

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

FILOSOFIA DO DIREITO

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES CAVALCANTI DIAS

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Clara Angélica Gonçalves C. Dias; Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-621-5

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

O GT FILOSOFIA debateu entre os seus membros e aprovou devido a sua excelente qualidade, em resumo, os seguintes textos:

TRABALHO 1.

Análise da linguagem e direito a partir de Montaigne. Crítica a linguagem -afirmando que a função representativa não é tão evidente quanto possa aparecer. No mesmo sentido, afirma-se a respeito da norma jurídica (preocupando-se com o fundamento da utilidade das leis) que o seu sentido linguístico pode ser objeto de reflexão nos mesmos modos dos textos não normativos.

TRABALHO 2.

O trabalho adota como referencial o pensamento de Habermas e propõe uma abordagem democrática inclusiva que exige uma conscientização dos agentes comunicativos para integrar-se aos procedimentos deliberativos.

TRABALHO 3.

Analisou de forma crítica a legislação que rege a imigração no Brasil, questionando as classificações legais e analisando várias situações em que essa norma pode gerar dificuldades de interpretação e aplicação.

TRABALHO 4.

O texto defendido defende uma abordagem kantiana da teoria dos princípios na teoria do Direito contemporâneo propondo uma reinterpretação da clássica distinção entre o Direito e a Moral.

Trabalho 5.

O trabalho analisa, segundo o pensamento de Hegel, as ideias gerais da chamada reforma trabalhista propondo uma leitura intervencionista dessas disposições rejeitando a possibilidade de autonomia e liberdade de negociação entre empregadores e empregados.

Trabalho 6.

O trabalho propõe uma reconstrução do pensamento kantiano, adotando uma perspectiva crítica fundada nas ideias de Foucault. Há sobretudo uma exposição a respeito do poder do conhecimento e sua forma de produção no mundo pós-moderno.

Trabalho 7.

O estudo baseado no pensamento de Hobbes indica a tendência atual de construção de estruturas de manipulação no Estados pós-modernos de modo a controlar os discursos e, assim, da própria subjetivação das relações de poder e saber conforme as ideias de Foucault.

Trabalho 8.

O texto apresentado sugere a reconstrução dos conceitos de Estado e Democracia tendo por eixo o debate sobre o direito adquirido, entendido como uma cláusula da estabilização das relações sociais e jurídicas, usando como fundamento uma tentativa de dialogo entre Habermas e Weber.

Texto 9.

O texto sustenta, com base em Hegel que o que marca a idade moderna e a posição que o homem tem que tomar frente a independência diante da autoridade. Examina a construção da subjetividade dos direito humanos sob uma perspectiva hegeliana.

Texto 10.

O estudo examina as relações éticas derivadas de relações tecnológicas de alta complexidade. Propõe assim uma base principiologica a partir do direito como integridade segundo a visão de Ronald Dworkin.

Trabalho 11.

A partir da demonstração de desproporções de representação nas relações políticas, em especial em desfavor dos povos indígenas, usa o instituto processual da suspensão de segurança como veículo para refletir a respeito das relações do biopoder com suporte no pensamento de Giorgio Agamben.

TRABALHO 12.

Reflexão sobre o estado de exceção na concepção de Carl Schmitt. Reflete acerca das democracias contemporâneas a partir da reconstrução da ideia de legitimidade do Estado para afastar a sustentar a manutenção da ordem jurídica vigente face o risco de constituição de um Estado totalitário.

TRABALHO 13.

O texto examina a Liberdade de expressão e de imprensa - direito comparado norte americano e brasileiro. Sugere uma Análise dos precedentes judiciais no Brasil e na suprema corte americana como veículo para sustentar a necessidade de fortalecimento dessa liberdade básica, em especial, no Brasil.

TRABALHO 14.

O texto propõe uma reconstrução do conceito da dignidade da pessoa humana a partir de um exame reconstutivo do tema no âmbito da história da filosofia geral. Sustenta que não é possível uma percepção exclusivamente normativa, regulada pelo direito, sem recurso a filosofia.

TRABALHO 15.

O texto propõe uma retomada do pensamento de Hans Kelsen sobretudo a partir de uma tentativa de confirmação da dualidade do ser e do dever-ser em seu pensamento. Sugere que essas premissas têm sido mal compreendidas e busca uma revisão a partir da ideia de norma fundamental.

TRABALHO 16.

O trabalho busca analisar o conceito de sanção, iniciando com uma perspectiva política centrada no pensamento de Hobbes e relacionando-o à teoria de Kelsen. O texto sugere que esse diálogo pode ser produtivo para a adequada compreensão do conceito de norma em Kelsen.

