

CARL SCHMITT E O ESTADO DE EXCEÇÃO*

Paulo Corval**

RESUMO

A noção de *estado de exceção* ou, simplesmente, de *exceção*, adjetivada, no contexto sócio-político-econômico deste início de século, pela *permanência*, consubstancia categoria útil à reflexão em sede de teoria constitucional. Não tanto no espaço exclusivo do que se costuma identificar como organização constitucional dos períodos de crise, mas, principalmente, naquele do discurso crítico, preocupado com a confiança, a meu aviso excessiva, no potencial transformador do direito e, da sua metonímia moderna, a constituição. Nessa direção, trazer à mente algumas ideias de Carl Schmitt que, desde o momento em que foram expressadas, não mais se detêm nos contornos culturais e históricos de sua gestação, parece um instigante começo.

Palavras-chave: teoria constitucional, estado de exceção, Schmitt

ABSTRACT

The notion of state of exception or just simply exception – adjective, in the socio-political-economic system at the beginning of the century, by the permanence, constitutes an useful category for reflection in constitutional theory. Not so much as an organization used to deal with periods of constitutional crisis, but mainly as a critical discourse, concerned with an excessive trust on the transformative potential of law and its modern metonymy, the constitution. In this direction, bringing to mind some ideas of Carl Schmitt that from the moment they were uttered, no longer have the historical contours of its gestation, seems an intriguing beginning.

Keywords: constitutional theory, state of exception, Schmitt

* Este artigo sintetiza algumas das ideias que desenvolvi, com mais detalhes, no livro *Teoria Constitucional e Exceção Permanente: uma categoria para pensar a Teoria Constitucional no Século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009.

** Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Professor Colaborador da Universidade do Grande Rio. paulo.corval@unigranrio.com.br

1. INTRODUÇÃO

Terminada a Primeira Guerra Mundial, em um contexto marcado pela desordem interna e por significativa fragmentação política, submetida às restrições do Tratado de Versalhes e perante a ascensão do comunismo russo, a Alemanha redigiu sua Constituição.¹

De acordo com Gilberto Bercovici, a Constituição de Weimar, apelidada de “compromisso constitucional”, era criticada, principalmente, porque além de traçar a estrutura básica do Estado, em consonância com as constituições erigidas sob a tradição liberal, adotava em sua segunda parte um rol de direitos fundamentais individuais e sócio-econômicos que se identificariam com as pretensões da esquerda social-democrata e comunista.²

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

¹ Sobre o contexto daquele período esclarecem, de forma resumida, Igor de Abreu e Manuela Martins em DUARTE, F.; VIEIRA, J. R., op. cit., p. 181 *passim*: “O período entre as Guerras Mundiais representou uma época de crise para os Estados da Europa central, não só de suas Constituições mas, também dos seus próprios Estados; estes, à época, imersos em um processo de transformação social (...). As bases da transição estatal se apresentaram na Alemanha de um modo bem distinto. (...) A população e o território da Alemanha permaneceram sustentavelmente inalterados. Seus problemas existenciais surgiram por outros motivos. Num ponto estava a transformação da identidade como estado: a Alemanha, que antes havia reivindicado a grandeza e o prestígio internacional de sua nação, havia sido uma monarquia constitucional; entretanto, a Alemanha que havia capitulado e que havia firmado humilhante tratado de paz era uma república nascida de uma revolução (...) A Alemanha era uma nação, porém uma 'nação dividida' e, no fundo, partida. Seu principal problema residia no fato de que o novo ordenamento político, instaurado com a república democrática, devia renunciar precisamente à sua função mais importante, a de unir eficazmente uma nação dividida (...) A Alemanha, em comparação, resistiu bem à derrota militar e, inclusive experimentou imediatamente depois da guerra, uma moderada melhora. Assim, a crise econômica e política só atingiu a República de Weimar a partir de 1920, potencializada posteriormente pelas *débâcles* institucionais de 1931/1932. Este processo econômico teve efeitos óbvios sobre a legitimidade política e a estabilidade dos Estados”.

² BERCOVICI, G., *Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar*, p. 25 et. seq..

Friedrich Neumann, que se acrescentou a segunda parte da constituição, estabelecendo-se os direitos e deveres dos alemães.

Aboliu-se o governo monárquico do Império e a soberania restou expressamente conferida ao povo alemão. À semelhança da constituição anterior, contudo, manteve-se a forma federal de Estado com caráter centralizador.³ O art. 48 da Constituição de Weimar, na trilha do art. 68 da Constituição do Império, autorizava o presidente a tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública se houvesse séria ameaça. Poderia, assim, valer-se das forças armadas e suspender direitos fundamentais.

A fragmentação ideológica da Constituição de Weimar estava na base da argumentação de seus críticos. Para Carl Schmitt, àquele tempo principal opositor da constituição, nela havia numerosos dispositivos que não representavam uma decisão política e, por conseguinte, prejudicavam a construção de uma comunidade nacional homogênea.⁴

2. CARL SCHMITT E O ESTADO DE EXCEÇÃO

A crítica de Schmitt estava centrada, principalmente, em dois argumentos: (i) na noção de soberania como poder de decidir no estado de exceção e (ii) na crença de que o “espírito”, a vontade do povo, somente se revelaria se houvesse homogeneidade/totalidade. Nessa direção salientam Igor de Abreu e Manuela Martins: “[a] propósito, o pensamento de Carl Schmitt

³ Nesse sentido JACONBSON, A. J.; SCHILINK, B. (orgs). *Weimar: A jurisprudence of crisis*, 2002.

