

A EXCEÇÃO NA TEORIA GERAL DO DIREITO#

*André Ribeiro Giamberardino**

*Katya Kozicki***

SUMÁRIO: *1 Soberania e norma no pensamento de Hans Kelsen; 2 O poder soberano e a decisão sobre a exceção; 3 Considerações finais; Referências.*

RESUMO: Trata-se de trabalho, essencialmente conceitual, com o propósito de visualizar, sucintamente, como o conceito de exceção redefine a soberania e a correlação, entre decisão e norma na compreensão do direito. Parte-se do pensamento kelseniano, de matriz positivista, que elabora uma teoria “purificadora” da ciência jurídica e uma noção de soberania, eminentemente, normativa, fundada no monopólio do uso da força, cujo fundamento de validade, residiria em uma norma fundamental hipotética. Nesta lógica, não há lugar para a exceção, pois não se concebe a possibilidade de não se aplicar o direito a um caso concreto; tampouco, se cogita que, o ordenamento seja posto por um soberano. O pensamento de Carl Schmitt rompe, em diversos pontos, com a teoria kelseniana, definindo o soberano como aquele que decide sobre a exceção. Sobrepõe-se, assim, o elemento *decisão* sobre a *norma*, compreendendo o conceito de exceção como uma suspensão do próprio ordenamento, mas que lhe garante, vigência. É a decisão soberana, e não uma norma pressuposta, como fundamento de validade, que mediará a passagem da ordem normativa à realidade. Na origem desta decisão, porém, há um *vazio*, compreendido por Giorgio Agamben como a dimensão limite entre a política e o direito, ou entre a ordem jurídica e a vida. A pretensão soberana, desta forma, aplica-se à exceção “desaplicando-se”, suspendendo a norma para lhe garantir vigência. A relação de exceção, que consiste neste paradoxo que permite ao soberano colocar-se, legalmente, fora da lei, se revela, assim, como a *estrutura originária* da relação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Poder soberano; Decisão; Norma; Exceção; Estado de exceção.

Artigo elaborado sob orientação da Professora Doutora Katya Kozicki, durante as sessões da disciplina “Teoria Geral do Direito” no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR.

* Mestrando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Advogado em Curitiba – PR. E-mail: andre.rg@terra.com.br

**Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Docente titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná– PUC-PR; Docente adjunta da Universidade Federal do Paraná – UFPR. E-mail: kkozicki@uol.com.br

THE EXCEPTION IN THE GENERAL THEORY OF LAW

ABSTRACT: It is a conceptual work, aiming at visualizing how the concept of exception redefines the sovereignty and the correlation between decision and rule into the understanding of the law. It starts from the Kelsen's thoughts, which had positivist influences, and produces a "purifying" theory about the legal science and an idea of sovereignty, eminently, normative, based on the monopoly of the using of force, which principle of validity, is placed at a fundamental hypothetical rule. In this line of thinking, there is no place for the exception, because there is not admissions of the possibility of do not apply the law in a concrete case; neither is supposed if the legal system can be placed by a sovereign. The Carl Schmit's thought breaks in many points with the Kelsen's theory, defining the sovereign as the one who decides about the exception. Thus, decision comes before rules, having the concept of exception as an interruption of the legal system, as a principle of validity, but that assure its effectiveness. The sovereign's decision is the one, and not a presupposed rule, as principle of validity, that will mediate the transformation of the normative order into the reality. The origin of this decision, however, there is a gap, understood by Giorgio Agamben as the limit dimension between the politics and law, or between the juridical ordering and the life. The sovereign intention imposes to the exception not imposing it, interrupting the rule to guarantee the its own validity. The relation of exception, that allows the sovereign stand legally, out of rule, turns to be as the original framework of the legal relation.

KEYWORDS: Sovereign power; Decision; Rule; Exception; State of exception.

