

E quando não couber falar em estado de exceção? Ilegalismos e contrarrevolução como ferramentas para analisar problemas jurídicos

When it is not possible to talk about state of exception? Illegalisms and counterrevolution as tools for legal problems

David Barbosa Oliveira¹

Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil
david.oliveira@ufc.br

Resumo

Estetrabalho objetiva pensar problemas jurídicos fora do binômio estado de direito-estado de exceção. Para tanto, lançaremos mão de metodologia eminentemente bibliográfica. Inicialmente, explicaremos as teorias sobre o estado de exceção, passando por Carl Schmitt, Walter Benjamin e Giorgio Agamben. Nessa explanação, analisaremos seus pontos de contato, oposição e influência. Após, apresentaremos teorias fora do estado de exceção como o ilegalismo de Michel Foucault e a contrarrevolução de Bernard Hacıoğlu. Como resultado, encontramos que as teorias apresentadas como alternativas ao estado de exceção são melhores para analisar problemas jurídicos dentro do estado de direito.

Palavras-chave: Estado de exceção, Ilegalismo, Contrarrevolução.

Abstract

This work aims to think about legal problems outside the binomial state of law-state of exception. For this, we will use an eminently bibliographic methodology. Initially, we will explain the theories about the state of exception, passing through Carl Schmitt, Walter Benjamin and Giorgio Agamben. In this explanation, we will analyze your points of contact, opposition and influence. Afterwards, we will present theories outside the state of exception such as Michel Foucault's illegalism and Bernard Hacıoğlu's counterrevolution. As a result, we find that the theories presented as alternatives to the state of exception are better for analyzing legal problems

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade da Universidade Federal do Ceará (FEAAC-UFC). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

within the rule of law.

Keywords: State of exception, Illegalism, Counterrevolution.

Introdução

Atualmente, muitas explicações sobre os paradigmas contemporâneos são explicados pela teoria do estado de exceção (Agamben, Schmitt, Benjamin). Qualquer excesso dos poderes constituídos, interpretações *contra legem*, abuso policial são lidos como um ato do soberano e encaixados na teoria do estado de exceção. Acabamos, deste modo, tendo uma teoria totalizante que alberga tudo sob seu esquema e findamos por ver soberanos e suspensão de lei como explicação para todos os problemas jurídicos e políticos.

O problema dessa estratégia de explicação do mundo é que, ao forçar a adequação da realidade à teoria, põe a teoria como solução de problemas para a qual não foi pensada. A teoria do estado de exceção não possui ferramentas para solucionar todos os problemas do descompasso entre o Direito e sua não aplicação. Há casos em que não se trata de suspensão de lei e aplicação de outra norma no caso concreto por um soberano, mas de disputa sobre os limites de sentidos do que pode ser realizado dentro do campo da legalidade.

Neste sentido, observamos que a explicação das teorias de estado de exceção é binária, estabelecendo uma alternância entre regra e exceção. Estabelecem de antemão o normal e o que rompe com o normal. Entendemos que propostas que afirmam que a exceção virou regra nos Estados modernos ou que o espaço entre regra e exceção é indiscernível se inserem na polaridade estado de exceção/estado de direito. Nosso judiciário, por exemplo, ao tensionar os limites do estado de direito, mudando de orientação repentina e, por vezes, casualmente, não consegue ser explicado pela teoria do estado de exceção. Essa binariedade, por conseguinte, não dá conta do gradiente explicativo existente entre regra e exceção que é o que nos interessa neste espaço. Nosso objetivo, neste artigo, é apresentar alternativas teóricas aos estudos do judiciário dentro, ou não, do estado de exceção.

Deste modo inicialmente trataremos de expor as reflexões sobre estado de exceção em Schmitt, Benjamin e Agamben, especialmente realizando distinções entre os entendimentos que esses autores possuem sobre os limites entre direito e política, bem como acerca do próprio conceito e do *telos* do estado de exceção. Em seguida, agrupamos duas teorias que indicam um distanciamento do binômio estado de exceção/estado de direito, quais sejam: o ilegalismo de Foucault e a contrarrevolução de Harcourt.

A partir de pesquisa eminentemente bibliográfica, nossa hipótese é que a compreensão dicotômica estado de exceção/estado de direito não dá conta de determinadas situações e, mais ainda, que utilizar o estado de exceção para analisar tais fenômenos pode ser inadequado. Entendemos, assim, que existem situações políticas excepcionais nas quais o aparato jurídico e político do estado de direito é utilizado para a implementação de soluções à margem do entendimento ordinário, degradando direitos individuais e espaços democráticos, não se

encontrando, contudo, no modelo do estado de exceção.

Estado de exceção

A teoria do estado de exceção recebeu, nos últimos anos, muita atenção dos acadêmicos brasileiros. A grande maioria das explicações dos abusos por parte do Estado acaba por utilizar as teorias de exceção para responder aos problemas nacionais. Neste diapasão, principalmente, a partir com a afirmação de Agamben e de Benjamin de que a exceção virou a regra, esta teoria saiu do Direito Constitucional e passou a tratar também do Direito Financeiro, do Direito Econômico, do Direito Penal, do Direito Sanitário, do Direito Administrativo e da Criminologia, dentre outros.