⁴ É importante notar que as obras de Carl Schmitt, de modo específico a sua produção no período de 1919 a 1928, guarda uma unidade que auxilia a compreensão de seu pensamento: o sentido agonístico – para ele o conflito é a condição da associação política; e a crítica ao liberalismo, que Schmitt afirmava ser despolitizado e supostamente neutro. Segundo Bernardo Ferreira: “O liberalismo é, com certeza, o adversário mais constante do pensamento de Schmitt nesse período[1920 a 1930]. A tradição liberal desempenha na sua reflexão teórica um duplo papel: ela é pensada e constituída como objeto de crítica e como espécie de contra-imagem, em relação à qual Schmitt elabora as suas próprias idéias. Dessa forma, a crítica ao liberalismo assume uma importância teórica, e não apenas política, na formulação de seu pensamento. (...) Numa espécie de jogo de espelhos, a crítica do pensamento liberal e a teoria jurídico-política de Carl Schmitt como que se refletem mutuamente e produzem imagens invertidas uma da outra.” In *O Risco do Político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*, 2004, p. 50-51.

(1996), nesses anos 20 do século passado, apela para uma 'democracia homogênea' ou uma forma depurada de Estado de exceção".⁵

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

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

Com o nascimento do Estado ter-se-ia, de acordo com Matteucci, o *sentido estrito* de soberania: "o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política".⁸

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

Isso é incorporado no sentido estrito da soberania, no Estado, pela distinção entre interior e exterior. Internamente, o soberano moderno suprime os poderes que lhe são contrários, "procura a eliminação de conflitos internos, mediante a neutralização e a despolitização da sociedade, governada de fora,

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

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

⁷ Idem.

⁸ Idem.

mediante processos administrativos, antítese de processos políticos”.⁹ Externamente, decide, em relativa igualdade com outros soberanos, a guerra ou a paz. Pela referência ao sentido estrito de soberania avista-se, além do mais, a problemática de o soberano criador da lei não ser por ela limitado. Ao poder soberano, à capacidade última de mando que restou identificada com o Estado, são atribuídas características de poder absoluto, perpétuo, indivisível, inalienável e imprescritível, um poder originário e de conotação voluntarista.

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

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

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

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

⁹ Ibid., p. 1180.

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

¹¹ Ibid., 1180. É interessante destacar a observação de Matteucci de que Hobbes “encontra a legalização deste monopólio da coerção física no contrato social; porém, seus sucessores confundiram este monopólio legal da sanção com a mera capacidade de se fazer obedecer, reduzindo, desta forma, a Soberania à mera efetividade, isto é, à força”. (p. 1181) Veja-se, ainda: HOBBS, Thomas, *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, 2004.

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

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

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

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

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

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

¹³ *Ibid.*, p. 78 e ss.

¹⁴ MATTEUCCI, N., *op cit.*, p. 1181.

constituição de emergência encontra arrimo argumentativo numa tentativa de harmonização das funções executiva, legislativa e jurisdicional.

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

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

Na situação de permanente exceção deste início de século, sem embargo, marcada pelas noções de globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo,¹⁵ o conceito moderno de soberania é, pelo menos em

¹⁵ Pode-se traçar uma imagem da situação sócio-político-econômica do início do século XXI, acredito, por intermédio de cinco noções-chave: globalização, risco, estado de guerra, Império e neoliberalismo. Extraídas de matrizes disciplinares diversas (em específico da sociológica, da

parte, modificado. A soberania é diluída; interior e exterior se fundem.¹⁶ Não se perde, todavia, a necessidade de centralização e de um poder de controle, tendo em vista que os problemas enfrentados agora, em meio à mobilidade, à fragmentação e à flexibilização não demandam uma divisão, mas uma administração das diferenças para assegurar a ordem.

Bem sustentam Hardt e Negri:

‘Dividir e conquistar’ não é, portanto, a correta formulação da estratégia imperial. Com mais frequência o Império não cria divisões mas reconhece as diferenças existentes ou potenciais, festeja-as e administra-as dentro de uma economia geral de comando. O triplo imperativo do Império é incorporar, diferenciar e administrar.¹⁷

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

Voltemos a Schmitt.

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

Registre-se, com Bernardo Ferreira, que a análise da soberania no pensamento de Schmitt remete à afirmação da impossibilidade de conter o

teoria política e da economia-política), cada uma dessas idéias, ao serem justapostas, complementam-se, deixando mais clara a conclusão do capítulo primeiro no sentido de que, ante um cenário de agudização do risco, gerador de dominação, propagador de violência e contrário à criatividade constituinte do ser humano, em que se reafirma, ainda que implicitamente, o discurso da insuficiência do regime democrático, a normatividade autônoma que serve de fundamento da teoria constitucional pós-1945 se vê, realmente, em crise. Arriscar-se-á, além disso, apontamentos sobre a inserção do cenário brasileiro nesse contexto. Sobre o tema ver: CORVAL, P.R.S. *Teoria Constitucional e Exceção Permanente: uma categoria para pensar a Teoria Constitucional no Século XXI*. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁶ HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 206-210.