TRABALHO 17.

O texto propõe uma análise do Art. 48 da constituição de Weimar como indutor para a reflexão a respeito do limite da ordem política e poder político. Em especial, reflete a respeito da questão da justiça política com base no pensamento de Rawls. Sustenta que seria a saída para unir a autonomia de autodeterminação, que significa escrever as leis nas quais você homem se insere como sujeito e objeto.

TRABALHO 18.

O trabalho propõe uma leitura mais rigorosa do pensamento de Kelsen. Sustenta a base democrática no positivismo político Kelsen sugerindo que uma abordagem consorciada entre a teoria da ciência política e a teoria do direito pode ser necessária para a correta compreensão do autor.

Trabalho 19.

O texto sugere a ideia de macrofilosofia aplicada ao direito, buscando explicar o conceito e cabimento da macrofilosofia na questão social.

A partir daí desenvolve o conceito da visão holística do objeto - algo que abarcasse o objeto com a visão da filosofia e outras áreas. Propõe, assim, a interdisciplinaridade no estudo do Direito.

Trabalho 20.

O texto sugere que o conceito de dúvida razoável tem impacto na atuação do Juri no Brasil. Critica o termo dúvida razoável e analisa o fato utilizando da jurisprudência norte americana. Analisa o que se espera realmente da figura do jurado; a segurança sobre a culpabilidade do réu e na dúvida razoável.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias – CESUPA

Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A CONCEPÇÃO DE ESTADO DE EXCEÇÃO NO PENSAMENTO DE CARL SCHIMTT

THE CONCEPTION OF STATE OF EXCEPTION IN THE THOUGHT OF CARL SCHIMTT

Luciana Ferreira Lima ¹

Resumo

Carl Schmitt foi um renomado cientista político, jurista e filósofo, com conexões no partido nacional-socialista alemão e relações com o próprio governo nazista. Conhecido por seu pensamento antinormativista, totalitário e, em um dado momento, antisemita, Schmitt desenvolveu a teoria do estado de exceção, objeto deste presente estudo. Objetiva-se neste trabalho, destacar os pontos principais das ideias que fundamentam e legitimam as decisões do poder soberano em situações excepcionais, ponderando sobre a ditadura e a democracia no pensamento schmittiano, analisando as funções políticas do Führer, enquanto detentor do poder político supremo e o papel da ordem jurídica na excepcionalidade.

Palavras-chave: Carl schmitt, Ditadura, Democracia, Estado de exceção, Estado de emergência

Abstract/Resumen/Résumé

Carl Schmitt was a renowned political scientist, jurist and philosopher, with connections in the German national-socialist party and relations with the Nazi government. Known for his antinomimativist, totalitarian, and, at one point, antisemite, Schmitt developed the theory of the state of exception, object of this present study. The aim of this work is to highlight the main points of the ideas that underlie and legitimize the decisions of sovereign power in exceptional situations, pondering Dictatorship and Democracy in Schmittian thought, analyzing the Führer's political functions as the supreme political power and the role of the legal order in exceptionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Carl schmitt, Dictatorship, Democracy, State of exception, Emergency state

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas (Universidad del Museo Social Argentino). Mestranda em Cuestiones Contemporáneas en Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide). Mestre em Direitos Humanos e Fundamentais (UNIFIEO). Docente. Advogada

INTRODUÇÃO

A temática do estado de exceção está em grande discussão em meio a comunidade acadêmica. Trata-se de uma preocupação não somente das Ciências Jurídicas, mas também da Ciências Sociais, Políticas e, até mesmo, Econômicas, pois a determinação ou caracterização de uma situação excepcional atinge diretamente os atores sociais e reflete em vários aspectos da vida em sociedade.

O presente estudo pretende analisar a evolução do pensamento schmittiano em suas acepções de estado de exceção no contexto da teoria política. Não se pretende desenvolver um estudo profundo das teorias de Carl Schmitt, apenas analisar as funções políticas do Estado e o papel da normatividade em condições de excepcionalidade.

Conceitos políticos estruturantes da teoria de Schmitt, em especial suas concepções sobre ditadura e democracia, serão estudadas frente ao realismo exacerbado do autor, que, culmina na sua defesa pretenciosa em afastar a normatividade jurídica para a ascensão legítima do soberano: o *Führer*.

Suas teorias circundam o debate entre liberdade e igualdade, autoridade e democracia. Noções estas que tem como base o poder do Estado Soberano, diante de uma situação excepcional, uma vez que o direito não tem força para garantir o que Schmitt chama de “verdadeira democracia” ou “democracia pura”.

