

EXCEPÇÃO

1) A conhecida expressão segundo a qual “a exceção confirma a regra” pode servir aqui, à partida, para uma primeira caracterização do conceito de exceção. Um tal conceito aparece, antes de mais, como um conceito imediatamente relacional: a exceção é sempre exceção a uma regra, pressupondo já sempre, nessa medida, a existência de uma norma que lhe esteja subjacente. E a relação da exceção com a norma é dupla. Por um lado, a exceção, enquanto exceção a uma regra previamente dada, consiste numa interrupção da sua norma. Por outro lado, enquanto exceção, ela é uma interrupção que não aniquila a norma, mas antes confirma a sua existência. Ao contrário de uma pura e simples aniquilação da norma, a exceção não faz a norma desaparecer. Daí que o surgimento de uma exceção à norma não possa deixar de confirmar a própria norma na sua vigência e validade.

No sentido político, a exceção remete então para uma situação crítica, para um “estado de extrema urgência”, em que é a própria continuação da vigência da norma, de uma ordem jurídica, que implica a sua suspensão provisória. Ao estado em que se torna necessário tornar as normas ineficazes, pondo-as fora de vigor, não para as aniquilar, mas para que estas continuem a vigorar, ao estado de urgência em que uma ordem jurídica tem de ser suspensa em função da preservação da própria ordem, chama-se, por isso, “estado de exceção”.

A ocorrência de um “estado de exceção” numa determinada sociedade política poder-se-ia caracterizar por implicar imediatamente a tomada de medidas imprescindíveis à superação deste estado. Tais medidas resultam fundamentalmente da convergência de dois processos paralelos. Em primeiro lugar, o “estado de exceção” não pode deixar de se traduzir num processo de concentração do poder numa instância que seja incumbida de superar esse mesmo estado, suspendendo a ordem jurídica normal, a separação e o equilíbrio entre poderes, em função do seu restabelecimento. Em segundo lugar, se o “estado de exceção” tende para uma concentração do poder, ele tende também para uma amplificação da capacidade de intervenção do próprio poder e, nessa medida, para uma suspensão provisória dos direitos fundamentais e redução das garantias constitucionais dos cidadãos. O “estado de exceção”, com a sua suspensão da ordem jurídica normal, corresponde assim essencialmente a uma maior exposição destes cidadãos a um poder concentrado numa instância investida de capacidade suficiente para a superação desse estado.

2) Se um “estado de exceção” consiste sempre numa saída da ordem jurídica normal, ou da vigência normal do direito, poder-se-ia distinguir a exceção dualmente, em função da relação que ela estabelece com este mesmo direito. Por um lado, a exceção pode ser entendida como um direito de urgência, resultado de uma situação de crise que, exigindo a suspensão da ordem jurídica normal, permanece juridicamente determinada. Por outro lado, esta mesma exceção pode ser compreendida como a emergência de um estado anômico, no qual a esfera do direito se encontra pura e simplesmente ultrapassada. É esta dualidade intrínseca ao “estado de exceção” que pode ser encontrada, antes de mais, no âmbito da República Romana.

A configuração paradigmática de uma suspensão da ordem jurídica normal que seja juridicamente determinada consiste aqui na ditadura. Na República Romana, a ditadura parte da verificação por um cônsul de que se verifica uma situação urgente e de perigo excepcional, nomeando-se assim um magistrado extraordinário - o ditador - que concentre em si o poder com o fim de superar tal perigo e restabelecer a normalidade. O ditador romano é, então, a figura privilegiada daquilo que Carl Schmitt, em 1921, no seu livro *Die Diktatur*, designou como o *ditador comissário*. Na medida em que o ditador recebe de um magistrado ou, mais tarde, do povo, na sua *potestas*, uma determinada tarefa ou comissão, a ditadura comissária caracteriza-se pelo carácter essencialmente limitado, juridicamente circunscrito, da sua concentração de poder. E uma tal limitação é dupla. Por um lado, o ditador comissário é ditador apenas em função de um mandato concreto: cumprida a tarefa que justificou a ditadura, o ditador deve abdicar do seu estatuto ditatorial. Por outro lado, este mesmo ditador tem, para o cumprimento do seu encargo, um prazo rigorosamente delimitado: na Roma republicana, embora a duração do tempo da ditadura tenha gradualmente aumentado, até à nomeação de César como *dictator perpetuo* em 44 a.C., não só as ditaduras iniciais tinham apenas a duração de seis meses, como era corrente que o ditador abdicasse antes desse prazo, após o cumprimento do seu encargo.