Pode-se dizer que há uma inflação teórica onde a teoria do estado de exceção passa a ser a regra nas explicações dos desvios na aplicação da norma. Problemas que envolvem não apenas o executivo, mas também o judiciário, passam a ter como referência a lógica do estado de exceção, pondo o magistrado ou a corte como soberano ou como instrumento deste. Importante aqui entender que, a teoria do estado de exceção carrega consigo uma lógica limite que afere eficácia ao Direito, a seus agentes e a suas instituições, estando, pois, no cerne do que se compreende como soberania.

Essa situação limite em que se decide a validade do ordenamento e garante cumprimento às decisões estatais é fundamental para entendermos a relação entre poder e direito. Esse limite entre poder e direito será tratado de modo distinto entre Benjamin, Schmitt e Agamben, até porque o primeiro, a despeito dos demais, está preocupado com o pensamento revolucionário, enquanto Schmitt e, por consequência, Agamben assertam sobre o pensamento contrarrevolucionário. O que se encontra por trás da discussão sobre esse limite é o fundamento do Estado, o poder que assegura ao soberano agir e ter sua decisão obedecida.

Essa situação limite é pensada por Benjamin a partir do significado de *gewalt*. Segundo Seligmann-Silva (2005) *gewalt*, carrega consigo uma “indecidibilidade”, pois significa tanto poder quanto violência e, no pensamento benjaminiano, um não existe sem o outro. Em Benjamin (1986), a função do poder-violência, na institucionalização do direito, estabelece não um fim livre e independente de violência (*Gewalt*), mas um fim necessário e intimamente vinculado a ela, sob o nome do poder (*Macht*). Há então, nessa relação, um uso e uma dependência fundamental do Direito à violência e ao poder. Isso porque para alcançar seus fins o Direito necessita da violência que funda o ordenamento, bem como da que conservar o poder.

Para Benjamin, é certo que, “nos primórdios, legislar (*Recht*) tenha sido um privilegiar (*Vor'-recht*) os reis ou os grandes, em suma: os poderosos. E assim será, *mutatis mutandis*, enquanto existir o direito” (1986, p. 172). O Direito constitui a vontade de permanência dos vitoriosos no poder que usaram a violência para conservar o *status quo*. Benjamin traz aqui algo muito relevante que é a função da violência na instituição e conservação do Direito, pois ele encerra em si esse poder/violência. A violência é o que garante, institui e mantém o Direito. Assim, a institucionalização do direito é a institucionalização do poder e, nesse sentido, um ato de manifestação da violência.

Esse aspecto da instituição do Direito também aparece em Schmitt através do termo

soberania. A definição atribuída ao conceito de soberania pode ser entendida como um conceito-limite em si-mesmo (SCHMITT, 1996). Podemos afirmar, por conseguinte, que ele não está interessado em problemas ontológicos, seu foco na efetivação da vontade de quem deve tomar as decisões sobre os aspectos essenciais da vida política. A decisão sobre a exceção, por exemplo, é uma decisão no sentido eminente para Schmitt (1996). Isso significa dizer que essa decisão é o limite através do qual vemos para além da norma jurídica, vemos a verdadeira norma, a decisão que institui o ordenamento e defende do perigo à existência do próprio Estado. A verdadeira decisão não se subsume às normas vigentes.

A vida política e jurídica, para Schmitt, passa a ser regida, portanto, não pela regra, mas pelo que lhe escapa. Em posição diametralmente oposta a de Benjamin, Schmitt entende que a essência da soberania estatal reside “não como um monopólio da força ou do domínio, mas, juridicamente, como um monopólio da decisão, em que a palavra ‘decisão’ é empregada num sentido genérico, passível de um maior desdobramento” (1996, p. 93). O soberano, que é representado em Benjamin pela violência, situa-se “externamente à ordem legal vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição” (SCHMITT, 1996, p. 88). Estando assim, ao contrário do que dispõe Benjamin (1986), não fora e além do Direito, mas ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento. Esse pensamento se altera um pouco em Agamben (2004), pois para ele não é uma questão de estar dentro e fora, mas de não conseguirmos discernir, nessa zona onde o soberano toma as decisões fundamentais, o que é dentro e fora.

Outro ponto fundamental para pensarmos o pensamento de exceção é o que significa estado de exceção. Na teoria schmittiana, como se sabe, o estado de exceção está intimamente ligado à ideia de Soberania. Para Schmitt, “soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção” (1996, p. 87), sendo a norma do caso suspensa e havendo a aplicação, no caso específico, de outra norma pelo soberano. Entretanto, “mesmo assim, o caso de exceção continua acessível ao reconhecimento jurídico, porque ambos os elementos, tanto a norma quanto a decisão, permanecem no âmbito jurídico” (SCHMITT, 1996, p. 92). Isso significa dizer que para Schmitt, ao contrário de Benjamin, a exceção (violência) é incluída no Direito. A decisão soberana que suspende o ordenamento e impõe um novo Direito passa a fazer parte do ordenamento. Mas como sustenta Frankenberg (2018), na teoria schmittiana, o direito tem apenas uma importância secundária, pois a decisão soberana delimita não apenas sua validade, mas também os limites de sua interpretação.

Em Benjamin, a exceção é claramente uma ferramenta para trazer o Estado de volta à normalidade, pois “ao passo que o conceito moderno de soberania resulta no exercício pelo Príncipe de um poder executivo supremo, o do Barroco nasce de uma discussão sobre o estado de exceção, e considera que impedi-lo é a mais importante função do Príncipe” (1984, p. 89). Essa afirmação já põe a teoria de Benjamin muito distante da de Schmitt. Esse ponto de vista, não é privativo do teatro barroco alemão, pois ele se funda em certas concepções de direito constitucional e explica a ordem política do século XVII. De acordo com Weber, “*the primary representation and representative of history in the baroque age, however, is the sovereign: the sovereign represents history. He holds the course of history in his hand like a scepter*” (1992, p. 6). A vocação utópica do tirano (soberano de Schmitt), durante o estado de exceção, é então a de

substituir as incertezas da história pelas leis de ferro da natureza.