Paradoxalmente, Schmitt acreditava que tudo isso era um caminho necessário para a democratização, uma vez que o sistema parlamentarista e a democracia não teriam ligação nenhuma. Em seu pensamento, a verdadeira democracia só poderia ser concretizada através do exercício do poder soberano, realizado pelo *Führer*, que lhe foi legitimamente atribuído pela escolha do povo.

Carl Schmitt, num primeiro momento era contra ao partidarismo sob a justificativa que as representações partidárias no Parlamento não representavam o interesse do povo, mas apenas de um pequeno grupo ou classe. Mais tarde, sob a influência da carta de Heidegger, tornou-se um filiado ao partido Nazista, apreciando a exceção desde a perspectiva teórica e até vivenciar a excepcionalidade no momento em que foi preso pelas Forças Aliadas em 1945, ao final da Segunda Grande Guerra.

1 ESTADO DE EXCEÇÃO: TERMINOLOGIA ATUAL

A expressão “estado de exceção” é uma terminologia muito debatida atualmente, uma vez que não há um consenso sobre sua definição e, tão pouco, sobre a sua legitimidade e/ou natureza jurídica.

Nesse contexto, traduz-se de estado de exceção¹ a concepção de uma situação de extrema emergência, calamidade ou grave ameaça à ordem constitucional democrática, que legitima o Estado a impor a suspensão temporária de direitos e garantias constitucionais, para que as decisões do Poder Soberano, que se fazem necessárias para o retorno da normalidade, sejam dotadas de eficiência.

Dessa forma, trata-se de uma situação excepcional, atípica, de caráter temporal e emergencial. Logo, a restrição dos direitos e garantias também devem ser temporais, sob pena de se instalar um Estado Totalitário em detrimento a ordem democrática.

As acepções utilizadas na doutrina contemporânea compreendem uma visão ampla do termo, com o fim de abranger o maior número de situações excepcionais possíveis.

Assim, inclui no núcleo dessa terminologia, até mesmo usado como sinonímia, outros termos, tais como: “estado de emergência”, “estado de sítio”, “estado de urgência”, “estado de alarme”, “estado de prevenção”, “estado de guerra interna”, “suspensão de garantias”, “lei marcial”, “poderes de crises”, “poderes especiais”, “toque de recolher”, etc. (DESPOY, 2010, p. 80).

Para Giorgio Agamben (2004, p. 11-12) “(...) as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”

¹ Em nossa língua vernácula (português-Brasil), o termo exceção designa: “1 - ato de excetuar. 2 - Desvio da regra geral. 3 - Restrição. 4 - Leis de exceção: exceção as que em tempos de revolução privam os cidadãos dos direitos e garantias constitucionais”. Dicionário Aurélio de Português Online. Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/excecao>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

O problema é quando a exceção vira regra. Quando o afastamento da ordem jurídica atinge diretamente os direitos humanos, relativizando-os, de acordo com a conveniência econômica do país.

Utilizar a exceção como medida de estratégia econômica ou artimanha política fatalmente, nas palavras de Hannah Arendt, conduzirá a sociedade à um estado totalitário.

No pensamento de Carl Schmitt, como veremos adiante, estado de exceção não é somente qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio, mas o seu conceito deve ser visto em sentido amplo, pois também diz respeito às decisões tomadas pelo soberano em situações extraordinárias, não previstas pelo direito.

Para o autor a exceção era mais interessante que a normalidade, pois o normal nada prova, a própria regra vive da exceção que prova tudo. É apenas no estado de exceção que se manifesta a natureza da soberania e a essência do direito, somente o soberano que tem a prerrogativa de decidir sobre este estado de excepcionalidade.

A decisão do soberano distingue-se da norma jurídica, uma vez que a autoridade do *Führer* mostra que não precisa do direito para criar direito (SCHMITT apud ABBGNANO, 2012, p. 463).

2 A GÊNESE DO PENSAMENTO DE CARL SCHMITT NA ANÁLISE ESTADO DE EXCEÇÃO

Schmitt, como estadista que era, defendia a ideia de um Estado imponente, forte e aclamado pelo povo, se posicionando radicalmente contra as ideias difundidas pelo Estado Liberal.

Em sua obra “O valor do estado e o significado do indivíduo” (1914), Schmitt se recusa a aceitar o arquétipo liberal das garantias dos direitos individuais, uma vez que o Estado Soberano ao estabelecer o direito, não pode admitir a autonomia individual dos cidadãos, sob pena da ineficácia da ordem jurídica vigente. (ALVES; OLIVEIRA)

Nesse sentido afirma Schmitt “*que al Estado de derecho liberal no le interesa la justicia, sino la legalidad formal, em tanto que al Estado nazista le interesa la justicia, que exige el castigo de los criminales*”².” (SCHMITT apud ZAFFARONI, 2017, p. 92).