¹⁷ *Ibid.*, p. 220.

conjunto da experiência concreta no interior de uma ordem normativa. Noutros dizeres: à crítica da imagem do direito como uma realidade auto-suficiente.¹⁸

Daí a assertiva: soberano é quem decide sobre o estado de exceção.^{19 20}

Consoante Schmitt:

Não se pode indicar com clareza tipificável quando se apresenta um estado de necessidade, nem pode ser enumerado, substancialmente, o que pode ocorrer quando se trata, realmente, de um estado extremo de necessidade e de sua reparação. Os pressupostos são aqui, como conteúdo da competência, necessariamente ilimitados. Portanto, no sentido jurídico-estatal, não se apresenta nenhuma competência. No máximo, a Constituição pode indicar quem deve agir em tal caso. Não se submetendo a ação a nenhum controle, não há, de nenhuma forma, a divisão, como ocorre na praxis da Constituição jurídico-estatal, em diversas instâncias que equilibram e se obstruem reciprocamente, de modo que fica claro quem é o soberano. Ele decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica vigente, porém, a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.^{21 22}

¹⁸ FERREIRA, Bernardo, op. cit., p. 276-277.

¹⁹ SCHMITT, Carl. *Teología Política*, 2006, p. 7.

²⁰ Ver ainda: SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución*, 1983; SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

²¹ Op. Cit., p. 8.

²² Haveria certa ambigüidade, entretanto, observa David Dyzenhaus, na definição schmittina de soberania, associada à exceção. Não restaria claro se soberano é aquele que decidiu, de fato, na exceção ou se a decisão da soberania é distinta de quem a efetivou: Mas ainda que elaborada com cuidado, a definição de soberano tem, e talvez deliberadamente, elevado grau de ambigüidade. É ambígua entre a afirmação de que alguém que friamente decide sobre o estado de exceção é soberano e a assertiva de que soberano, em virtude de sua posição como soberano, é aquele que tem de decidir sobre o estado de exceção. Na primeira afirmação, nós nunca podemos saber quem é soberano no avançar do estado de exceção; na segunda, nós sabemos quem é o soberano, somente o conteúdo de sua decisão é desconhecido. Cf. DYZENHAUS, D., *Legality and Legitimacy*, p. 43: "But while carefully crafted, the definition of sovereign is highly, and perhaps deliberately, ambiguous. It is ambiguous between the claim that the one who has a matter of facts decides on the states of exception is sovereign and the claim that sovereign, in virtue of his position as sovereign, is the one who gets to decide on the state of exception. On the first claim, we can never know who is sovereign in advance of a state of exception; on the second, we do know who the sovereign is, only the content of his decision in unknown."

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

Esclareça-se.

Schmitt em sua *Teoria da Constituição* apresenta quatro acepções de constituição: absoluta, relativa, positiva e ideal.²³

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

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

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

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

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

²³ SCHMITT, C., *Teoria de la constitución*, p. 29-62. Para uma perspectiva histórica do poder constituinte ver: WACHOWICZ, Marcos. *Poder Constituinte e Transição Constitucional: perspectiva histórico-constitucional*. 2ª ed. revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2004.

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

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

Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente.”²⁴

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

Legítima seria a constituição “cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida”.²⁵

A democracia, para Schmitt, cuida de uma forma de assegurar a identidade do povo como unidade política e, por conseguinte, do estabelecimento de métodos para a participação popular – princípio da identidade.²⁶ Na modernidade burguesa, pugna o autor, os regimes democráticos associaram-se à noção de república no sentido de divisão de poderes e não em oposição à monarquia (forma política). O princípio monárquico de representação encontraria, assim, espaço nas democracias ao se organizar o governo (monarquia como forma de governo) e a chefia do Executivo.

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

A Constituição de Weimar, defende Schmitt, teria adotado um parlamentarismo com nuances de variados sistemas: parlamentarista estrito,

²⁴ Ibid., p. 94.

²⁵ Ibid., p. 104.

²⁶ Ibid., p. 221.

de primeiro ministro, de gabinete e presidencial. A maior preocupação na Assembléia Nacional de Weimar estava em produzir uma sólida conexão entre o Parlamento e o Governo. Todavia, o instituto da dissolução do Parlamento pelo presidente do *Reich* assegurado na constituição consubstanciava o centro de toda a ordenação político-jurídica.

A Constituição de Weimar conferiu ao presidente, de forma expressa no art. 48, a sua guarda. Ao presidente cabia equilibrar a pluralidade democrática para se efetivar o mencionado princípio de identidade. Por seu intermédio superavam-se os vícios dos métodos eleitorais normativamente regulados para instaurar a sistemática plebiscitária capaz de captar a vontade constituinte do povo.²⁷ Enquanto os tribunais evitariam os riscos da contaminação política, o presidente seria o único capaz de garantir a total unidade e ordenação política emanada da vontade constituinte, isto é: de guardar a constituição. Não expõe Schmitt, entretanto, que fomenta, ao associar soberania, poder constituinte e presidência, a própria destruição do poder constituinte, reduzindo-o a poder constituído e controlado pelo presidente.

As noções de soberania e de soberano em Schmitt, sua lógica e sua identificação com o poder constituinte, sem embargo, completam-se apenas com a análise da exceção.²⁸

Estado de exceção é “conceito geral da teoria do Estado, mas não qualquer ordem de necessidade ou estado de sítio”.²⁹ O motivo de empregá-lo na definição de soberania é, para Schmitt, sistemático e lógico-jurídico.