Contudo, em Roma, se um ditador poderia ser nomeado, pelo magistrado detentor da *potestas*, para a superação de uma situação de extrema urgência, também o senado, ou seja, os *patres* da República, enquanto detentores da *auctoritas*, poderiam assinalar um “estado de exceção” através de um *senatus consultum ultimum*. À situação determinada através de um *senatus consultum ultimum* chama-se *iustitium*, palavra que significa uma paragem do direito (*ius*) num processo análogo ao do sol no solstício (*solstitium*). Esta paragem caracteriza-se, então, não propriamente como um direito de urgência, mas como uma suspensão do

direito. Assim, ao contrário da ditadura, que consistia na nomeação de um magistrado extraordinário e na abertura de um direito excepcional, o *iustitium* consistia antes num puro e simples eclipse da ordem jurídica, na emergência de um estado anômico de mera ausência de direito, em que, na falta de magistrados, cada cidadão ficaria habilitado a agir por sua iniciativa para a salvação da *res publica*.

A distinção entre *potestas* e *auctoritas* assinala, então, uma distinção entre estados de exceção. Dir-se-ia que a *potestas* é um poder constituído, um poder já juridicamente determinado, a partir do qual pode resultar, dentro do âmbito jurídico, um recuo do direito para o restabelecimento do próprio direito. O estado de exceção por ela determinado traduz-se na nomeação de um ditador comissário, encarregado de restabelecer a ordem jurídica normal. No caso da *auctoritas*, trata-se de um poder constituinte, um poder que se encontra nas mãos dos “autores” ou dos “pais” da República, situado antes do direito e, portanto, capaz de pura e simplesmente o suspender. Consequentemente, o estado de exceção que lhe é próprio consiste no espaço juridicamente indeterminado daquilo a que se poderia chamar um vácuo normativo, uma clareira despojada de qualquer normatividade.

3) Apesar desta distinção entre um estado de exceção dentro e fora do direito, a concepção de um direito natural, no horizonte de um pensamento pré-moderno, torna impossível a representação de uma situação puramente anômica. Assim, após a cristianização do Império Romano, a distinção entre o poder compreendido como *auctoritas* e o poder compreendido como *potestas* remete, não para a possibilidade da emergência de uma situação excepcional absolutamente vazia de norma, mas para a disputa em torno da instância capaz de interpretar a lei última em função da qual seria possível alterar, de acordo com as circunstâncias, as leis humanas.

O Papa começa por reivindicar perante o Imperador a *auctoritas*, deixando-lhe a *potestas*. A partir da doutrina augustiniana da subordinação da “cidade terrena” à “cidade de Deus”, uma tal reivindicação implicava que o Papa pudesse surgir como o intérprete último da “lei divina” ou “eterna”, podendo excomungar, em função dessa interpretação, o próprio Imperador, cuja *potestas* é então concebida como estando apenas ao serviço de uma lei que lhe é anterior e superior. Se a vida terrena do homem não é aqui senão um meio dirigido ao fim que constitui a salvação, determinada pela “lei eterna de Deus”, o Papa, enquanto intérprete e representante desta lei, pode iniciar um processo de centralização do poder no seio da Igreja, o que terá o seu ponto culminante com Inocêncio III (Papa desde 1198),

com a assunção pelo Sumo Pontífice, não só da *auctoritas*, mas de uma *plenitudo potestatis*.