LA EXCEPCIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

RESUMEN: Se trata de un trabajo esencialmente conceptual que tiene como objetivo visualizar, sucintamente, cómo el concepto de excepción puede redefinir la soberanía y la correlación, entre decisión y norma en la comprensión del derecho. Para tal, se parte del pensamiento kelsiano, de matriz positivista, que elabora una teoría purificadora de la ciencia jurídica y una noción de soberanía normativa, fundada en el monopolio del uso de la fuerza, cuya validez residiría en una norma fundamentalmente hipotética. En esta perspectiva, no hay espacio para la excepción, pues no se puede concebir la posibilidad de no aplicarse el derecho a un caso concreto; tampoco, se piensa que, el ordenamiento

sea puesto por soberano. El pensamiento de Carl Schmitt se aleja, en varios puntos, de la teoría kelsiana, definiendo el soberano cómo aquel que decide sobre la excepción. Se sobrepone, así, el elemento decisión sobre la norma, proponiendo el concepto de excepción cómo una suspensión del propio ordenamiento, pero que le garantiza, vigencia. Es la decisión soberana, y no una norma presupuesta, como fundamento de la validez, que podrá mediar el pasaje del orden normativo a la realidad. En el origen de la decisión, sin embargo, hay un vacío, comprendido por Giorgio Agamben como la dimensión límite entre la política y el derecho, o entre el orden jurídico y la vida. La pretensión soberana, de esta manera, se aplica a la excepción “desaplicándose”, rompiendo con la norma para garantizarle vigencia. La relación de excepción, que consiste en esa paradoja que permite al soberano ponerse, legalmente, fuera de la ley, se revela, así, como la estructura ordinaria de la relación jurídica.

PALABRAS-CLAVE: Poder soberano; Decisión; Norma; Excepción; Estado de excepción.

1 SOBERANIA E NORMA NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

O conceito de *teoria* implica uma *condição hipotética ideal*, sobre a qual se concretizará a *prática* e se desenvolverão mecanismos de verificação¹. A noção historicamente construída de uma *teoria geral* do direito, não obstante distante de ser unívoca, apresenta caracteres aos quais vem o conceito de *exceção* implicar, significativa mudança de foco.

A observação, preliminar, se dá por conta do objeto do presente trabalho, qual seja, a redefinição da soberania a partir da decisão sobre a exceção, no âmbito da teoria do direito e no que ela contrasta com as concepções difundidas a partir de Kelsen e os conceitos tradicionais da chamada “teoria geral do direito”. A prevalência de uma epistemologia positivista, por um lado, querendo o direito, enquanto objeto delimitado e *purificado*; e a apropriação desta concepção na *práxis*, por outro, revelando-a como falácia, acabou por constituir o que chamou Warat, de *senso comum teórico dos juristas*:

O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da Ciência, uma *dóxa* no interior da episteme. [...]. A epistemologia tradicional procura resolver, idealmente, as relações conflitantes entre a teoria e a práxis jurídica, ignorando, fundamentalmente, o valor político do conhecimento na práxis.²

¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 952.

² WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito*, p. 30.

Hans Kelsen apresentou como princípio metodológico de sua *teoria pura* do direito a pretensão de “libertar” a ciência jurídica, dos elementos que lhe fossem estranhos³ (por exemplo, a teoria política). Nessa lógica, fundamenta-se a validade das normas de uma dada ordem jurídica a partir da *pressuposição* de uma *norma hipotética fundamental*, de caráter transcendental. Ao se negar a possibilidade do ordenamento ser *posto* por um *soberano*, e não se admitir que o raciocínio se perca no infinito, torna-se necessário, que o fundamento *último* de validade da ordem jurídica, seja *pressuposto*:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).⁴

Não há lugar para a noção de exceção no pensamento kelseniano, na medida em que se nega a hipótese, de em algum caso, não ser possível se concretizar a “aplicação do Direito”. Exemplo disto, é o tratamento dado à questão das *lacunas*, relacionado ao dogma da *integridade* (ou *completude*) do ordenamento jurídico, na medida em que, só se afirma *completo* o ordenamento no qual o juiz encontra uma norma para regular qualquer caso que se apresente, havendo para cada comportamento, uma norma que o proíba ou o permita⁵.

Para Kelsen, a inexistência de uma norma específica para o caso concreto, não impede a aplicação da “ordem jurídica” (por meio da *equidade*, por exemplo), que também é Direito⁶. O ordenamento, nessa lógica, jamais prescinde de sua *unidade e coerência*.

O poder soberano é aqui concebido, como o monopólio do *exercício da força*⁷, ou seja, da sanção enquanto aplicação da norma – colocado, em regra, como elemento inafastável da ordem jurídica e do poder estatal:

Com a expressão demasiado genérica “poder soberano”, se faz referência ao conjunto de órgãos por meio dos quais se cria um

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 17.