Decorre, em linha de princípio, da necessidade de se corrigir o raciocínio de que “uma decisão, em sentido jurídico, deve ser completamente deduzida do conteúdo de uma norma”³⁰, tendo em vista, principalmente, que a “decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral (...) jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso,

²⁷ SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución*, p. 213-251.

²⁸ Segundo Agamben (2005, p. 53 ss) um primeiro momento da teoria da exceção schmittiana se tem no livro *Da ditadura. Poder constituinte e constituído* emergem como operadores da inscrição da exceção no normativo.

²⁹ SCHMITT, C., loc. cit.

³⁰ Idem.

também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de um caso real, excepcional”.³¹ Na estratégica argumentação schmittiana, entretanto, não implica a *decisão* deixar de inscrever o estado de exceção na órbita jurídica.

A exceção prova que a decisão não pode ser deduzida do mero conteúdo da norma, fazendo parte, ela própria, do conceito de soberania. E, para Schmitt, essa particularidade já se encontrava presente em autores como Bodin e Pufendorff, de modo que lhe afigura correto inferir que a ordem jurídica, como toda ordem, repousa também “em uma decisão e não em uma norma.”³²

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

Exceção, todavia, postula Schmitt, não se confunde com caos ou anarquia, na medida em que “subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica”.³³ A norma, argumenta o autor, não é aniquilada. Continuam a existir na exceção os dois elementos do conceito de ordem jurídica: norma e decisão. Exceção, por conseguinte, não consistiria um conceito meramente sociológico. Ao mesmo tempo em que se exclui da visão geral, revela a exceção “um elemento formal jurídico-específico, a decisão (...)”, de modo que “o estado de exceção surge (...) somente quando a situação deva ser criada e quando tem validade nos princípios jurídicos”.³⁴

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

um poder supremo, ou seja, maior, irresistível (...) não existe na realidade política; o poder não prova nada ao direito (...) a vinculação do poder fático e jurídico é o problema principal do conceito de soberania. Aqui, repousam todas as suas

³¹ Idem.

³² SCHMITT, Carl, op. cit., p. 11.

³³ Ibid, p. 13.

³⁴ Idem.

dificuldades e trata-se de encontrar uma definição que compreenda esse conceito fundamental (...) ³⁵

A exceção não representaria, portanto, vácuo algum da lei. Antes, tendo em conta que a ordem jurídica não decorre da norma, mas da decisão, no estado de exceção é que se fundaria o ordenamento. A decisão soberana no estado de exceção cria as condições concretas de vigência do direito e, em consequência, da constituição; instaura algum grau de previsibilidade, não se relevando, por isso, segundo Schmitt, uma imposição arbitrária.

A normalidade, a ordem, é pressuposto da existência da norma jurídica, inexistindo “norma que seja aplicável ao caos”. Somente se for criada uma situação de normalidade a ordem jurídica faz algum sentido. Ocorre que é o soberano quem “decide, definitivamente, (...) se tal situação normal é realmente dominante. Todo Direito é ‘direito situacional’” ³⁶. O estabelecimento de uma situação normal está associado à exclusão de decisões alternativas e, portanto, das possibilidades conflitantes de ordem. A decisão sobre o estado de exceção, em suma, se define pela eleição de uma determinada idéia de direito, excluindo outras vias de compreensão da normatividade com ela conflitantes. Elimina a norma (dos outros), para reintroduzir a sua norma.

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

Pressupõe Schmitt, ao articular exceção e decisão, a necessidade de violência e conflito, um dado irracional inerente à normatividade. Esse é exatamente o problema da soberania: o vínculo entre um poder supremo de fato e o direito. A decisão soberana não seria extraída de uma mera manifestação de força nem de uma normatividade jurídica, mas, de algum modo, ver-se-ia vinculada a uma racionalidade jurídica.

O paradoxo, logo se vê, é importante chave de entendimento na doutrina schmittiana: “a autoridade (...), para criar direito, (...) não precisa ter razão/direito”. ³⁷ A norma suspende a si mesma. Alerta-se que o sentido mesmo do político para Schmitt é essencialmente polêmico, voltado ao antagonismo,

³⁵ Ibid. p. 19.

³⁶ Ibid, pp. 13-14.

³⁷ Ibid. p. 14.

ao caso crítico, ao caso de exceção. Isso fica claro no seguinte excerto destacada e traduzido por Bernardo Ferreira da obra *O Conceito do Político (Der Begriff des Politischen)*:

Todos os conceitos, representações e vocábulos políticos têm um sentido poético; eles têm em vista um antagonismo concreto, estão ligados a uma situação concreta cuja última é um agrupamento amigo-inimigo (que se manifesta na guerra ou na revolução), e se transforma em abstrações vazias e espectrais quando essa situação deixa de existir.³⁸

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

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

Mas, dissemos acima, a crítica de Schmitt à Constituição de Weimar, além de associada à noção soberania como poder de decidir no estado de exceção, vincula-se à *crença de que o “espírito”, a vontade do povo, somente se revelaria se houvesse homogeneidade/totalidade.*

Trata-se de pôr em relevo o conteúdo da decisão schmittiana.