Mas, “o Príncipe, que durante o estado de exceção tem a responsabilidade de decidir, revela-se, na primeira oportunidade, quase inteiramente incapacitado para fazê-lo” (BENJAMIN, 1984, p. 94). Isso se dá porque a antítese entre o poder do governante e sua capacidade de governar acaba por conduzir a indecisão do soberano. Há, durante o estado de exceção, a necessidade de utilizar poderes que o ordenamento ordinário não possui, pois a situação que a história impõe ao detentor do poder é nova e fora do ordenamento. Essas forças, em Benjamin, são os instrumentos que tombam as estruturas consolidadas e instauram uma nova ordem. Em Benjamin (1986), a greve revolucionária, por exemplo, – possibilita a passagem do uso legítimo do direito, para a tentativa de se desestabilizar a própria ordem jurídica – é uma peça ínsita ao jogo do poder, do direito e da violência.

É importante perceber que Benjamin utiliza o conceito de soberano de Schmitt, mas lhe dá novo contorno. Weber, neste sentido, afirma que Benjamin, “*by contrast, describes the task of the sovereign in the very terms that Schmitt rejects: the sovereign is charged with the task of “excluding” the state of exception, den auszuschliessen*” (1992, p. 12). Excluir o estado de exceção é distinto de decidir sobre ele, daí porque Agamben concluir que essa alteração proposta por Benjamin leva a conclusão de que “o soberano não deve, decidindo sobre o estado de exceção, incluí-lo de modo algum na ordem jurídica; ao contrário, deve excluí-lo, deixá-lo fora dessa ordem” (2004, p. 87). Isso se dá porque em Benjamin o soberano é imanente e está enclausurado no Estado, ele é o senhor de tudo que está dentro do Estado, mas não existe fora deste; ao passo que, em Schmitt, o soberano transcende o Estado, estando também fora dele.

A teoria do estado de exceção de Agamben (2004) é pautada nas teorias de Carl Schmitt e Walter Benjamin. Há, contudo, distinção entre as teorias desses autores que devem ser trazidas à discussão, pois, para Carl Schmitt, a atuação do estado de exceção é sempre excepcional, ao passo que para Benjamin, em seu texto *Sobre o conceito da História*, a exceção torna-se uma regra na sociedade moderna. Benjamin leva às últimas consequências tanto o seu método como a sua concepção da história, a exceção é ruptura e revolução como explica Dymetman (2001). Ele constrói um conceito de história que corresponde ao fato de que a tradição dos oprimidos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade a regra geral. Diante do assombro com os episódios vivenciados no século XX e que ainda são possíveis de acontecer novamente, Benjamin (1987) nos empurra para a ação, apresentando a tarefa de originar um verdadeiro estado de exceção revolucionário contra o fascismo.

O estado de exceção, segundo Frankenberg (2018), é o dispositivo que deve expressar e manter unidos os dois lados da máquina jurídico-política, no limiar das indecisões entre vida e direito. Isso porque a decisão soberana que acompanha o estado de exceção liga como seu contraponto ou consequência o homem sujeito a esse poder, posto fora do direito, na zona de indecidibilidade soberana. Em outras palavras, “uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito” (AGAMBEN, 2004, p. 12). Aqui surge, outro conceito central de Agamben, a saber: a vida nua. Como em Agamben (2010) o estado de exceção institui o limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, na esfera da decisão soberana, suspende-se a lei e deixa-se o indivíduo sujeito a vida nua, a vida despida de todos os direitos. A vida é, enquanto

é, não é um valor em si mesmo, a vida é um meio, uma contingência.

Essa ideia de haver no ordenamento um território – campo (AGAMBEN, 2008; 2015) – alheio ao ordenamento, onde indivíduos são despidos de proteção jurídica dialoga com o conceito de político em Schmitt (2015) onde se distingue o amigo do inimigo, pois o nacional e o estrangeiro estão submetidos a diferentes estatutos jurídicos, principalmente ante o *jus belli*. Essa distinção extrema e antagônica entre os homens é determinada pelo Estado soberano que concentra em si a prerrogativa de decidir o conflito político (LIMA, 2011). Contudo, em Agamben (2010), o indivíduo sujeito ao espaço soberano é privado de proteção e pode ser tanto um estrangeiro quanto um nacional. Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio.

Ante essa exposição sobre estado de exceção, percebemos que as teorias propostas por Schmitt e Benjamin estão mirando situações limites que findam por teorizar a defesa da do *status quo* ou a derrocada dos poderes instituídos pelo poder revolucionário. Essas teorias levam, por consequência, a um debate sobre o Estado e a soberania. Ao contrário destas, o estado de exceção de Agamben parece, ao gravitar em torno de uma indecidibilidade, servir a qualquer situação em descompasso com a Lei, despotencializando tanto a crítica quanto a revolta. Decisões dentro do estado de direito passam a equivaler a um “estado de exceção” (RODRIGUEZ, 2021). A teoria de Agamben, deste modo, ao não se referir, como os demais, a uma situação limite, torna ordinária sua aplicação, passando a ser utilizada em simples casos de ilegalidade ou como justificativa de exegeses casuísticas.