⁴ KELSEN, idem, p. 269.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*, p. 221

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 341: “o Direito vigente é sempre aplicável”.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*, p. 157-8: “*quien puede ejercer la fuerza para hacer*

ordenamento normativo, se conserva e se aplica, e o próprio ordenamento estabelece quais são estes órgãos. Se é verdade que um ordenamento jurídico se define mediante a soberania, e se é também certo que a soberania em uma determinada sociedade se define por meio do ordenamento jurídico, poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos mutuamente relacionados [...]. A soberania caracteriza não uma norma e sim um ordenamento, ou seja, caracteriza a norma apenas enquanto parte do ordenamento.⁸

Ora, se nesta concepção o ordenamento é um conjunto de normas integradas em uma relação de unidade, coerência e completude, o elemento *norma*, prevalece sobre a *decisão* na constituição da ordem jurídica, suprimindo-se, conseqüentemente, o espaço do *caso excepcional* e das situações que fogem à normalidade.

O pensamento de Jean Bodin, por outro lado, já apontava para a prevalência da *decisão* na definição e constituição do ordenamento jurídico, desde quando aprofundado o conceito de soberano, como “a pessoa ou instituição que exerce autoridade final dentro de um determinado território e sobre uma comunidade política específica”⁹, interna e externamente. Quando, em 1576, Bodin publica a obra *Six livres de la republique* e conceitua soberania, como caráter fundamental do Estado, tendo por único limite a lei natural e divina¹⁰, atribui um caráter de *originariedade* ao poder soberano e rompe com a tradição do pensamento medieval, que via na origem do *poder do rei*, uma atribuição da comunidade¹¹.

Segundo Carl Schmitt, Bodin insere a *decisão* no conceito de soberania e a possibilidade da *necessidade* fazer cessar a vinculação do soberano às leis e aos princípios naturais¹². Nesse sentido, afirma que “a competência para revogar a lei vigente – seja de forma geral ou no caso isolado – é o que realmente caracteriza a soberania”¹³.

Apesar de não *ilimitado*, trata-se de poder *indivisível*: apenas sua forma de exercício é que poderia comportar divisões e delegações, mas não, o próprio poder soberano, em si absoluto¹⁴:

eficaz la norma es precisamente el poder soberano que detenta el monopolio del ejercicio de la fuerza”.

⁸ BOBBIO, idem, p. 158 (trad. livre). No original: “Con la expresión demasiado genérica ‘poder soberano’ se hace referencia al conjunto de órganos por medio de los cuales se crea un ordenamiento normativo, se conserva y se aplica, y el ordenamiento mismo establece cuáles son estos órganos. Si es verdad que un ordenamiento jurídico se define mediante la soberanía, y si también es cierto que la soberanía en una determinada sociedad se define por medio del ordenamiento jurídico, poder soberano y ordenamiento jurídico son dos conceptos mutuamente relacionados (...). La soberanía caracteriza no una norma sino un ordenamiento, es decir, caracteriza la norma sólo en cuanto es considerada como parte del ordenamiento”

⁹ ARGUELHES, Diego Werneck. SOBERANIA (verbetes). In: Vicente de Paulo Barreto (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 763.

¹⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, p. 911.

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. BODIN, Jean, 1529-1596 (verbetes). In: Vicente de Paulo Barreto (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 114.

¹² SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, p. 9.

¹³ SCHMITT, idem, p. 10.

¹⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. BODIN, Jean, 1529-1596 (verbetes). In: Vicente de Paulo Barreto [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 115.

Absoluto significa um poder soberano que não deve obediência às leis positivas promulgadas por quem lhe antecedeu e nem às leis por ele próprio promulgadas. Isso significa que o soberano, a quem cabe fazer as leis, não deve se sujeitar a essas mesmas leis, pois não lhe caberia dar ordens a si mesmo. [...]. O mais interessante é que a essência da soberania, para Bodin, reside no poder de fazer e de anular as leis e, assim, através do ‘monopólio do direito’, se manteria a unidade do Estado.¹⁵

Hobbes, anos depois, estabeleceria os *fundamentos* da soberania. O eixo de seu pensamento, segundo Kátya Kozicki, “reside na sua preocupação com o estabelecimento de uma sociedade política onde o poder político resida nas mãos de um soberano todo-poderoso, o **Leviatã**”¹⁶. Tal transferência de poder para o soberano, passando este, a ter o *monopólio da força*, ocorreria mediante um “contrato”, traço característico da passagem do estado *de natureza* para a sociedade política.