A decisão soberana (constituente) que, para Schmitt, delinea o âmbito do político³⁹ e institui a constituição, caracteriza-se por distinguir amigos e inimigos com a finalidade de se alcançar a unidade e a homogeneidade necessárias à implementação de um governo democrático:

A específica distinção política que é a base para toda a atividade e impulso é a distinção entre amigo e inimigo. Ela provê alguém com a definição, mas no sentido de um critério

³⁸ Apud., FERREIRA, Bernardo, p. 37.

³⁹ SCHMITT, C., *Teologia Política*, p. 76.

em vez de alguma coisa definitiva ou substantiva (...) A idéia expressa na distinção entre amigo e inimigo é denotar a intensidade mais elevada possível de uma união ou separação, de uma associação ou dissociação. Isso pode existir de maneira teórica e prática sem ao mesmo tempo ter de trazer para o jogo qualquer outra distinção como a moral, a estética, ou a econômica. O inimigo político não precisa ser moralmente cruel ou esteticamente feio; ele não tem de manter uma aparência de competidor econômico, e pode até ser vantajoso fazer negócio com ele. No entanto, ele é o outro, o estranho. Basta para sua existência que ele apresente algum sentido especialmente intensivo de alguma coisa existencialmente diferente e estranha, de maneira que no caso extremo de conflitos com ele não possa se decidir por normas gerais predeterminadas ou pelo pronunciamento oficial de algum 'desinteressado' e assim 'apartidário' partido.⁴⁰

Schmitt une a idéia de decisão soberana àquela de homogeneidade nacional, de modo que a soberania – associada ao poder constituinte – acaba por receber um modelo que, por sua expressão de vontade, há de ser implementado. Schmitt é contrário à relativização liberal da unidade política, à fragmentação pluralística que, para ele, resultaria na inconveniente liberação do potencial de conflitividade da vida social, ou seja, num estado de eterna exceção. À vista disso, a Constituição de Weimar, no seu entender, configurava apenas compromissos dilatatórios, faltando-lhe separar “amigos” e “inimigos”.

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

Arrimado nessas premissas, por ocasião da depressão econômica ocasionada pela crise de superprodução em 1929, cujos efeitos se alastraram por todo o ocidente, aumentando a taxa de desemprego e levando à falência

⁴⁰ DYZENHAUS, David. *op. cit.*, p. 47: “The specific political distinction that is the basis for all activity and impulses is the distinction between friend and enemy. It provides one with a definition but in the sense of a criterion rather than something definitive or substantive (...) The point of the distinction between friend and enemy is to denote the highest possible intensity of a union or separation, of a association or dissociation. It can exist theoretically and practically without at same time having to bring into play any other distinction like the moral, the aesthetic, or the economic. The political enemy need not be morality evil or aesthetically ugly; he doe not have to make an appearance as an economic competitor, and it can even be advantageous to do business with him. However, he is the other, the stranger. It suffices for his being that he is some specially intensive sense something existentially different and strange, so that in the extreme case conflicts with him are possible which cannot be decided by some predetermined general norm or by the pronouncement of some ‘disinterested’ and thus ‘unpartisan’ party”.

vários bancos e indústrias, a saída para as democracias ocidentais seria, na visão de Schmitt, estabelecer um Estado Total, forte e com autoridade bastante para agir de forma rápida e eficiente nas circunstâncias de crise.

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

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

O Estado Total seria a forma da democracia alemã nos anos de 1920. E estaria marcado, assevera Bernardo Ferreira, por uma clara ambivalência: “(...) designa, por um lado, a falência das representações liberais que fundamentam o cerceamento do campo da atividade estatal; pó outro, indica a fragmentação do Estado como instância de decisão política.”⁴¹

Consoante Bercovici, haveria nele um paradoxo:

[o] paradoxo que Schmitt vai encontrar no Estado total deve-se à confusão dos setores antes distintos da vida social e da autoridade estatal. A extensão e intensificação do político causa o Estado total, dotado de um poder inédito, que lhe permite um controle superior aos controles até então conhecidos. No entanto, este Estado total é, ao mesmo tempo, um Estado invadido por reivindicações e projetos do corpo social, pois, com a politização de todos os domínios, cresce a pressão sobre o Estado. Multiplicam-se os interesses em competição e que demandam ação, a política se torna a luta de partidos organizados desejando prevalecer uns sobre os outros.⁴²

⁴¹ FERREIRA, Bernardo, op. cit., p. 223-224.

⁴² BERCOVICI, Gilberto, op. cit., p. 98. Também é possível denominá-los, como se lê em FERREIRA, Estado total por fraqueza (*aus Schwäche*) e o Estado total por força (*aus Stärke*).

Contra essa fraqueza do Estado Total de Weimar, meramente quantitativo ou fraco, Schmitt propõe um Estado Total Qualitativo ou forte:⁴³ autoritário no domínio político, garantindo a unidade em detrimento do pluralismo que emperra o funcionamento do Estado, e fiador da liberdade individual econômica, capaz de evitar a politização da economia – e seu indesejado pluralismo – e de intervir na esfera econômica apenas para neutralizar conflitos. A economia, segundo Bercovici, fica subordinada às instâncias estatais, mas é preservada como ordenamento social privado, certo que se trata de uma administração econômica autônoma que separa o Estado de um domínio econômico público, mas não estatal, distinto da democracia econômica defendida por Heller e o partido social-democrata.