O direito, no pensamento schmittiano, por si só, era desprovido da coerção necessária para a sua efetivação, por isso o direito necessitava da força coercitiva, a qual o Estado é detentora, pois somente assim haveria equilíbrio entre a normativa jurídica e os indivíduos.

Dessa forma, todo o direito alemão deveria ser dominado pelo espírito do nacional-socialismo e cada interpretação teria que ser no mesmo sentido do nacional-socialismo. (RÜTHERS, 2016, p. 63)

Assim nascia a defesa de Carl Schmitt de uma ordem estatal totalitária, fincada na soberania do Estado em detrimento a autonomia do indivíduo, com o fim maior de implementar e efetivar o direito por meio da força.

Adiante, em sua obra intitulada o “Romantismo Político” (1919), Schmitt critica o idealismo político, que sustenta a primazia da ética sobre a política, onde as pessoas se submetem pelo bem da comunidade. Para ele, essa visão romântica da política é incapaz de estabelecer parâmetros normativos partilhados, tendo em vista a sujeição da realidade às exigências do interesse estético do indivíduo, fazendo com este indivíduo se torne o centro absoluto de fundação da ordem. (ALVES; OLIVEIRA)

Schmitt declara abertamente que qualquer forma de liberalidade ou autonomia do indivíduo, resultaria na ruína das formas políticas e na incapacidade para oferecer uma direção essencial à esta experiência. As liberdades individuais não podem prevalecer perante o poder do Estado, isso é necessário para a manutenção da ordem e a sobrevivência da própria soberania.

² “Que o Estado liberal de direito não está interessado em justiça, mas em legalidade formal, enquanto o Estado nazista está interessado em justiça, que exige a punição de criminosos” (tradução livre).

3 A DITADURA E A EXCEÇÃO NO PENSAMENTO SCHMITTIANO

Nos anos que se seguem, Schmitt teoriza suas ideias sobre a exceção, a ditadura e o presidencialismo, destacando a necessidade desses institutos serem utilizados em substituição à normalidade normativa, ao Estado de Direito e ao parlamentarismo.

Schmitt começa a tracejar sua teoria política autoritarista em sua obra “A ditadura” (1921). Inicia seus preceitos afirmando que o fato de toda ditadura conter uma exceção a uma norma, não quer dizer que seja uma negação causal de uma norma qualquer.

Este conteúdo dialético, presente no conceito da ditadura, se enraíza a medida em que a ditadura nega a norma cuja dominação deve ser assegurada na concretude política.

Dessa forma, é perfeitamente possível a coexistência desses elementos opostos, ou seja, a norma que se pretende realizar e o método de sua realização. Não há possibilidade de separação das normas de direito das normas de realização do direito.

A ditadura alcança o *status* de modelo de supressão jurídica, pois permite a dominação de um procedimento jurídico que compromete um resultado concreto. Assim, por exemplo, a ditadura elimina totalmente o respeito ao direito de autonomia e liberdade do indivíduo, se esta autonomia obstaculiza outro direito primordial à garantia da soberania do Estado.

*“Desde luego, quien no ve en la medula de todo derecho más que semejante fin, no está en situación de encontrar un concepto de dictadura, porque **para el todo o ordenamiento jurídico es simplemente una dictadura, latente o intermitente**”*³.” (SCHMITT, 1999, p. 27, grifo nosso).

Nesse contexto, se afirma a existência simultânea da ditadura e do direito, pois aquela (a ditadura), representa o instrumento para alcançar as finalidades previstas na normatividade, mesmo que para isso, atue de forma disparate e contraditória ao normativismo jurídico.

Schmitt traz essa concepção finalística do direito com base nos escritos de Rudolf Von Ihering que afirma que ser o direito o salvador da sociedade, caso este for incapaz de fazê-lo, a

³ "Claro, quem não vê na medula de todo direito mais do que tal fim, não está em posição de encontrar um conceito de ditadura, porque toda a ordem legal é simplesmente uma ditadura, latente ou intermitente" (tradução livre).

força deverá ser imposta, fazendo o que for necessário e imprescindível para manter a segurança da sociedade.

O direito é uma ideia prática, isto é, designa um fim, e, como toda a ideia de tendência, é essencialmente dupla, porque contém em si uma antítese, o fim e o meio. Não é suficiente investigar o fim, deve-se também saber o caminho que a ele conduz.

(...)

O direito não é uma ideia lógica, porém ideia de força; é a razão porque a justiça, que sustenta em uma das mãos a balança em que pesa o direito, empunha na outra a espada que serve para fazê-lo valer. (IHERING, 2009).