Segundo Bercovici, a concepção de Estado de Schmitt é bastante ligada ao pensamento de Hobbes, ao se identificar o aparato estatal enquanto produto da técnica política que “independe de conteúdos substanciais de justiça e verdade, tanto religiosa como política”¹⁷. Diferem, porém, na definição de *quem* ou *o que* é responsável pela “normalização” da ordem social, quando houver, por exemplo, hostilidade interna, a ameaçar a unidade política. No lugar do *contrato social* hobbesiano, Schmitt entende haver, uma *decisão soberana*¹⁸, daí decorrendo sua concepção de soberania.

2 O PODER SOBERANO E A DECISÃO SOBRE A EXCEÇÃO

Observa-se, preliminarmente, que Schmitt rejeita a equiparação dos conceitos *político* e *estatal*, sendo o primeiro, necessário para se compreender o sentido do conceito tradicional de Estado:

[...] a equivalência estatal = político mostra-se incorreta e enganosa, na mesma medida em que Estado e sociedade se interpenetram, todos os assuntos até então políticos tornam-se sociais e vice-versa [...] surge o Estado total da identidade entre Estado e sociedade, o qual não se desinteressa por qualquer âmbito e, potencialmente, abrange qualquer área. Nele, por conseguinte, *tudo* é, pelo menos potencialmente, político, e a referência ao Estado não mais consegue fundamentar um marco distintivo específico do ‘político’.¹⁹

¹⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a Teoria do Estado**, p. 367.

¹⁶ KOZICKI, Kátia. **Conflito e estabilização**, p. 39.

¹⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**, p. 72-73.

¹⁸ BERCOVICI, idem, p. 74.

¹⁹ SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**, p. 47.

A natureza do *político*, seria definida a partir da antítese entre *amigo* e *inimigo*, critério distintivo para organização dos Estados: “o político consiste exatamente na relação de inimizade, isto é, não na competição mas na confrontação, e não se limita pelo direito, na medida em que lhe precede”²⁰. Posto isto, compreende-se o *poder*, como um problema da *vontade*, e a *essência da soberania*, como o monopólio da última decisão²¹. Ao se ter em conta, que este poder de criar o direito prescinde, neste ato, do próprio direito, é que emerge a reflexão, a partir do conceito de exceção, deste ponto, decorrendo a conhecida definição, schmittiana de soberano, como aquele que “decide sobre o estado de exceção”:

A decisão sobre a exceção é, em sentido eminente, decisão, pois uma norma geral, como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de um caso real, excepcional.²²

A correlação entre os elementos *decisão* e *norma* é central nas reflexões de Carl Schmitt, segundo o qual, a “ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma”, e se os elementos guardam autonomia conceitual, “o caso excepcional também permanece acessível ao conhecimento jurídico, pois ambos os elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito jurídico”²³.

É a decisão que prevalece sobre a norma, pois é aquela, enquanto *ato fundador* e expressão da *vontade do soberano*, que mediará a passagem da ordem normativa à realidade²⁴. Pertencendo ao Direito, ela se eleva acima de qualquer norma, pois, “suspende toda norma no momento exato e evanescente de sua irrupção”²⁵.

Se a própria ordem das *normas* é posta e constituída, não por uma norma superior – *hipotética*, como quis Kelsen – mas, por um elemento (a *decisão*) que prescinde do direito no ato de criação deste próprio²⁶, vê-se que, *decisão* e *norma*, convivem entre a normalidade e a excepcionalidade:

Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão

²⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a Teoria do Estado**, p. 357.

²¹ CHUEIRI, idem, p. 354.

²² SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, p. 7.

²³ SCHMITT, idem, p. 11-13.

²⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. “Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Crítica da Modernidade**, p. 95.

²⁵ GHETTI, Pablo. ESTADO DE EXCEÇÃO (verbetes). In: Vicente de Paulo Barreto [coord.]. **Dicionário de Filosofia do Direito**, p. 294.