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

3. CONCLUSÃO

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

Da crítica de Schmitt à Constituição de Weimar, no entanto, é possível extrair argumentos que, ainda hoje, mostram-se relevantes quando se tem em vista a reflexão crítica dos atuais Estados Democráticos de Direito no ocidente: (i) insuficiência do sistema de representação parlamentar, devendo-se atentar para a vontade do povo manifestada pela opinião pública; (ii) soberania fundada na decisão em circunstâncias emergenciais, constituindo-se a ordem jurídica na exceção; (iii) rejeição do pluralismo, uma vez que conduz à

⁴³ Ibid., p. 101.

divergência de interesses e ao embaraço das decisões políticas que levaram à pacificação e à unidade da nação; (iv) autoritarismo político e neutralização do pluralismo indesejado no âmbito econômico, evitando demasiada intervenção estatal na economia.

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

A filosofia liberal e o constitucionalismo clássico serviram de arrimo à construção de um novo Estado, o Estado de Direito Constitucional,⁴⁴ caracterizado, em síntese, pela ascensão política da burguesia, pela organização capitalista da produção, pela existência de uma constituição formal com supremacia no ordenamento político-jurídico, por condicionar a atividade administrativa e a subordinação dos direitos do cidadão somente à lei (governo das leis) e pela presença de juízes independentes para as aplicar na resolução de eventuais litígios. De maior importância se afigura conter o exercício absoluto do poder.⁴⁵

Nessa etapa, em que se consolida a contra-revolução moderna e seu dualismo transcendente,⁴⁶ estabiliza-se a idéia, à primeira vista

⁴⁴ Segundo Ferrajoli, a expressão Estado de Direito está associada a dois sentidos distintos. Na acepção fraca ou formal designa “cualquier ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos”. O sentido forte ou substancial, por sua vez, refere-se àqueles ordenamentos em que, além de agir pela lei, os poderes públicos se encontram submetidos às limitações formais e substanciais fixadas em princípios de estatura constitucional. Ao primeiro sentido corresponderia, de acordo com o autor, o modelo normativo do Estado legal “paleo-iuspositivista” e, ao segundo, o modelo “neo iuspositivista” de Estado Constitucional de Direito. Eslarece, ainda, que não se deve confundir Estado de Direito em Sentido Forte e Estado de Direito Constitucional, o qual se reporta, necessariamente, à existência de uma Constituição Formal. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2002, p. 13/29.

⁴⁵ Sobre o constitucionalismo Nicola Matteucci é bastante claro ao asseverar que o principal sentido do termo – além de relacionado às noções históricas de separação de poderes e de garantias de direitos – reside na limitação do governo e do poder. É ver BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G., *Dicionário de política*. op. cit., p. 246/258, v. 1.

⁴⁶ HARDT, M.; NEGRI, A., *Império*, p. 87 et. seq.. Segundo os autores, a modernidade nasce como um movimento humanista e emancipador. Já se inicia, contudo, em crise, vindo a ser sufocada pela filosofia da transcendência – que separa o homem da natureza, reduz o

redundante, de constituição normativa, cujos elementos são resumidos por Werner Kági:⁴⁷ (i) pretensão de *ordenar* e *limitar* as relações estatais de maneira racional e objetiva, em que a Constituição “es el sistema de normas jurídicas supremas e inquebrantables para el Estado”, reconhecendo-se valores “pre y supra estatales”; (ii) garantia de liberdade “frente al Estado” e “en Estado” – “autonormación”; (iii) perenidade e estabilidade – e, por conseguinte, segurança e previsibilidade.

Superou-se, é verdade, o regime absolutista, ampliando as liberdades civis e políticas além de criar ambiente propício ao desenvolvimento científico e econômico. Nada obstante, ainda havia muito a ser realizado a fim de implementar melhores condições de vida para a população – e não apenas para grupos e classes privilegiadas – e afastar as mazelas há muito denunciadas.⁴⁸

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

por un lado, en una declinación de la densidad normativa, es decir, en una marcada tendencia a reconocer tan sólo a unos cuantos preceptos el rango de normas constitucionales y, por el outro, en la disminución de la firmeza y precisión de las normas, es decir, en la inclinación a debilitar la inviolabilidad de las normas fundamentales y a cuestionarles su sentido jurídico normativo.⁴⁹

conhecimento à mediação intelectual, neutraliza a esfera sentimental e inibe a potência constituinte do ser humano. Nessa direção confira-se PLASTINO, Carlos. “Soberanias, erotismo e criatividade”. In: ARÁN, M. (Coord.). *Soberanias*. Rio de Janeiro: Contra-Capa, 2003.

⁴⁷ KÁGI, W., *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado: Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, p. 79 passim.. O livro de Kági compõe o rol de obras que iniciaram a teoria constitucional pós-1945.

⁴⁸ Nesse sentido Rousseau, 2002, p. 227: “Possuímos físicos, geômetras, químicos, astrônomos, poetas, músicos, pintores, mas não temos cidadãos; ou então se ainda nos restam, dispersos nos campos abandonados parecem indigentes e desprezados. Tal é o estado a que estão reduzidos, tais são os sentimentos, concedidos por nós, aos que nos dão o pão e o leite de nossos filhos”.

⁴⁹ KÁGI, W., op. cit., p. 137.

