de que o Estado Democrático de Direito representa o momento civilizacional em que o arbítrio é domesticado por instituições sólidas, onde se pode avultar a cidadania dentro de procedimentos democráticos. Ao contrário, na medida em que os Estados Modernos procuram estabelecer governamentalidades eficientes, isto é, que transformam a política em biopolítica, eles próprios se inclinam a suspender o direito quando necessário. Assim sendo, os riscos às populações já não se limitam a ascensão de um ditador ao poder, o que reduziria o problema à discussão sobre as formas de governo, mas, antes, decorrem da fragilidade das instituições, mesmo que estas possam ser classificadas de democráticas.

Em outras palavras, nas democracias capitalistas contemporâneas, em que a política está “eclipsada”, a ação estatal tende em seu conjunto a se mobilizar em vista da reprodução capitalista, e em nome da eficiência administrativa, a ordem jurídica é pressionada a se tornar maleável. Contudo, desse modo a vida é politizada, e nem mesmo os direitos fundamentais poderão obstar os riscos de tal ação governamental. Os chamados “ajustes estruturais” aplicados em muitos países nas últimas décadas são uma prova disso, assim como as tendências de ativismo judicial, de flexibilização da legislação social, de violência policial, de golpes parlamentares, dentre outras.

Em última análise, o Estado de Exceção é a camuflagem político-jurídica da biopolítica, ou seja, um mecanismo através do qual o Estado consegue implantar a biopolítica independentemente da forma de governo ser uma democracia ou não. A vida encontra o direito e o direito encontra a vida através do Estado de Exceção e, enquanto entre eles não houver o corte da política, o campo de concentração permanecerá sendo um paradigma presente, porquanto nas governamentalidades biopolíticas pairam, igualmente, a morte.

6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

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

_____. **O Reino e a Glória: uma genealogia teológica da economia e do governo**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

CASTRO, Edgar. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Coleção Os pensadores – História das grandes idéias do mundo ocidental).

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Vera Barkow, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria**. Tradução de José Díaz García. Madrid: Alianza Editorial, 2007a.

_____. **Legalidade e legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão; Coordenador e Supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b.

_____. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho e coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007c.

_____. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.