²⁶ CHUEIRI, Vera Karam de. “Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Crítica da Modernidade**, p. 96.

liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o Direito por fazer jus à autoconservação, como se diz.²⁷

A norma vale, em situações de *normalidade*, nas quais a decisão, enquanto momento autônomo, é mínima. Porém, em situações de *exceção*, a norma é aniquilada, sem que isso retire a situação excepcional do âmbito jurídico. A importância da exceção reside na constatação de que, ela “comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção”²⁸, em raciocínio muito diferente da epistemologia predominante nos últimos séculos.

O ponto fundamental é que, *quem decide* se a situação é normal ou excepcional é, exatamente, o *soberano*, e “nisso, repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório”, que revela a *essência da autoridade estatal*²⁹.

A exceção, desta forma, ao mesmo tempo, em que se exclui da concepção geral, explicita a *decisão*, enquanto elemento formal *jurídico* específico que representa algo novo, sempre constitutivo. O *vazio* é seu elemento fundamental, na medida em que, na base de toda normatividade, há uma decisão que nasce do nada. Trata-se de uma dimensão *limite*, entre a política e o direito, entre a ordem jurídica e a vida, uma “relação escondida, porém, fundamental entre o direito e a ausência de direito”³⁰, que se torna o foco dos estudos do filósofo italiano Giorgio Agamben.

Fundamenta-se, freqüentemente, o estado de exceção, a partir do conceito de *necessidade*, que *justificaria* a excepcional violação da norma, no caso concreto. No entanto, a necessidade, para Agamben, se refere, sempre, a um caso particular no qual desaparece a obrigatoriedade da lei; enquanto falar-se em *estado* (de exceção ou de necessidade) significa um *status*, uma “situação da ordem jurídica enquanto tal”.³¹ Define-se o *status necessitas*, assim, “como uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato; um limiar, portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis”³².

Considerando, que “na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna na lei”, Agamben interpreta o *estado de necessidade*, como uma “lacuna no direito público, a qual, o poder executivo, é obrigado a remediar”³³.

Há que se observar, porém, que a aferição da necessidade é juízo, eminentemente, subjetivo, e não dado objetivo. É fruto de uma *decisão*. Esta, no entanto, representa algo

²⁷ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, p. 13.

²⁸ SCHMITT, idem, p. 15.

²⁹ SCHMITT, idem, p. 11-14.

³⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. “Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Crítica da Modernidade**, p. 93.

³¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 42.

³² Idem, p. 45.

³³ Idem, p. 48.

indecidível de fato e de direito³⁴, pois se trata de um espaço *vazio*, o que tange ao seu elemento fundador, o que tem especial relevância no âmbito da interpretação e aplicação do direito e teve a especial atenção de Jacques Derrida em sua leitura *desconstrutivista*³⁵:

O ato que funda o direito, desta forma, seria sempre um ato sem fundação, um ato instituinte o qual carece, ele próprio, de fundação. E o direito, assim, pode ser sempre desconstruído, seja no tocante ao seu ato fundador, seja no tocante à autoridade que o originou ou ainda na interpretação que prevalece. Mas esse ato, cuja origem não pode ser chamada de justa ou injusta, não implica necessariamente na criação de uma ordem jurídica justa.³⁶

Sem aprofundar-se no tema, merecedor de análises mais profundas, sua menção é essencial, porque diretamente relacionado ao pensamento de Schmitt e Agamben. Afinal, a decisão segundo Schmitt, não é a mera superioridade da vontade de um sujeito em posição hierarquicamente superior, mas a estruturação da relação necessária entre fato e norma. Esta, por isso, antes de “estabelecer comandos e prescrições”, *normaliza a dimensão da vida*³⁷, criando um âmbito de referência, no qual será possível que o direito exista e vigore.

Nesse sentido, “a exceção é a forma originária do direito”³⁸, e o lugar da soberania é este limiar que está, ao mesmo tempo, dentro e fora, do ordenamento jurídico:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.³⁹

Trata-se do *paradoxo da soberania*, consistente na constatação de que o soberano está, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, na medida em que pode se colocar *legalmente* fora da lei⁴⁰:

³⁴ Idem. 47.

³⁵ A *desconstrução* é uma *atitude* que vê na desestabilização do direito e no reconhecimento de um *elemento místico* presente em seu momento fundador a possibilidade de se realizar uma *experiência de justiça*, tomada, por sua vez, como *aporia*, ou seja, como uma “experiência do impossível”. (DERRIDA, Jacques. “Force de loi: le fondement mystique de l’autorité”. **Cardoso Law Review**, p. 946: “La justice serait de ce point de vue l’expérience de ce dont nous ne pouvons faire l’expérience”)

³⁶ KOZICKI, Kátya. “A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Crítica da Modernidade**, p. 135.

³⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 33.

³⁸ Idem, p. 34.

³⁹ Idem, p. 35.

⁴⁰ Idem, p. 23: “a lei está fora dela mesma”.

A simples oposição topográfica (dentro/fora) implícita nessas teorias parece insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar. Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? [...] Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas, se indeterminam.⁴¹

Agamben denomina *relação de exceção* à “forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão”⁴², residindo nesta esfera que não é fato, tampouco, direito.

Sendo assim, suspender a norma não significa eliminá-la do sistema. Em sentido oposto, na verdade, o estado de exceção “existe para criar a situação na qual o direito poderá valer”⁴³. Ou seja, exatamente por ser criado pela suspensão da norma e ao mesmo tempo permitir a vigência da mesma, a relação de exceção é colocada, como *estrutura originária da relação jurídica*, “a partir da qual, somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele, adquirem seu sentido”⁴⁴.

Dá a essencial distinção entre *existência da norma* e sua *aplicação*, pois, afinal, a norma permanece, sendo suspensa apenas esta última. Por esta razão é que, Agamben utiliza a expressão, “força de lei sem lei”.

A soberania, compreendida a partir da decisão sobre a exceção, se coloca como um *conceito limite* do ordenamento jurídico, pois a pretensão soberana, “se aplica à exceção desaplicando-se”, incluindo o que dela está fora⁴⁵:

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da forma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.*⁴⁶

Desta forma, o soberano cria a situação a qual necessita o direito para garantir a própria vigência. Para Agamben, não há “falta de norma” nas “lacunas” e sim, uma “suspensão do ordenamento para garantir-lhe a existência”, sendo o estado de exceção,

⁴¹ Idem, p. 39.

⁴² Idem, p. 26.

⁴³ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**, p. 66.

⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 27.

⁴⁵ Idem, p. 32.

⁴⁶ Idem, p. 25.

por sua vez, “a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal”⁴⁷.

O estado de exceção tem pressupostos *ilimitados*, na medida em que, é justificado pela ameaça à unidade política⁴⁸. Proposta sua “regulamentação”, entende-se, assim como em relação à possibilidade de positivação do direito de resistência, que não é possível “regular juridicamente alguma coisa que, por sua natureza, escapava à esfera do direito positivo”⁴⁹.

Por isso, se conclui que o direito excede a norma, ou ainda, que há uma esfera de ação humana que escapa ao direito⁵⁰. É a partir deste espaço, inalcançável, que se discute a condição de validade das normas jurídicas e a própria essência da soberania.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, com Carl Schmitt, que um “neokantiano, como Kelsen, não sabe, sistematicamente, o que fazer com o estado de exceção”⁵¹, na medida em que, no pensamento kelseniano, o poder político *sujeita-se ao jurídico*, ou seja, a um sistema de normas⁵².

Por outro lado, a obra de Carl Schmitt e sua definição de *soberano*, não foram suficientes para uma substancial alteração da visão da exceção, enquanto conceito *não jurídico*, faltando, ainda hoje, “uma teoria do estado de exceção no direito público”⁵³.

Nesse sentido, a definição de Schmitt de *soberano*, ainda necessita ser, efetivamente, compreendida, enquanto *conceito limite*⁵⁴, por meio do qual, a esfera da vida, se confunde com a doutrina do Estado e do direito. A percepção desta dimensão, foi por muito tempo, encoberta e dificultada, por premissas, como, entre outras, os dogmas da *estatalidade* e a identidade entre direito e lei.

Por isso, o “problema da soberania reduzia-se então a identificar quem, no interior do ordenamento, fosse investido de certos poderes, sem que o próprio limiar do ordenamento fosse jamais posto em questão”⁵⁵. Para Agamben, em outro sentido, o

⁴⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 48-9: “É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”.

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**, p. 66.

⁴⁹ AGAMBEN, op. cit., p. 23.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 24.

⁵¹ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, p. 14. A definição de Kelsen como “neokantiano” se refere à sua opção pela metodologia dualista na abordagem do *ser* e do *dever ser*, residindo neste último a construção do sistema jurídico, valorizando seus pressupostos lógicos em detrimento de seus pressupostos fáticos. (KOZICKI, Kátya. **Conflito e estabilização**, p. 158).