A desmontagem da constituição na primeira metade do século XX repercutiu em temáticas que, de um modo geral, constam dos textos constitucionais. Segundo Kägi, as normas que cuidam da *relação cidadão-Estado* são afetadas pelo avanço do Estado “totalitário”, perdendo os direitos fundamentais seu sentido absoluto em detrimento da “teoría de la falta de limites al poder de revisión de la Constitución”. Por mutação constitucional a idéia de *separação de poderes* é reformulada, concedendo-se ao Executivo maior importância na resolução dos problemas sócio-político-econômicos. A lei é “desplazada como centro dominante de la vida constitucional; y en su lugar entran las formas autoritarias del ‘acto de gobierno’ (Regierungsaktes) y de la ‘Medida-Ley’ (Massnahme)”. Também as normas concernentes ao regime democrático representativo se vêm afetadas pelas tendências autoritárias de homogeneidade e totalidade. O *processo legislativo* é abreviado em detrimento da urgência e da necessidade. O *princípio federativo* é modificado em prol de uma maior centralização territorial do poder.⁵⁰

Para Kägi, a proliferação do constitucionalismo logo após a Primeira Guerra Mundial era somente uma conjuntura incapaz de se manter “en la dura realidad”. A aparente expansão do Estado Constitucional não encobria que o normativo, “la fuerza determinante del Derecho”, se encontrava em franca decadência. No período entre as duas Guerras Mundiais “el ‘estado de excepción’ se convirtió en muchos países algo normal (...) La legislación bélica [na Primeira Guerra] aún no se habia normalizado del todo cuando las crisis monetárias y económicas y las consecuentes tensiones políticas nuevamente impulsaron a los Estados hacia el estado de excepción, lo que finalmente, de una manera hasta entonces impensada, habrá de extenderse y acentuarse durante la Segunda Guerra”.⁵¹

Alguns mecanismos de implementação de garantias e direitos sociais foram concretizados no Estado Social ou Estado de Bem-estar como parte das medidas destinadas a restaurar a estabilidade política e econômica, atentando-se às reivindicações de movimentos operários e de partidos de

⁵⁰ Ibid., p. 53/54.

⁵¹ Ibid., p. 52.

orientação marxiana que se viam fortalecidos com a crescente bipartição do globo e ao fato de a questão sócio-econômica haver servido de recurso ideológico para legitimar a ascensão de governos autoritários. Não foram suficientes, todavia, para reduzir as desigualdades verificadas, principalmente, nos países de terceiro mundo e impedir o contínuo crescimento da acumulação de capital nas mãos de parcela diminuta da população.

O Estado de Bem-estar – que se apresentou como alternativa ao autoritarismo do início do século XX – não obistou o predomínio livre-cambista,⁵² hoje encarnado no neoliberalismo, tendo em vista que erigido – explicita Eros Grau, seguindo lição de Claus Offe – em harmonia com os interesses do capital em face da crise da primeira metade do século XX:

A busca do desenvolvimento, ademais, impunha a formalização de uma aliança entre o setor privado – isto é, a burguesia – e o setor público, este a serviço daquele. Cumpre que se enfatize, de toda a sorte, a circunstância de que, embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação. Essa estatização não configura passo no sentido de socialização/coletivização. (...) é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via do socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre o plano econômico.⁵³

Ainda assim, frente à traumática experiência da guerra e do terror nazista, mudanças importantes ocorreram na estrutura político-constitucional dos regimes democráticos. A tônica dos discursos dirigiu-se à dignidade humana e aos direitos fundamentais que a concretizem, conquanto perdurassem os embates político-ideológicos entre posições liberais e socializantes. As reivindicações em prol da efetivação de direitos sociais fundamentais, da igualdade dos gêneros e das escolhas sexuais, bem como os movimentos contra o racismo nos Estados Unidos e na África do Sul revelaram a insuficiência das estruturas tradicionais do Estado e do direito em face das

⁵² BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G.. *Dicionário de política*. op. cit., p. 717, v. 2: “(...) em sua acepção mais simples e limitada, o livre cambismo é uma doutrina favorável à liberdade econômica (...) é a visão mais pura e integral do liberalismo (...) O atual credo livre-cambista (...) é, pois, assim entendido, uma forma de individualismo que não há de se confundir, porém, com o anarquismo individualista (...)”.

⁵³ GRAU, E. R., *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, p. 24 e 30.

novas demandas. Por influência da doutrina norte-americana e, em especial, da crescente doutrina alemã da segunda metade do século XX, restabelece-se a noção de normatividade da constituição contra o decisionismo que havia prevalecido nos anos de guerra e de exceção. Na lei são inseridas expressões indeterminadas e de conteúdo semântico aberto para ampliar e tornar mais eficaz a atuação do governo, migrando-se da legalidade para a constitucionalidade.

As conquistas do Estado Social são acrescidas àquelas do modelo clássico de Estado de Direito Constitucional. Vê-se emergir, enfim, na tentativa de conciliar normatividade e decisão política, o Estado Democrático de Direito que, na lição de José Afonso da Silva, consiste “na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.⁵⁴ O direito inicia sua trajetória de superação do positivismo e se reencontra com a moral, concebendo-se a constituição como centro axiológico-normativo do sistema político-jurídico.