Teorias fora do binômio regra-exceção

A exceção, como ensina Ferreira (2013), porque não pode ser subsumida, circunscrita ou antecipada, precisa ser declarada, ou melhor, decidida. No estado de exceção, há sempre uma ruptura com o processo legal, um temporário levantamento do paradigma liberal convencional. Contudo, no nosso entender, os problemas levantados pelas teorias de exceção se situam, como pudemos perceber no segmento anterior, sempre ante uma situação binária limite. A exceção é tirada como regra e tudo passa a valer como se a todo o tempo o soberano estivesse criando exceções e fundando uma nova ordem jurídica.

Nas teorias de exceção, há, portanto, uma lógica binária e antinômica que apresenta os problemas jurídicos ou como estando seguindo a regra ou criando uma exceção que o depõe ou suspende a norma ordinária pondo algo em seu lugar. Ou estamos em exceção, sob o arbítrio do soberano, ou estamos seguindo a regra e não é apresentado, nessa angulação, nenhum problema. É como se a entrada para explicar o Direito fosse a exceção.

Contudo, há problemas que se encontram no que vamos chamar de *gris*, ou seja, que não são resolvidos nos ordinários campos da dogmática jurídica, nem podem ser pensados como situações limite de situações excepcionais. Isso não quer dizer que se esteja aqui negando que os problemas expostos no tópico anterior existam. Busca-se aqui apresentar ferramentas que possibilitem trabalhar com novos problemas em situações de estado de direito, bem como encontrar respostas distintas em situações de exceção.

Nessa zona cinza não se trabalha com a tradicional visão transcendente do Direito. Os problemas são pensados a partir de pressupostos imanentes. Isso significa que pensaremos as teorias apresentadas sem usar de pressupostos de lógica jurídica, nem de deontologia. Neste sentido, para trabalhar os problemas entre os extremos, ou seja, tanto para trabalhar problemas dentro da exceção, quanto para analisar questões em situação de normalidade urge lançar mão de outras ferramentas. O escopo aqui é pensar nas táticas de governo e não de Estado para gerir o Direito. Para tanto, no próximo segmento, apresentaremos as teorias de gestão do ilegalismo, em seguida, o que Harcourt (2018) nomeia de contrarrevolução.

(a) Ilegalismo

Foucault, no curso do Collège de France, entre 1972 e 1973, ao tratar das “táticas finas de sanção” apresenta a teoria dos ilegalismos. Para Foucault (2015), o desenvolvimento do capitalismo gerou toda uma série de movimentos de sedição popular que tiveram como resposta, por parte da burguesia, um novo sistema de justiça e de punição. Para Thompson, segundo Fortes (1995), em todas as épocas, ao lado de um código legal, há um código popular que se estabelece, de modo que, na segunda metade do século 18, há uma tensão entre a legitimação popular e a repressão estatal à sedição popular. Partindo de Thompson (1987a e 1987b), Foucault avança ao afirmar, segundo Maia e Oliveira (2021, p. 6), que “o mecanismo que trouxe a formação desse sistema punitivo é mais profundo e mais amplo do que o simples controle da plebe”. Para Foucault (2001), *“Tout travailleur était un prédateur possible. Et toute création de plus-value était en même temps l'occasion, ou en tout cas la possibilité, d'une soustraction éventuelle*. Assim, a sedição popular, é um fenômeno mais perene que Foucault nomeia de ilegalismo popular.

Ilegalismo (*illégalisme*), neologismo criado por Foucault, como explica Souto (2010), contrasta com o conceito jurídico de ilegalidade e alude às práticas a favor e contrárias a ela. A tese de Foucault é que certas ações eram toleradas e até úteis, como se depreende da leitura de Thompson (1987a), entretanto, o ilegalismo que atuava inclusive desenvolvendo a economia, tornou-se incompatível com ele, pois, segundo Maia e Oliveira (2021, p. 8), “com o crescimento do poder nas mãos da burguesia, houve uma nova composição da gestão dos ilegalismos, reivindicando a burguesia o privilégio exclusivo de evitar a lei, controlando não só a aplicação, mas também a elaboração da lei”. A partir de então, o ilegalismo popular que se detém sobre os bens não é mais admitido e o ilegalismo dos direitos passa a correr à margem da lei (FOUCAULT, 1987).

O recurso ao conceito de ilegalismo, por Foucault, permitiu, segundo Lascoumes (1996), três importantes rupturas: uma conceitual, outra história e, por fim, uma referente à dominação social. A conceitual permite tensionar categorias jurídicas penais como infração, acusação e, da criminologia, a categoria delinquência. Essa primeira ruptura decorre da denunciar da falsa neutralidade entre ordem e desordem como fatos históricos estáveis e universais, bem como do ataque às categorias criminológicas que designam a justificativa da transgressão social aos determinantes interiores dos indivíduos. A ruptura histórica permitiu analisar as distintas práticas sociais que dialogam com as regras jurídicas. E, por fim, a ruptura de dominação social

que lança luz sobre a ocultação intelectual dos ilegalismos da burguesia como dispositivo contemporâneo de dominação.