Para Carl Schmitt, o Estado como detentor legítimo da força, é o protetor e salvador⁴ da sociedade. Daí abstrai-se outro entendimento schmittiano: o poder do soberano possui legitimidade jurídica para suspender o direito e instalar uma ditadura, permitindo assim um estado de exceção. Para o ditador não há condicionantes, existe apenas a primazia de extinguir, a todo custo, qualquer obstáculo que impeça a concretização do direito.

Para tanto, o ditador poderia valer-se de dois modelos de ditadura: a ditadura comissária, que objetiva trazer de volta normalidade à uma dada ordem jurídica existente, ou seja, num primeiro momento há um afastamento da ordem constitucional, com o objetivo de reestabelecer as condições normais para posterior regresso da efetividade dessa mesma normativa constitucional⁵.

Por fim, Schmitt traz a possibilidade de o ditador valer-se de uma ditadura soberana, que visa criar uma nova ordem jurídica constitucional. Neste caso, o estado de exceção se converte na ab-rogação da Constituição e não apenas na sua suspensão, como no caso da ditadura comissária.

⁴ A partir da relação entre teologia e política, Schmitt apresenta a exceção como analogia ao milagre da teologia. Da mesma forma, o papel do Estado, como criador da ordem, é análogo à função de Deus, como Grande Arquiteto do Universo.

⁵ A Constituição do Reich alemão de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar), em seu artigo 48, previa poderes excepcionais ao Presidente, como em uma ditadura comissária. artigo 48, §2º: “Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (*Reichspräsident*) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (*Grundrechte*) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154”. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/download/2924/2528>. Acesso em: 30 jan. 2018.

4 O ESTADO DE EMERGÊNCIA E O ESPAÇO JURÍDICO VAZIO

Carl Schmitt enquanto teórico do estado de emergência, publica seu livro chamado “Teologia Política” (1922), onde outorga ao governo poderes que, a princípio, não haveria limites.

(...) una vez declarado el estado de emergencia, es claro que la autoridad constituida del Estado sigue existiendo, mientras que el derecho retrocede (...) La decisión exime a esa autoridad de toda restricción normativa y la hace absoluta em el verdadero sentido de la palabra. Em un estado de emergencia, la autoridad suspende la ley sobre la base de un derecho de proteger su propia existencia⁶. (SCHMITT apud MÜLLER, 2014).

Diante da excepcionalidade, pode-se vislumbrar quem é o soberano: aquele que decidirá sobre o estado de exceção. Assim, o conceito de exceção, no pensamento de Schmitt, é muito mais amplo do que a simples decretação de estado de emergência ou estado de sítio. Tão amplo que tal concepção não pode advir da norma abstrata, mas sim da situação fática de excepcionalidade.

Toda a decisão do Estado em uma situação de emergência, não provém da lei, mas emana da situação de excepcionalidade. Conclui-se que o Estado não possui limites na norma jurídica para atuar, conforme propunha a doutrina liberalista veemente atacada por Schmitt.

Refutando a abstração do dever-ser presente na norma jurídica, o ser, manifestado nos fatos da vida real, possui, em sua essência, um caráter excepcional. A ordem jurídica vem de uma normativa concreta, que é incapaz de antever decisões tomadas em um estado de emergência. Logo, as decisões que o Estado toma, provém da excepcionalidade (espaço autônomo de decisão sobre os critérios do agir político) e não da normatividade.

Isso porque, este espaço autônomo de decisão política, corresponde exatamente ao espaço jurídico vazio, conforme afirmava a teoria positivista. Para os positivistas da época, esse espaço jurídico vazio seria um conjunto de fatos sociais que não são compreendidos pelo direito, pois a ele não interessa.

⁶ “(...) uma vez que o estado de emergência foi declarado, é claro que a autoridade constituída do Estado continua a existir, enquanto o direito recua (...) A decisão isenta essa autoridade de todas as restrições regulatórias e a torna absoluta no verdadeiro sentido da palavra. Em estado de emergência, a autoridade suspende a lei com base no direito de proteger sua própria existência” (tradução livre).

Schmitt sustenta sua tese de que as decisões do Estado estão fundadas na excepcionalidade, dizendo que nesse mesmo espaço jurídico vazio, também se encontram fatos não tutelados pelo direito, não porque a ele não interessa, mas porque não conseguiu prevêê-los de antemão, criando, dessa forma, um espaço autônomo da decisão política.