Nas décadas de 80 e 90 alterações sociais várias marcaram em todo o mundo. O término da ordem bipolar, a globalização, os efeitos transestatais dos danos ao ambiente e das crises do mercado financeiro são sinais de uma sociedade que se vê estigmatizada, insista-se, pela noção de risco.⁵⁵ Sem embargo, o Estado Democrático de Direito, não sem experimentar abalos e alterações, vem se mantendo de pé. O direito, especialmente em sede constitucional, caminhou rumo à flexibilização⁵⁶ e à procedimentalização⁵⁷ a fim de viabilizar alguma abertura – sempre controlada pelos princípios da proporcionalidade – à decisão político-jurídica.

Ao iniciar o século XXI, contudo, acentua-se a tensão paradoxal desse modelo de Estado Democrático que tem na constituição seu instrumento político-jurídico de superação dos problemas da vida em sociedade.

Ressurgiu o discurso de que a estabilidade apenas é assegurada

⁵⁴ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 123.

⁵⁵ BECK, U., *World Risk Society*, p. 3-4.

⁵⁶ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

⁵⁷ HÄBERLE, P., op. cit..

pela aplicação de poderes e métodos de exceção, reafirmando-se a lógica da insuficiência do regime democrático que, no Brasil, em vista da crescente retórica do binário medo/segurança,⁵⁸ da hipertrofia do Poder Executivo e da estrutura de acumulação de capital que não se mostra sequer preocupada em fomentar distribuição de renda, encontra terreno fértil para sua expansão.

Achamo-nos ante a configuração de um cenário político e econômico global-nacional gerador de dominação, propagador de violência e contrário à criatividade constituinte do ser humano, que revela características semelhantes às encontradas em estados de exceção, emergência ou sítio da primeira metade do século XX, nos quais os preceitos fixados na ordem jurídica, embora vigentes, não são efetivados. Na avaliação de Žižek, hoje, a paixão pelo real, o desejo de romper as aparências, acomodou-se à estética da violência, criando uma falsa imagem da realidade que esconde o egoísmo individualista e a verdade desnorteante de que “o modelo de prosperidade capitalista recente não pode ser universalizado”.⁵⁹

O apego de Schmitt à exceção, conforme preleciona Renato Lessa,⁶⁰ revela uma preferência epistemológica que, talvez, pelas suas supostas incongruências, inspiram este trabalho e o seu autor. Para Schmitt a exceção seria, sobretudo, “um ponto de vista para observar o que se passa no mundo político.”⁶¹ E a exceção seria mais importante do que a regra por conferir seriedade à intuição, ou, noutras palavras, observar o mundo certo de que ele não pode ser compreendido pela via única da razão.⁶²

A estrutura paradoxal da exceção, a expressar o cetismo schmittiano – ou, como o denomina Renato Lessa⁶³, o seu fideísmo político – aqui mostrada na suas linhas mais gerais, chama a atenção para uma questão muitas vezes corriqueira nas conversas informais sobre o direito e a política que, no entanto, a nosso aviso, não tem merecido a devida consideração ao se

⁵⁸ É significativo nesse sentido haver se decidido no referendo do dia 23 de outubro pela manutenção do comércio de armas de fogo no Brasil.

⁵⁹ ŽIZEK, S., *Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas*, p. 172.

⁶⁰ LESSA, Renato. *Agonia, aposta e cetismo: ensaios de filosofia política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 15-61.

⁶¹ *Ibid.*, p. 53.

⁶² *Ibid.*, p. 55.

⁶³ LESSA, Renato. *Agonia, aposta e cetismo: ensaios de filosofia política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

elaborar a dogmática e, também, a teoria constitucional: os fatos do mundo político, no qual é forjada, dia-a-dia, a constituição, tal como hoje se encontram configurados, são apenas a materialização de algumas das muitas possibilidades normativas de configuração da vida social.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BECK, Ulrich. **Poder y Contra-Poder en La era Global: la nueva economia política mundial**. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós Estado y Sociedad, 2004.
- _____. **World risk society**. Malden: Blackwell Publishers, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (Orgs.). **Teoria da Mudança Constitucional: sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.
- DYZENHAUS, David. **Legality and Legitimacy**. Oxford: Claredon Press, 1997.
- FERREIRA, Bernardo. **O Risco do Político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Shmitt**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.
- HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de Teoría Constitucional de la sociedade abierta**. Tecnos, 2002.
- _____. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Trotta, 1998.

- _____. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura.** Tradução Emílio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** 6ª ed. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- _____. **Multitude: war and democracy in the age of Empire.** New York: Penguin Press, 2004.
- JACONBSON, Arthur J.; SCHILINK, Bernhard (Orgs.). **Weimar: A jurisprudence of crisis.** Tradução Belinda Cooper e outros. Berkeley: University of California Press, 2002.
- KÄGI, Werner. **La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del estado: Ivestigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional.** Tradução Sergio Díaz Ricci e Juan José Reyven. Madrid: Dykinson, 2005.
- LESSA, Renato. **Agonia, aposta e ceticismo: ensaios de filosofia política.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- MATTEUCCI, Nicola. Verbete Constitucionalismo. In: **BOBBIO, Norberto et alli. Dicionário de Política.** Trad. Carmem C. Varriale et. alli. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, pp. 246/258.
- SCHMITT, Carl. **Teologia Política.** Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey: 2006.
- _____. **Teoria de la constitución.** Madrid: Alianza Editorial, 1992.
- _____. **La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguarda de la constitución.** Tradução Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y Constitución.** Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.
- _____. **El derecho dúctil. Ley, Derechos, Justiça.** Trad. Marina Gasarón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas.** 1ª reimpressão. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2005.