Foucault cria uma ferramenta para pensar problemas jurídicos que normalmente não recebiam atenção, pois tradicionalmente o poder estatal se exprimiria na lei e esta era entendida como um estado de paz imposto às forças brutais, bem como o resultado de uma luta ganha pelos mais fortes (DELEUZE, 2019). Há, aqui, como explicam, Maia e Oliveira (2021, p. 14), “um pressuposto que a lei estancaria as disputas em torno do que deve ser controlado socialmente e em que sentido deve ser controlado. É como se a lei se opusesse à ilegalidade em um plano de estabilidade”. Foucault deixa evidente que abaixo da lei não há paz e harmonia, mas disputa, luta e guerra. É um delírio se conduzir e ler o sistema de justiça como um sistema que aplica e interpreta a lei indistintamente. As leis são forças que encontram resistências dentro e fora do sistema de justiça. Somente uma ficção teórica, de acordo com Maia e Oliveira (2021, p. 15) “pode nos levar a acreditar que aderimos, de uma vez por todas, à lei da sociedade à qual pertencemos, sem escusas, sem pausas, resistências ou suspensões”.

Em Foucault, o Estado, a Lei e o Direito estão submetidos a uma agonística de forças sociais. Por meio da noção de *ágon* (MOTA, 2018), é possível pensar a Lei dentro de uma teoria das forças. Diversas forças influenciam o que o Direito pode dizer, pois, segundo Foucault (2008, p. 9), “sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar qualquer coisa”. Isto se explica porque os discursos estão atravessados por forças que disputam a fala legítima, hegemônica. O Direito não está afastado destas forças, estando a Lei e seu sentido em disputa, possibilitando, nesse espaço móvel e movediço, a compreensão de como as normas são produzidas. Assim, longe de a Lei estabelecer um espaço harmônico em que os conflitos estariam superados, há, em verdade, disputas em torno do que é estabelecido como legal e ilegal. O ilegalismo se debruça sobre as disputas de forças sobre os limites do que é legal e ilegal.

A produção da norma jurídica carrega consigo um plano tático de ilegalismos para além da delimitação entre legal e ilegal. O discurso liberal encobre e recobre o mapa estratégico das lutas, da guerra, mas “o mapa dos ilegalismos continua a trabalhar sob o modelo da legalidade” (DELEUZE, 2019, p. 36). O liberalismo, por meio da legalidade, não assegurou tratamento isonômico entre os cidadãos, a igualdade formal é uma quimera. Não há um único modo de aplicar a Lei, havendo uma gestão por partem dos atores jurídicos em torno dos limites do que é dito por ilegal e legal. A gestão dos ilegalismos estabelece, a cada momento, o que são os direitos.

É importante perceber a porosidade, dentro do ilegalismo, entre o legal e o ilegal. Leis, codificações e regras formais, de acordo com Telles, “têm efeitos de poder, circunscrevem campos de força e é em relação a elas que essa transitividade de pessoas, bens e mercadorias precisa ser situada” (2010, p. 101). Na verdade, é nas suas dobras entre o ilegal e o legal que se percebe os jogos de poder, as relações de força e campos em disputa. São campos de força, de acordo com Azaïs, Kessler e Telles, que “se redefinem e se refazem conforme a vigência de formas variadas de controle e também, ou sobretudo, os critérios e procedimentos de incriminação dessas práticas e dessas atividades, oscilando entre a tolerância, a transgressão consentida e a repressão” (2012, p. 34).

Foucault, segundo Telles (2010), desloca a discussão da estéril binaridade legal/ilegal para os modos como as leis operam. Assim, em Foucault (2015), não se pode analisar uma lei sem a situar no campo real de ilegalismo em que funciona. Uma lei só se aplica dentro de um campo de ilegalismos que a sustenta. Os ilegalismos permitem perceber que, no regime geral da sociedade e do Estado, algumas leis são para serem obedecidas e outras para serem ignoradas. Neste sentido, como explica Ewald, “os ilegalismos são o motor das transformações na tecnologia do poder” (2000, p. 44), pois, segundo Maia e Oliveira (2021, p. 17) “a delimitação do que pode ser dito pelo Direito é uma chave para controlar a batalha pelo Estado”.

Segundo Fonseca, entre o que é “estabelecido pela lei e as ilegalidades que são praticadas, não se interpõe um sistema punitivo absolutamente neutro: o que ocorre é que nem toda prática ilegal deve ser punida e, no sentido inverso e ao mesmo tempo proporcional, nem toda lei deve ser respeitada” (2012, p. 132). Assim, a tolerância do sistema legal a certas ilegalidades, em determinado momento, como ensinam Maia e Oliveira (2021, p. 18) “está no centro desse debate, ou seja, a mesma conduta, em certo momento, é aceita e até incentivada e, em outro, é perseguida e coibida”. Os jogos de força a que está submetida a produção da norma jurídica, então, determinam quem será punido, perseguido, expurgado e o quê será ignorado. Delimitado teoricamente o que é o ilegalismo de Foucault, passemos a seguir à contrarrevolução.

(b) Contrarrevolução

A contrarrevolução teorizada por Bernard Harcourt é pensada para as ações dos países do norte após o ataque de 11 de setembro nos Estados Unidos. A contrarrevolução é um novo paradigma de governo que aplica técnicas desenvolvidas durante as guerras coloniais que buscavam apaziguar as resistências a ocupação estrangeira (contra insurgência) para as bordas internas dos países (HARCOURT e SCHMALZ, 2018). A contrarrevolução tem sua gênese na dominação colonial, pois, nunca se deve esquecer, segundo Foucault (1999), que a colonização, com suas técnicas e suas armas políticas e jurídicas, transportou modelos europeus para outros continentes, mas também trouxe toda uma série de modelos coloniais de volta a metrópole. Assim, as ações aplicadas pelo Estado contra populações estrangeiras passam a ser aplicadas à população nacional.