Não se trata do mero exercício da força por parte do Estado, ou de uma arbitrariedade em face a ordem jurídica vigente. Trata-se de uma decisão legítima, pois não há, na norma positiva, qualquer parâmetro para reconhecer antecipadamente uma determinada situação como excepcional.

5 O CONCEITO DE DEMOCRACIA PURA E A INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA DE REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR

Democracia é um regime político que representa a maneira pela qual a unidade do povo se manifesta. Para Schmitt (2006), existem dois princípios que regem as formas políticas: a identidade e a representação.

O regime político estruturado no princípio de identidade depende da existência da atuação política do povo em sua concretude. Pressupõe que o povo seja uma unidade política.

Já o princípio da representação parte da ideia de que não é possível encontrar uma unidade política do povo como tal, pois não há uma identidade real. Por isso, a atuação política do povo tem que estar representada por um número determinado de pessoas.

A democracia é, para Carl Schmitt, identidade entre dominadores e dominados, entre governantes e governados. Essa igualdade substancial é requisito essencial da democracia. Não há uma diferenciação qualitativa, mas sim uma igualdade e homogeneidade democrática, onde todos devem permanecer. Essa é a chamada democracia pura, fundada numa igualdade absoluta (homogênea).

Na democracia pura, não há necessidade de representação, pois só alguém que não está presente pode ser representado (SCHMITT, 2006, p. 238), o que não é o caso do povo. Por isso, Schmitt critica duramente o sistema parlamentar, conceituando-o como um organismo desarranjado e composto por facções particulares que não possuem capacidade política de assegurar a unidade do Estado:

A situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia (...). Os partidos (que de acordo com o texto da Constituição escrita, nem existem oficialmente) atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poderes sociais ou econômicos, que calculam os interesses e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões". (SCHMITT, 1996, p. 08, grifo nosso)

Para Schmitt, o caráter representativo do parlamento não é expressão de democracia, pois não atende aos interesses do povo, mas apenas de uma parcela da sociedade, grupos econômicos e sociais, ali representada, que apresentam posições e formam alianças a fim de garantirem interesses próprios. E o povo fica a mercê do esquecimento dos parlamentares, na luta pela sobrevivência em meio ao caos.

A democracia pura (ou real) só existe mediante a existência de um povo homogêneo, que tem vontade de existência política, uma vez que o poder do Estado emana do povo nas democracias. O indivíduo que governa só, possui a confiança do povo para fazê-lo. Para Schmitt o Führer é este indivíduo: é o homem que o povo confia, venera, e, voluntariamente, segue.

6 CARL SCHMITT: DE Opositor AO PARTIDARISMO À FILIADO AO PARTIDO NAZISTA

Schmitt afirmava que o sistema partidário, no caso representado pelo partido comunista e pelo partido nacional-socialista, ameaçava o poder soberano, representado na figura do *Führer*. Defende, assim, a suspensão da atividade parlamentar e a concentração das funções legislativas nas mãos do presidente do *Reich*, que é eleito pelo povo, detém a sua confiança e está acima das organizações e burocracias dos partidos. Este é homem do povo e não do partido!

O posicionamento antinormativista de Schmitt, ressalta a debilidade da crença liberal na força da legalidade. Exclusivamente com a materialização de uma ordem autoritária seria possível fazer frente às ameaças ao governo republicano.

Para Schmitt, a “ordem jurídica” é uma expressão na qual a ordem ainda é relacionada a regras de direito, segundo a representação normativista do Direito que ele combate, ao passo que a “ordem concreta” emana diretamente do *Führer*. (...). A ordem não é mais pensada, então, segundo as leis que a regem e segundo o Direito, mas, ao contrário, pode-se dizer que é a ordem quem dita o Direito, se tomarmos ordem igualmente no sentido de comando (FAYE, 2015, p. 260).

Assim, na teoria de Carl Schmitt, a ordem da normatividade jurídica (o Direito) não provém da lei, mas é justamente ao contrário: é a ordem (comando mandamental) do *Führer* que determina da norma jurídica.

Entre os anos de 1927 e 1932, Schmitt critica duramente o parlamento, se opondo ao nazismo, pregando o fim da existência desse sistema de governo e da separação dos poderes, tecendo críticas também às declarações de direitos fundamentais e ao Estado de Direito.

Já no ano seguinte, em 22 de abril de 1933, Martin Heidegger (apud FAYE, 2015, p. 290-291) escreve uma carta para Schmitt, que o influencia⁷ de forma indireta a contribuir com o nazismo:

Honradíssimo Senhor Schmitt!

Eu agradeço ao senhor pelo envio de seu escrito, que já conheço em sua segunda edição e que contém uma abordagem da maior importância. Eu apreciaria muito poder um dia ter com o senhor uma conversa pessoalmente sobre o assunto.