Com a transição entre os séculos XII e XIII, e sobretudo com o contacto do Ocidente medieval com a obra de Aristóteles, o âmbito da natureza política do homem autonomizar-se-á nas suas leis próprias, e a “lei natural” tornar-se-á progressivamente diferenciada da “lei eterna” ou “divina”, passando os príncipes, enquanto detentores da *potestas*, a caracterizar-se pela sua determinação em função da “lei natural”. Para Tomás de Aquino, a “lei natural” surge como a parte da “lei divina” que é acessível à compreensão racional do homem, determinando-se como a lei em função da qual o bem comum é assegurado numa comunidade política. O bem comum pode exigir, em função das circunstâncias, uma alteração das “leis humanas”. Consequentemente, o próprio príncipe pode abrir uma excepção às suas leis; mas essa excepção à “lei humana”, sendo guiada pelo bem comum, não pode deixar de estar de acordo com a própria “lei natural”. Assim, dir-se-ia que, neste horizonte, uma situação de pura excepção está aqui inteiramente excluída. Se o príncipe se distingue do tirano ao reger-se pelo bem comum e pela “lei natural”, a sua “lei humana”, assim como qualquer excepção a essa mesma “lei”, não pode deixar de estar assente numa “lei natural” ontologicamente enraizada na própria ordem natural, acessível à razão humana e, portanto, não sustentada no mero arbítrio excepcional de uma vontade.

É, contudo, a concepção de uma “lei natural” que, na passagem para o século XIV, se vai alterando. Se, para Tomás de Aquino, a “lei natural” se baseava na estrutura ontológica da própria natureza, numa ordem acessível à sua representação pela razão humana, esta torna-se progressivamente concebida, tal como se torna claro, por exemplo, em Guilherme de Ockham, como uma determinação da vontade divina. A partir desta transição, dir-se-ia que Deus já não quer estabelecer no mundo uma lei natural e justa, mas que a lei divina é natural e justa porque é a própria vontade de Deus que a estabelece. A defesa cartesiana da criação das verdades eternas pelo arbítrio divino tornará absolutamente manifesta esta perspectiva. E é uma tal perspectiva que permitirá que a excepção adquira, na sua relação com a norma, um estatuto que anteriormente não poderia ocupar. Se, partindo de uma “lei natural” ontologicamente enraizada na própria ordem da natureza, a excepção não poderia aparecer senão como uma interrupção das “leis humanas”, proporcionada pela própria “lei natural” e surgindo como a sua própria confirmação, dir-se-ia que agora a “lei natural” não é senão a consequência de uma vontade divina, não tendo qualquer estatuto ontologicamente diferente de um milagre ou de qualquer interrupção da ordem natural, e carecendo, nessa medida, a cada instante, da

própria vontade arbitrária, desvinculada e, portanto, excepcional de Deus. Partindo da representação da “lei natural” como imanente à ordem natural, a exceção surgia como uma interrupção da “lei humana”, possível a partir de uma “lei natural” que lhe estaria sempre subjacente. E é agora esta relação entre exceção e “lei natural” que se inverte: já não é a norma, a “lei natural”, que está subjacente à exceção, mas uma vontade arbitrária e, portanto, a possibilidade da exceção que está subjacente, como sua condição, à própria norma. É esta anterioridade da exceção à norma que torna possível, a partir do século XVI, a concepção da soberania do Estado moderno.

A partir de Bodin, nos seus *Six Livres de la République*, de 1576, a soberania pode ser determinada como «a potência absoluta e perpétua de uma República» (Livro I, Cap. VIII), aparecendo assim como uma força desvinculada de qualquer pré-determinação normativa. É através da soberania que a norma se estabelece como norma e, portanto, que um determinado Estado se constitui na sua ordem jurídica. A soberania é, portanto, a força, a potência ou o poder constituinte do Estado. Contudo, ao determinar o Estado na sua constituição, ao constituí-lo na sua ordem ou na sua lei fundamental, a soberania é essencialmente anterior à ordem constitutiva do Estado e permanece, conseqüentemente, num “estado de natureza” situado fora do âmbito dessa mesma ordem. Noutros termos: a soberania permanece sempre, na lei, uma força extrínseca ao vínculo normativo da própria lei. Assim, ao permanecer normativamente desvinculada, a *potestas* do soberano torna-se agora, a partir de si mesma, também *auctoritas*: dir-se-ia que a soberania consiste justamente nesta coincidência entre a *summa potestas* e a *summa auctoritas*. É uma tal coincidência que permite a frase de Thomas Hobbes, no capítulo 26 do *Leviathan* (1651), onde a soberania surge caracterizada pela sua absoluta desvinculação normativa, ou seja, pela sua capacidade de, substituindo-se à própria verdade, se constituir a si mesma como o critério da própria validade normativa: *auctoritas, non veritas, facit legem* (é a autoridade, não a verdade, que faz a lei).