O pensamento de Harcourt problematiza, mais de perto, as ações de dominação do século passado. Segundo Harcourt (2018b), as técnicas para conter ações de guerrilha dos anos 60 transbordaram para o reino doméstico. Deste modo, apesar da ausência de qualquer levante doméstico, o Estado passa a aplicar as táticas de controle de contra insurgência externa contra seus próprios cidadãos. Não visa a uma minoria rebelde - uma vez que nenhuma realmente precisa existir -, mas em vez disso, cria a ilusão de uma minoria ativa que pode influir para atingir grupos e comunidades específicas, governando toda a população com base em um modelo de guerra.

O paradigma, contudo, foi refinado, sistematizado e atingiu um novo estágio: a completa e sistemática domesticação da contrainsurgência contra uma população doméstica. A contrarrevolução opera por meio de três estratégias principais que, quando aplicada, pode ser recapitulada do seguinte modo: 1) conscientização total da informação de toda a população; 2)

identificação ou fabricação de uma minoria ativa amorfa e mal definida; 3) conquista das mentes dos compatriotas.

A estratégia para realizar tal façanha não é o uso nem da criação de um estado de exceção, nem da gestão dos ilegalismos, mas da legalização das ilegalidades. Em vez de suspender a lei e aplicar outra no caso concreto (ou aplicar normas dentro de uma zona de anomia) ou ainda de gerir os limites dos ilegalismos, aqui, há por meio de decisões, memorandos ou pareceres a inserção no campo do legal de medidas antes ilegais. Essa transformação de ações ilegais em legais acontece em nome da segurança interna, são ações que se justificam “em nome de um bem maior”. De acordo com Harcourt (2018b), a contrarrevolução transforma ilegalismos em legalidades. Não se trata, portanto, de pensar em gestão de espaços informais, cláusulas abertas, disputas hermenêuticas, mas de pensar como se opera essas legalizações.

Por meio dessa nova forma de governar, há reflexos e ecos da tensão herdada da teoria da contra insurgência inicial que se traduz agora em práticas que se situam entre a brutalidade e a legalidade. Isso pode ser percebido, nos países do Norte, através dos ataques de *drones* direcionados e de operações especiais, interrogatórios torturantes, da violência e da resposta militarizada da polícia e do Estado aos concidadãos. Esta violência não é excepcional ou aberracional, é parte integrante do novo paradigma de governo que concilia a brutalidade com a legalidade. A necessidade de vigilância e detenções funciona precisamente por meio de transformar, segundo Harcourt (2018), as lacunas e ambiguidades da lei em torno do direito de bisbilhotar ou mesmo relativizar direitos fundamentais individuais por meio de práticas legalmente aprovadas ou legalizadas. Contudo, longe da contrarrevolução *estado-unidense* que é realizada por meio de instrumentos estatais e de multinacionais por meio de aplicativos e sistema de comunicação (BROOKS, 2018), no Brasil, a tentativa de controle é realizada apenas pelo Estado por meio de dossiês e “arapongagem”.

A legalidade, como sabemos, serve a muitos senhores. A contrarrevolução, altera o campo da ilegalidade e, nesse caso, busca pôr os agentes do Estado fora do alcance da lei, pondo a sociedade fora da proteção legal, por meio, por exemplo, do direito de legítima defesa ou de excludente de ilicitude legalmente aprovados. O Estado faz tudo para que certas ilegalidades fiquem em conformidade com a lei, bem como para posicionar a lei em conformidade com a ilegalidade (HARCOURT, 2018b). Deste modo, nada disso viola o estado de direito ou transgride os limites do liberalismo. Com a legalização das práticas de contrarrevolução, a justiça passa a se conformar com esse novo paradigma.

O problema com as técnicas de contrarrevolução passa a não ser mais de suspender a norma ou agir em uma zona de anomia, nem muito menos de gerir as informalidades ou as cláusulas abertas, mas de alargar o que é legal, de dar novos limites ao Estado de Direito, pois tudo passa a estar dentro dos milites da lei. Uma vez ingressando no sistema legal, observando todos os procedimentos necessários e sendo validado, por razões de segurança ou ante outra razão imperiosa, pelos tribunais superiores entramos em um debate não sobre o estado de exceção, mas sobre o próprio estado de direito.

Para Harcourt (2018b), é um modelo que legaliza práticas ilegais, validando-as e, assim, produz um sistema jurídico coerente. Não se baseia em ilegalidades excepcionais, mas em formas recorrentes do que pode se chamar de legalizações, ou mesmo legalidades. A dicotomia

estado de direito versus estado de exceção simplesmente não existe aqui. Todas as estratégias da contrarrevolução são formalizadas e legalizadas. Assim, na contrarrevolução, como explica Harcourt, ilegalismos e ilegalidades são invertidos, pois em vez das camadas sociais privilegiadas, que transformam ilegalismos populares em ilegalidades, o Estado torna seus próprios ilegalismos em legalidades.

Essa é uma característica específica do processo de contrarrevolução, pois o objetivo do Estado passa a ser não gerir ilegalismos da sociedade, mas os seus. O Estado então passa a criar estratégias e um campo legal para agir e controlar a sociedade. Os atos de excludente de ilicitude servem para privar os tomadores de decisão da responsabilidade, justificando a morte legalmente, não os vinculando ou os responsabilizando quanto ao resultado de suas ações (HARCOURT, 2018b). Assim, ingressando para o campo da legalidade as mortes deixam de ser externalidades morais ou políticas, passando a ser números, não havendo controle nem do policial, nem do político, nem do magistrado. A legalidade criada não é, então, para balizar a sociedade, mas para informar o campo de legalidade de seus agentes.