Sobre sua citação de Heráclito, apreciei particularmente o fato de que o senhor não esqueceu o *basileus*, o único a dar plena consistência ao aforismo como um todo, quando o interpretamos de maneira completa. Há anos que tenho pronta semelhante interpretação concernente ao conceito de verdade – a *edeixe* e a *epoiese* (o mostrar e o fazer) que aparecem no fragmento 53⁸.

Contudo, me vejo agora também em meio ao *polemos*, e os projetos literários devem ceder lugar.

Eu gostaria hoje de dizer ao senhor apenas que conto bastante com sua colaboração decisiva quando se tratar de reconstruir inteiramente, do

⁷ Não há como se afirmar com precisão que houve uma troca de cartas entre Schmitt e Heidegger, pois não há resposta de Schmitt que seja conhecida. A carta à Schmitt foi escrita no dia seguinte à promulgação da lei sobre a introdução do princípio do *Führer* nas universidades. A colaboração de Schmitt era essencial para implantar os moldes de ensino nazi na Faculdade de Direito, esse foi um dos motivos do envio da carta por parte de Heidegger (FAYE, 2015, p. 290).

⁸ O fragmento 53 de Heráclito diz: “*Pólemos pánton mèn patér esti, pánton dè basileús kai tòus mèn theòus édeixe, tòus dè ánthrópous, tòus mèn doúlous epoíese, tòus dè eleuthérous*” (De todas as coisas a guerra é o pai, de todas as coisas é senhor; a uns mostrou deuses, a outros, homens; de uns fez escravos, de outros, livres)

interior, a Faculdade de Direito, em suas orientações científicas e educativas.

Aqui, a situação infelizmente é desesperadora. A reunião de forças espirituais, que devem conduzir ao que virá, se torna cada vez mais urgente.

Concluo por hoje com minhas saudações amigáveis.

Heil Hitler!

Seu Heidegger.

(grifo nosso)

Schmitt se filia ao partido nazista no mesmo dia que Heidegger (FAYE, 2015, p. 289). A proposta schmittiana de indeterminismo jurídico para fazer frente ao poder econômico e as crises, encontrou grande receptividade na concepção nacional-socialista, já que os nazistas viam tanto na Constituição quanto nas demais normas jurídicas, um obstáculo às ações do partido e do *Führer*. (ALVES; OLIVEIRA),

Carl Schmitt, foi de grande opositor ao nazismo ao grande jurista do Terceiro *Reich* e defensor Adolf Hitler. E nesse período, de 1933 a 1939, foi que o antissemitismo e a ideologia nazista fazem-se presentes em sua obra.

Sus declaraciones injuriosas contra los judíos eran aún peores. Ya em 1933, como gesto de obediencia a los nazis publicó un libro titulado Estado, Movimiento, Pueblo, em el que decía: “Un extraño a nuestro género puede realizar todos los esfuerzos para lucir como un pensador crítico y penetrante; tal vez pueda leer libros y escribir libros; pero piensa y entiende em términos distintos, porque es de un género distinto, y su pensamiento más significativo sigue estando determinado por las condiciones existenciales de sú género⁹”. (SCHMITT apud ZAFFARONI, 2017, p. 92, grifo do autor).

Dessa forma, Schmitt seguia afirmando que a relação do pensamento judeu com o espírito e o trabalho alemão, era uma relação parasitária e astuciosa (RÜTHERS, 2016, p. 156), que contaminava todo a sociedade ariana.

⁹ Suas declarações insultuosas contra os judeus foram ainda piores. Já em 1933, como gesto de obediência aos nazistas, publicou um livro intitulado ‘Estado, Movimento, Povo’, no qual dizia: ‘Um estranho ao nosso gênero pode fazer todo o esforço para parecer um pensador crítico e penetrante; talvez ele possa ler livros e escrever livros; mas ele pensa e entende em termos diferentes, porque ele é de um gênero diferente, e seu pensamento mais significativo ainda é determinado pelas condições existenciais de seu gênero’ (tradução livre).

CONCLUSÃO

O pensamento de Carl Schmitt afirma que o extermínio e a prisão dos opositores de Hitler estavam dentro dos poderes legítimos do *Führer*. Diante disso, podemos concluir duas máximas schmittianas:

1) é necessário armar a democracia pura de instrumentos efetivos contra aqueles que a colocam em risco, mesmo que para isso seja necessário sobrepor-se à lei, à Constituição e aos direitos humanos e fundamentais (SCHMITT, 1932), e;

2) o soberano possui o poder supremo de decidir em uma situação excepcional. Poder este que é legal e legítimo, uma vez que o soberano age afastando a lei, em frente a uma situação de exceção, que não foi prevista no próprio direito, visando exatamente reestabelecer a normalidade para o retorno da aplicabilidade e efetividade do direito (SCHMITT, 1922).