A partir dos séculos XVI-XVII, a soberania pode então ser assinalada, não propriamente pelo seu estatuto de sustentáculo da ordem jurídica, ou de condição da norma, mas, permanecendo fora do seu âmbito de vinculação, pela possibilidade de decidir - caso entenda que se verifica uma situação que a imponha - uma exceção à vigência dessa mesma norma. É Carl Schmitt quem, na célebre formulação da primeira frase da sua *Politische Theologie*, de 1922, mais paradigmaticamente apresenta esta concepção de soberania, caracterizando o soberano como «quem decide sobre o estado de exceção». E o “decisionismo” schmittiano, ao defender - sobretudo contra o “normativismo” de Kelsen - que o direito não é uma realidade

exclusivamente normativa e que, conseqüentemente, a norma e a ordem jurídica não podem deixar de pressupor a possibilidade de uma decisão normativamente desvinculada, alia assim, em função da sua remissão para a exceção, os conceitos de soberania e de ditadura.

Para Schmitt, o soberano determina-se enquanto tal, não apenas pela sua anterioridade face à norma e à ordem jurídica, mas também pela sua imprescindível relação com ela. O estado de exceção não é aqui uma situação evidente, algo simplesmente dado, mas algo decidido pelo próprio soberano no exercício da própria soberania. Daí que, segundo Schmitt, o soberano decida «tanto sobre se está presente um caso de urgência extremo, como também sobre o que deve acontecer para o anular»: «Ele está fora da ordem jurídica normalmente vigente e, no entanto, pertence-lhe, pois está apto para a decisão sobre se a constituição *in toto* pode ser suspensa» (*Politische Theologie*, p. 14). Assim, por um lado, se o poder soberano, nesta perspectiva, pertence sempre à ordem jurídica, estando nela presente como o poder que, sustentando-a, a pode suspender, poder-se-ia dizer que um tal poder soberano se determina pela possibilidade de criar, não um estado de pura anomia, mas uma situação de ditadura. Por outro lado, se este poder soberano está fora da constituição e se a sua acção não está, portanto, normativamente vinculada, dir-se-ia que esta ditadura não pode ser entendida como comissária, mas se constitui agora como uma *ditadura soberana*, ou seja, como uma ditadura que surge, não baseada na comissão recebida de um qualquer poder constituído, mas assente na representação do poder constituinte do próprio Estado.

4) O Estado moderno, nos séculos XVI e XVII, ao concentrar no soberano a *summa potestas* e a *summa auctoritas*, assenta numa concepção “decisionista” do direito, a partir da qual a lei se determina como a vontade do soberano. Neste sentido, a exceção e a ordem jurídica normal derivam exactamente da mesma fonte e carecem, nessa medida, de um critério suficiente para a sua diferenciação. A partir da emergência da era revolucionária, no final do século XVIII, surge um processo que conduzirá à tentativa de diferenciar claramente a exceção da ordem jurídica normal, integrando-a nesta mesma ordem e definindo-a a partir dela. Um tal processo assenta, antes de mais, na assunção do artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual a separação de poderes é condição para o reconhecimento de um Estado como tendo uma Constituição. Se, a partir de um tal princípio, o poder de legislar e o poder de executar a lei são essencialmente separados, o problema de saber quem deve ser incumbido por lei de decidir, em caso de necessidade, uma exceção a essa mesma lei, não pode deixar de emergir. É a