Conclusões

A preocupação, deste artigo, foi tanto pensar a aplicação atual das teorias do estado de exceção, quanto apresentar limites ao uso dessa teoria e, por fim, apresentar algumas teorias que podem ser utilizadas em problemas jurídicos que estão em uma zona cinza entre a normalidade e a exceção. Para tanto, esboçamos as principais abordagens ligadas a ideias de estado de exceção em Benjamin, Schmitt e Agamben, buscando apontar as diferenças, semelhanças, continuidades e rupturas entre eles a fim de delimitar esse campo de estudo, bem como as suas possibilidades de pesquisa.

Feito isso apresentamos algumas dificuldades que percebemos na inflação do uso dessas teorias como no fato de, no estado de exceção, haver sempre uma ruptura com o processo legal, o que deixa de fora várias possibilidades de problemas jurídicos. Outra questão, decorrente da anterior, decorre do fato de o estado de exceção atuar dentro de uma lógica binária (regra-exceção) pondo de lado fenômenos que se sucedem dentro da exceção e fora desta. Por fim, apresentamos duas possibilidades de análise no campo teórico que está próximo aos problemas do estado de exceção, a saber: a gestão de ilegalismos e a contrarrevolução. O ilegalismo e a contrarrevolução atuam, dentro do estado de direito, em uma zona cinza entre a possibilidade de exceção e a normalidade.

A gestão de ilegalismo possibilita pensar as zonas de indeterminação dentro do direito como cláusulas de conteúdo aberto, informalidades, disputas hermenêuticas percebendo como as forças sociais acomodam as decisões e os interesses em curso. Perceber o jogo entre as forças sociais, em torno da decisão judicial, permite ter em mãos ferramentas uteis para verificar, no Brasil, mudanças bruscas de precedentes nos tribunais superiores – mudança de entendimento sobre a prisão em segunda instância (D'AGOSTINO; OLIVEIRA, 2020), bem como inação repressiva dos agentes de segurança, do *parquete* do judiciário ante determinados atores políticos e empresários, como pode ser percebido no escândalo das “rachadinhas” no

parlamento carioca (GUIMARÃES;FREIRE; MARTINS; JÚNIOR; DIAS; TELES; DUARTE, 2020).

A contrarrevolução, por outro lado, é um instrumento que, ao invés de perceber como os ilegalismos são gerados na sociedade, possibilita que o Estado gerencie as ilegalidades de seus agentes, trazendo para o campo da legalidade as ilegalidades dos agentes públicos. A contrarrevolução pode ser observada, no Brasil, através de tentativas de vigilância da população praticadas pelo próprio Estado como no caso do dossiê antifascista produzido pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2020b) e do Decreto 10.445/2020 que facilitou o acesso do executivo de dados sigilosos produzidos pela Abin (BRASIL, 2020c), bem como iniciativas de exclusão da ilicitude de militares em operação de Garantia da Lei e da Ordem ou de policiais militares e federais (BRASIL, 2020d), bem como de agentes do Estado diante da pandemia do COVID-19 (BRASIL, 2020a).

Bibliografia

- AZAÏS, C.; KESSLER, G.; TELLES, V. da S. (Orgs.). 2012. *Ilegalismos, cidade e política*. Belo Horizonte, Fino Traço.
- AGAMBEN, G. 2004. *Estado de exceção*. 2 ed. São Paulo: Boitempo.
- _____. 2010. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2. ed. Belo Horizonte, Editora UFMG.
- _____. 2015. *Meios sem fins: notas sobre a política*. Belo Horizonte, Autêntica.
- _____. 2008. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. São Paulo, Boitempo.
- BBC. *STF confirma anulação de condenações da Lava Jato contra Lula*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56768338>>. Acesso em: 15mar. 2021.
- BENJAMIN, W. 1986. *Documentos de cultura. Documentos de barbárie: escritos escolhidos I*. São Paulo, Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo.
- _____. 1987. *Obras escolhidas. Vol. 1. Magia e técnica, arte e política. Ensaaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo, Brasiliense.
- _____. 1984. *Origem do drama barroco alemão*. São Paulo, Brasiliense.
- BIGNOTTO, N. 2008. Soberania e Exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion*, **118**:401-415.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. *Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>>. Acesso em: 11 set. 2023a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. *Ministra Cármen Lúcia vota para proibir Ministério da Justiça de elaborar dossiê contra antifascistas*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449906&ori=1>>. Acesso em: 11 set. 2023b.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Imprensa. *STF impõe limites ao compartilhamento de dados do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin)*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449549&ori=1>>. Acesso em: 11 set. 2023c.

- BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei. *Estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem e aos integrantes dos órgãos a que se refere o caput do art. 144 da Constituição e da Força Nacional de Segurança Pública, quando em apoio a operações de Garantia da Lei e da Ordem*. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/PL_NORMAS_APLICAVEIS_AOS_MILITARES.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023d.
- BROOKS, R. 2018. When counterinsurgency tactics move from the battlefield to the home front. *The Washington Post*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/outlook/2018/03/16/cd54abba-1b36-11e8-ae5a-16e60e4605f3_story.html>. Acesso em: 11 set. 2023.
- DELEUZE, G. 2019. *Foucault*. São Paulo, Brasiliense.
- _____. 2018. *Nietzsche*. Lisboa, Edições 70.
- DYMETMAN, A. 2001. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. *Lua Nova*, **53**:115-134.
- EWALD, F. 2000. *Foucault, a Norma e o Direito*. Lisboa, Veja.
- FERREIRA, B. 2013. O Totalmente Outro: Alguns aspectos da Crítica de Carl Schmitt ao Liberalismo. *Ágora filosófica*, **13**(1):139-168.
- FONSECA, M. A. da. 2012. *Michel Foucault e o direito*. 2 ed. São Paulo, Saraiva.
- FOUCAULT, M. 2001. À propos de l'enfermement pénitentiaire. In: Id., *Dits et écrits I*. Paris: Quarto/Gallimard, p.1303-1313.
- _____. 2008. *A ordem do discurso*. São Paulo, Edições Loyola.
- _____. 2015. *A sociedade Punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)*. São Paulo, WMF Martins Fontes.
- _____. 1999. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo, Martins Fontes.
- _____. 1987. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Petrópolis, Vozes.
- FRANKENBERG, G. 2018. *Técnicas de estado: perspectivas sobre o estado de direito e o estado de exceção*. São Paulo, Editora Unesp.
- MAZUI, G. 2019. *G1. Bolsonaro prevê enviar nesta 4ª projeto para isentar militar de pena em operações de segurança. Segundo presidente, proposta a ser enviada ao Congresso prevê o excludente de ilicitude para militares das Forças Armadas e policiais militares, civis, federais e rodoviários federais*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/20/bolsonaro-diz-que-pode-enviar-nesta-quarta-ao-congresso-projeto-que-preve-excludente-de-ilicitude-para-agentes-em-glos.ghml>>. Acesso em: 11 set. 2023.
- D'AGOSTINO, R.; OLIVEIRA, M. 2019. *G1. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e derruba prisão após condenação na 2ª instância. Com a decisão, réus condenados só poderão ser presos após o trânsito em julgado, isto é, depois de esgotados todos os recursos. Antes disso, somente serão permitidas as prisões preventivas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/07/por-6-votos-a-5-stf-muda-de-posicao-e-derruba-prisao-apos-condenacao-na-2a-instancia.ghml>>. Acesso em: 15mar. 2023.
- GUIMARÃES, A.; FREIRE, F.; MARTINS, M. A.; JÚNIOR, C.; DIAS, D.; TELES, L.; DUARTE, H. 2019. *G1. MPRJ investiga 27 deputados e 75 assessores; veja movimentações suspeitas e o que eles dizem*.

Em um dos casos, ex-assessor movimentou valor 35 vezes maior que o próprio salário. TV Globo localizou assessores de alguns deputados para questionar sobre as movimentações. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/01/21/mprj-investiga-27-deputados-e-75-assessores-veja-movimentacoes-suspeitas-e-o-que-eles-dizem.ghml>>.

Acesso em: 15 mar. 2023.

HARCOURT, B. E. 2018. *The counterrevolution: how our government went to war against its own citizens*. New York, Basic Books.

HARCOURT, B. E.; SCHMALZ, D. The Phantom Insurrection: how Counter-Insurgency Theory Became a Paradigm of Governing. *Verfassungsblog: on matters constitutional*. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/the-phantom-insurrection-how-counter-insurgency-theory-became-a-paradigm-of-governing/l>>. Acesso em: 11 set. 2023.

LASCOUTES, P. 1996. L'illégalisme, outil d'analyse. *Société & Représentation*, **1996**:78-84.

LIMA, D. R. 2011. O conceito do político em Carl Schmitt. *Argumentos*, **3**(5):164-173.

MAIA, G. L.; OLIVEIRA, D. B. de. 2021. A gestão de ilegalismos de Foucault como categoria de análise de questões jurídicas no Brasil. *Seqüência*, **42**(89):1-25.

MOTA, T. 2008. O Trágico e o Agôn em Nietzsche. *Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche*, **1**(2):79-92.

RODRIGUEZ, J. R. 2021. *Estado de exceção: um conceito-ônibus*. Disponível em: <<https://joserodrigorodriguez.medium.com/estado-de-exce%C3%A7%C3%A3o-um-conceito-%C3%B4nibus-2cbc0cf8fe30>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

SCHMITT, C. 1996. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo, Sentia.

_____. 2008. *O Conceito do Político/Teoria do Partisan*. Belo Horizonte, Del Rey.

_____. 2015. *O conceito de político*. Lisboa, Edições 70.

SELIGMANN-SILVA, M. 2005. Walter Benjamin: o Estado de Exceção entre o político e o estético. *Outra travessia*, **5**:25-38.

SOUTO, C. A. T. 2010. Direito e ilegalismos: reflexões sobre a normalização na obra de Michel Foucault. *Kínesis*, **II**(04):23-39.

TELLES, V. da S. 2010. Nas dobras do legal e do ilegal: Ilegalismos e jogos de poder nas tramas da cidade. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, **2**(5-6):97-126

THOMPSON, E. P. 1987a. A formação da classe operária. Vol. I. Rio de Janeiro, Paz e Terra,

_____. 1987b. A formação da classe operária. Vol. III. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

WEBER, S. 1992. Taking Exception to Decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt. *Diacritics*, **22**(3/4):5-18.

Submetido: 17/05/2021

Aceito: 12/08/2024