Ao longo da história do regime totalitário podemos ver que a defesa de um estado de exceção teve consequências sérias, complexas e lastimáveis.

Giorgio Agamben (2004, p. 13) afirma que:

“O estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente (...) a estrutura e sentido (...) de Constituição. O estado de exceção apresenta-se (...) como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.

Hannah Arendt (1989) afirma que o regime totalitário não substitui um conjunto de leis por outro, como acontece no caso da Revolução, muito menos instala o estado da ilegalidade, da arbitrariedade e do medo. Ao contrário, desafia todas as leis positivadas, incutindo a crença de que se pode dispensar todo e qualquer consenso jurídico para sua legitimação.

O cenário da exceção pode ser identificado em diversas acepções: em Agamben (2004), o estado de exceção apresenta-se como o absolutismo contemporâneo; para Bobbio (2016), como novos despotismos; para Luigi Ferrajoli (2011), a exceção se realiza através dos poderes selvagens, aqueles que rejeitam limites e regras do estado de Direito; para Rui Cunha Martinsv (apud ARAÚJO, 2017, p. 92-3), a exceção está nas disfuncionalidades, desativação de propriedades de controle constitucional e legal.

Atualmente, fica claro que o estado de exceção se figura através do exercício do poder legítimo que, lícita ou ilícitamente, ultrapassam os limites previstos na Constituição, saindo impunes, escapando da justiça do Estado de Direito e violando toda a ordem democrática vigente. Fato que ocorre, por exemplo, no cenário político, onde vemos procedimentos legislativos totalmente em descompasso com a Lei Maior, situações estas que assumem um caráter excepcional, caracterizando, assim, um verdadeiro estado de exceção.

Há muitos que afirmam que o Estado Brasileiro atualmente se encontra em um estado de exceção, tendo em vista acontecimentos atuais e iminentes, e de certa forma reiterados e contínuos, no contexto jurídico-político do país. Institutos como a democracia começa a ser repensada e questionada.

Trata-se de um verdadeiro jogo de xadrez, onde o tabuleiro é o Estado Democrático Brasileiro, as peças são a política, o povo, a mídia, a economia, entre outros, sendo alternados os que representam a figura do cavalo, do bispo, da rainha, etc.

Assim, a legitimidade e a legalidade do Estado Institucional Contemporâneo, para atos de afastamento da normatividade e relativização da ordem jurídica humanística, nos faz refletir a história, num sentimento de um genuíno “*déjà vu*”. Nos ascende um sentimento de que estamos às portas do inferno de Auschwitz ou Nuremberg... somente observando... E que, a qualquer momento, a falácia democrática, sob o manto do Estado Democrático de Direito, nos empurrará porta à dentro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6ª ed. São Paulo: Martins fontes, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção (1942)**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo, Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Trad. Davi Pessoa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

_____. **Profanations**. Trad. Martin Rueff. Paris: Éditions Payot & Rivages, 2005.

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção**. DOI: 10.9732/P.0034-7191.2012v105p225. Disponível em: http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Carl-Schmitt-o-teorico-da-excecao-sob-estado-de-excecao.pdf. Acesso em: 29 jan. 2018.

ARAÚJO, Adriane Reis; D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Os limites da prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista. In **Direito do Trabalho, Direito Penal do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e a reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017, p. 78-97.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Contra os Novos Despotismos**. São Paulo: UNESP, 2016.

DESPOUY, Leandro. *Los derechos humanos y los estados de excepción*. Bueno Aires: El Mono Armado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madri: Trotta, 2011.

IHERING, R. Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror. La "justicia" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueredo. Bogotá: Inversiones Rosa Mística, 2014.

PEREZ LUIZ, Ramon. **O estado de exceção como paradigma de governo: a pessoa a partir de uma leitura em Giorgio Agamben**. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/download/15003/3625>. Acesso em jan. 2018.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich*. Tradução de Juan Antonio Garcia Amado. Madri: Marcial Pons, 2016.

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

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

SCHMITT, Carl. **La ditadura (1921). Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria.** Trad. José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999.

SCHMITT, Carl. **Politische Romantik.** Munich/Leipzig: Duncker & Humblot: 1919.

SCHMITT, Carl. **Politische Theologie.** Munich/Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución.** Trad. Francisco Ayala. Barcelona: Ariel, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doctrina penal nazi: La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945.** Buenos Aires: 2017.