partir deste problema que se podem verificar duas tendências de integração da excepção na ordem jurídica normal, as quais correspondem, aliás, à originária distinção entre *auctoritas* e *potestas*. Uma primeira tendência consiste em atribuir apenas ao parlamento, enquanto sede do poder legislativo, a possibilidade de determinar um estado de excepção: segundo uma tal tendência, só o poder capaz de “pôr” a lei estaria habilitado a, em caso de necessidade, pô-la fora de vigor e desactivá-la. Uma segunda tendência consiste em atribuir ao Chefe de Estado, ou seja, à figura ultimamente responsável pelo poder executivo, a possibilidade de decidir se um caso excepcional se verifica, assim como as medidas necessárias à sua superação: para esta tendência, o Chefe de Estado surge aqui como - para usar uma terminologia schmittiana - um “guardião da constituição”. Com base na distinção destas duas tendências, poder-se-ia dizer que o século XIX assiste a uma progressiva inclinação para a assunção da segunda tendência em detrimento da primeira, encontrando-se, já no século XX, a continuação directa deste processo, com a crescente absorção pelos governos das tarefas próprias do poder legislativo, a paulatina transformação das democracias parlamentares em democracias governamentais e a progressiva indistinção entre a lei propriamente dita e as medidas decretadas pelo executivo no exercício da governação.

É talvez em França que mais claramente este movimento emerge. Assim, depois da Revolução de 1789, a Assembleia Constituinte francesa, a 8 de Junho de 1791, procura definir por lei o “estado de sítio”, distinguindo-o do “estado de paz” e do “estado de guerra”. Contudo, já em 1793, com a criação do governo revolucionário da convenção e a suspensão da Constituição antes mesmo da sua aplicação, surge uma ditadura soberana concentrada num poder executivo que é representante, não de qualquer poder constituído ou de qualquer ordem já existente, mas de um poder constituinte e de uma ordem ainda por criar. Com o estabelecimento da Monarquia de Julho, em 1830, assim como com o restabelecimento da República, em 1848, situação em que Paris é declarada em “estado de sítio”, embora mantendo a separação entre os poderes legislativo e executivo, são atribuídos já a figuras ditatoriais - os Generais Marmont e Cavaignac, respectivamente - os poderes necessários ao restabelecimento da ordem. Estas atribuições mais não fazem do que confirmar a tendência para a progressiva atribuição ao poder executivo da capacidade de decidir o estado de excepção, tornando este estado um mero “estado fictício”, determinado, não por quaisquer evidências concretas, mas pela pura e simples decisão do poder soberano. É assim que, já na França de 1811, o “estado de sítio” aparecia assinalado como uma decisão do Imperador, o que é continuado, quer pela Carta Constitucional de 1814, cujo art.

14º atribuía ao rei a possibilidade de fazer tudo o que fosse necessário «à execução das leis e segurança do Estado», quer pela Constituição de 1852, que, no seu art. 12º, atribuía expressamente ao Presidente da República o direito de «declarar o estado de sítio», quer ainda pela Constituição de 1958, fundadora da V República francesa, cujo art. 16º atribui ao Presidente a incumbência de tomar, numa situação de crise, as «medidas exigidas por essas circunstâncias».

É, contudo, a Primeira Guerra Mundial que marca um ponto de viragem na progressiva indistinção entre lei e medidas excepcionais, e na crescente substituição da função legislativa dos parlamentos pelos governos nas suas medidas executivas. Assim, entre 2 de Agosto de 1914 e 20 de Outubro de 1919, a França é declarada num “estado de sítio” que se torna permanente. Do mesmo modo, na Inglaterra, o Rei institui a 8 de Agosto de 1914 o *Defence of Realm Act*, o qual não apenas estabelece um estado análogo à “lei marcial”, mas atribui ao governo vastas competências legislativas. Por seu lado, na Alemanha de Bismarck, o art. 68º da Constituição de 1871 atribuía já ao Imperador a possibilidade de, «estando a segurança pública ameaçada na área da Federação, declarar um estado de guerra em qualquer parte dela». Todas estas atribuições constitucionais são sobretudo manifestações claras de que, na transição do século XIX para o século XX, a decisão da exceção perderá progressivamente o seu carácter excepcional, acabando por convergir com a prática governativa normal num processo geral que Carl Schmitt caracterizará, na sua conferência de 1942 sobre a “situação da ciência jurídica europeia”, como uma *motorização da legislação*.