⁵² CHUEIRI, Vera Karam de. “Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical”. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Repensando a Teoria do Estado**, p. 360. Observa-se que a polêmica entre SCHMITT e KELSEN ainda renderia muitos frutos, especialmente no debate acerca quem deve ser o “guardião ou defensor da Constituição”.

⁵³ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 11-2: “(...) 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”.

⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 19.

⁵⁵ Idem, p. 19.

sistema mantém a própria coerência por meio da correlação do *exemplo* e da *exceção*, o primeiro, enquanto “inclusão exclusiva” e a segunda, enquanto “exclusão inclusiva”:

Se perguntamos, então, se a regra se aplica ao exemplo, a resposta não é fácil, visto que ela se aplica ao exemplo só como caso normal e não, evidentemente, enquanto exemplo. O exemplo, digamos, é excluído do caso normal não porque faça parte dele, mas, pelo contrário, porque exhibe seu pertencer a ele. [...] Diverso é o mecanismo da exceção. Enquanto o exemplo é excluído do conjunto na medida em que pertence a ele, a exceção é incluída no caso normal justamente porque não faz parte dele.⁵⁶

A *soberania* resta como o monopólio da última decisão, e não da coerção. As *lacunas* são tomadas, não como um problema de “falta de norma”, resolvido pela aplicação da ordem jurídica, e sim, como uma suspensão do ordenamento, que lhe garante a própria vigência.

Hodiernamente, tem-se reconhecido o estado de exceção, como um *paradigma de governo*, mediante a elaboração de novas técnicas de controle, fundadas, essencialmente, no *biopoder*⁵⁷ e na indeterminação entre democracia e absolutismo⁵⁸.

Esta é a tese de Agamben. Se tanto o estado de sítio como a suspensão da constituição – nascidos na França durante e após a Revolução – seriam modelos convergentes, para um único fenômeno jurídico, que é o estado de exceção⁵⁹, é cada vez mais, possível reconhecer a presença deste, no cotidiano, enquanto *estrutura política*. Na realidade, dos países, periféricos especialmente, a “*periferia vive em um estado de exceção econômica permanente, contrapondo-se à normalidade do centro*”⁶⁰, no qual, as decisões soberanas, se afastam, cada vez mais, do que um dia se quis chamar de “soberania popular”.

A compreensão da constituição do ordenamento jurídico a partir da decisão soberana, e não desde uma norma hipotética fundamental, é a mesma que percebe a importância do *político* na definição do *jurídico*, em detrimento de uma teoria do direito *pura*, nos termos propostos por Kelsen. Sendo assim, as categorias da *exceção* e do *estado de*

⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 29-30.

⁵⁷ Ver, nesse sentido, a obra de **Michel Foucault**. Sobre o tema, anota AGAMBEN que quando a “vida natural” passa a interessar ao poder estatal, a política se transforma em *biopolítica*, o que significa “a politização da vida nua”. Há, portanto, “um oculto ponto de interseção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder”, pois “a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, nesse sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana” (AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**, p. 11-4).

⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, p. 13: “O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”.

⁵⁹ Idem, p. 17.

⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**, p. 171.

exceção, se tornam imprescindíveis a uma leitura da sociedade menos ingênua, no que se refere às disputas de poder; e mais consistente, no que tange à luta diária pelas *aporias* da *justiça* e da *democracia*.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 3. ed. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ARGUELHES, Diego Werneck. Soberania (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos; co-edição Editora Renovar, 2006. p. 763-767.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**. Tradução de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 93-107.

_____. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): Soberania, Poder Constituinte e Democracia Radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 347-377.

DERRIDA, Jacques. Force de loi: le fondement mystique de l'autorité. **Cardoso Law Review**, v.11, n. 5-6, jul./ago. 1990, p. 919-1045.

FONSECA, Ricardo Marcelo; BODIN, Jean. 1529-1596 (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos; co-edição Editora Renovar, 2006. p. 113-116.

GHETTI, Pablo. Estado de exceção (verbetes). In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos; co-edição Editora Renovar, 2006. p. 292-295.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KOZICKI, Kátya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2000.

_____. A interpretação do direito e a possibilidade de justiça em Jacques Derrida. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da Modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 129-143.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.