Após a Primeira Guerra Mundial, a Constituição de Weimar, de 1919, é o caso paradigmático desta prática. O seu art. 48º atribuía ao Presidente do Reich a possibilidade de suspender direitos fundamentais e «encontrar as medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e ordem públicas, intervindo, se preciso for, com ajuda do poder armado». O recurso a este artigo torna-se na Alemanha, a partir de 1930, habitual, encontrando-se a governação dos três últimos chanceleres da República de Weimar - Brüning, Papen e Schleicher - fundada num estado de exceção que, longe de ser uma ocasião momentânea, provocada por uma guerra ou uma rebelião, se constituía antes como uma situação permanente de crise económica ou política. Nesta sequência, a 24 de Março de 1933, o governo de Hitler fará aprovar no parlamento alemão, por uma maioria qualificada, a “Lei de Habilitação” (*Ermächtigungsgesetz*), a qual, atribuindo ao chanceler e ao governo a possibilidade de legislar, abolia qualquer distinção entre “lei” e “decreto governamental” e, abrindo caminho para o “princípio nacional-socialista da liderança” (*Führerprinzip*), reduzia explicitamente o parlamento a mero suporte das

iniciativas legislativas governamentais, num estado que se poderia caracterizar, de um modo paradoxal, como um crescente “estado normal de exceção”. Na segunda metade do século XX, dir-se-ia que este processo de convergência entre exceção e norma tem o seu desenvolvimento numa crescente e generalizada transformação dos parlamentos das democracias liberais em mero apoio institucional para medidas governativas avulsas, numa geral confusão entre “leis” e “decretos-leis” e numa crescente habilitação dos governos para a determinação da ordem jurídica. Um tal desenvolvimento torna-se visível já não propriamente no aparecimento de um estado de exceção que, tornando-se permanente, se tende a normalizar, mas na emergência de uma concepção de norma que a torna indistinta da mera medida administrativa: neste contexto, a norma deixa de ser o resultado de uma decisão pessoal, responsável e justificável segundo um critério racional, transformando-se progressivamente, em geral, apenas num decreto fugaz, numa medida ocasional imposta pela imanência das circunstâncias, cujo aparecimento e desaparecimento é sempre, nessa medida, arbitrário e excepcional.

Alexandre Franco de Sá

→ exceção e norma; ditadura; poder

Bibliografia:

- Agamben, Giorgio, *Stato di Eccezione*, Bollati Boringhieri, Turim, 2003.
- Barion, Hans et al. (ed.), *Epirrhosis: Festgabe für Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlim, 1968.
- Benjamin, Walter, “Zur Kritik der Gewalt”, *Gesammelte Schriften*, II-1, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pp. 179-203.
- Derrida, Jacques, *Force de Loi*, Galilée, Paris, 1994 [trad. port.: *Força de Lei*, Campo das Letras, Porto, 2003].
- Duso, Giuseppe (ed.), *La Politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Arsenale, Veneza, 1981.
- Friedrich, Carl Jung, *Constitutional Government and Democracy*, Ginn, Boston, 1950.
- Kennedy, Ellen, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Duke University Press, Durham e Londres, 2004.
- Rossiter, Clinton, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Transaction Publishers, New Brunswick e Londres, 2004.
- Sá, Alexandre Franco de, *Metamorfose do Poder*, Ariadne, Coimbra, 2004.
- Saint-Bonnet, François, *L'État d'Exception*, PUF, Paris, 2001.
- Scheuerman, William E., *Carl Schmitt: The End of Law*, Rowman & Littlefield Publishers, Nova Iorque e Oxford, 1999.

- Schmitt, Carl, *Die Diktatur*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- Idem, *Politische Theologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Idem, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- Idem, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- Idem, *Staat, Grossraum, Nomos* (ed. Günter Maschke), Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- Schneider, Peter, *Ausnahmezustand und Norm*, Deutsche Verlags-anstalt, Stuttgart, 1957.
- Schwab, George, *The Challenge of the Exception*, Greenwood Press, Nova Iorque, 1989.
- Tingsten, Herbert, *Les Pleins Pouvoirs: l'Expansion de Pouvoirs Gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Stock, Paris, 1934.