

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” CENTRO
UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

**ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO:
FRONTEIRAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA**

MARÍLIA
2014

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ESTADO EXCEÇÃO:
FRONTEIRAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador:

Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

MARÍLIA
2014

RAMIRO, Caio Henrique Lopes.

Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção: fronteiras da racionalidade jurídica / Caio Henrique Lopes Ramiro; orientador: Oswaldo Giacoia Junior. Marília, SP: [s.n], 2014.

197 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito. Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2014.

1. Estado Democrático de Direito 2. Estado de Exceção 3. Forma Jurídica 4. Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica 5. Giorgio Agamben.

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO:
FRONTEIRAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, ____ de _____ de 2014.

Dedico este trabalho ao professor Oswaldo Giacoia Junior, pela paciência na orientação, mas, acima de tudo, pelo respeito e amizade, nesse sentido talvez a arte me ajude nessa singela homenagem, pois ela se dá “ao Mestre com carinho” e espero que esta contribuição de pesquisa e, também anseio, ao debate, esteja minimamente digna de sua orientação e, nesse momento, valho-me das palavras imortais do poeta para dizer:

“Meu mestre e meu guia!

A quem nenhuma coisa feriu, nem doeu, nem perturbou,
Seguro como um sol fazendo o seu dia involuntariamente,
Natural como um dia mostrando tudo,

Meu mestre, meu coração não aprendeu a tua serenidade.

Meu coração não aprendeu nada.

Meu coração não é nada,

Meu coração está perdido.

Mestre, só seria como tu se tivesse sido tu.

Que triste a grande hora alegre em que primeiro te ouvi!

Depois tudo é cansaço nesse mundo subjetivado,

Tudo é esforço nesse mundo onde se querem coisas,

Tudo é mentira nesse mundo onde se pensam coisas,

Tudo é outra coisa nesse mundo onde tudo se sente.

Depois, tenho sido como um mendigo deixado ao relento

Pela indiferença de toda a vila.

Depois, tenho sido como as ervas arrancadas,

Deixadas aos molhos em alinhamentos sem sentido.

Depois, tenho sido eu, sim eu, por minha desgraça,

E eu, por minha desgraça, não sou eu nem outro nem ninguém.

Depois, mas por que é que ensinaste a clareza da vista,

Se não me podias ensinar a ter a alma com que a ver clara?

Por que é que me chamaste para o alto dos montes

Se eu, criança das cidades do vale, não sabia respirar?

Por que é que me deste a tua alma se eu não sabia que fazer dela

Como quem está carregado de ouro num deserto,

Ou canta com voz divina entre ruínas?

Porque é que me acordaste para a sensação e a nova alma,

Se eu não saberei sentir, se a minha alma é de sempre a minha?”

Álvaro de Campos (Fernando Pessoa)

AGRADECIMENTOS

Inúmeras pessoas colaboraram comigo no decorrer dessa jornada. Aliás, por mais que possamos pensar que uma jornada ou um trabalho acadêmico seja individual e feito de forma solitária, penso que este trabalho só foi possível devido à comunhão de esforços materiais e espirituais de incontáveis pessoas, das quais citarei alguns nomes que me recorrem nesse momento.

Em primeiro lugar, agradeço ao povo brasileiro “representado” pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pela bolsa de pesquisa que me permitiu dedicação exclusiva ao projeto apresentado ao programa de mestrado em direito. Sem esse incentivo penso que o trabalho não seria possível. Por ser oportuno nesse momento, agradeço aos professores que integraram a Comissão de Avaliação dos projetos para a concessão de bolsa, em especial o professor Nelson Finotti, pois, devido a sua seriedade acadêmica, minha entrevista se fez uma banca de defesa de meu projeto, o que sem dúvida engrandece os trabalhos desta comissão e legítima o trabalho ora apresentado, muito obrigado professor, em nome do qual rendo minhas homenagens aos demais integrantes.

Um especial agradecimento, mais uma vez, a Andressa Nakano, minha companheira, minha primeira leitora, por estar sempre ao meu lado e fazer com que eu compreenda que para avançar precisamos ter um pouco de paciência. Não sei se consigo retribuir e mesmo sou digno de tanto amor e compreensão, em especial nos momentos de ausência, mas sei que tu podes contar comigo e como diz nosso querido Maiakóviski “é preciso arrancar alegria ao futuro”, aqui registro meu mais afetuoso agradecimento. Em teu nome Andressa agradeço a teus pais, Sérgio e Ana, ao Fernando, a Vanessa, a Débora e em especial aos meus queridos sobrinhos Hugo e Igor, que nos momentos de reflexão e incertezas me lembram que na vida há ocasiões que se não forem para ser sérias que pelos menos sejam divertidas.

Ah! Agora preciso de um registro importante. Agradeço a meu pai, Antônio Carlos Ramiro. Em outras oportunidades já disse outras coisas, uma vez que você acompanha minha trajetória já tem algum tempo, portanto, nesse momento eu gostaria de agradecer a meu pai por sempre ter conversado sobre política comigo, mostrando o caminho de que é preciso se interessar por estes assuntos, obrigado! A minha mãe Petronilia Lopes Ramiro, por ser mãe e professora dedicada. Mais uma vez obrigado por tudo, em especial pela compreensão, em seus nomes rendo minhas mais sinceras homenagens a toda minha família.

Aos meus queridos amigos e sérios e honestos acadêmicos para quem sempre posso expor minhas reflexões e contar com sua mais sincera crítica, pois como nos diz nosso querido professor Lauro, dos amigos nós não devemos esperar outra coisa senão a crítica, assim, agradeço profundamente: Alan Ibn Charur; Benedito Cerezzo Pereira Filho; João Baptista Herkenhoff; Josué Justino do Rio; Lauro Frederico Barbosa da Silveira; Luiz Henrique Martim Herrera; Marco Alexandre de Souza Serra; Nelson Moreira; Ricardo Monteagudo; Roberto Bueno; Rodolfo Arruda; Tânia Láticia Wouters Anez e Tiago Clemente Souza e toda a minha Turma do Mestrado em Direito do UNIVEM, muito obrigado por me permitirem expor de maneira livre o que penso.

Ainda na esfera de se lembrar dos amigos, agradeço aos meus queridos amigos de experiência enquanto militava na advocacia, sem dúvida aprendi muito com vocês: Avanilson Alves Araújo, Marcos Roberto Meneghin, Marino Elígio Gonçalves, Hugo Francisco Gomes (“Hugão”), Silvio Januário e, em especial, a minha “madrinha” Maria Lúcia Bertin, sem dúvida minha acolhida na cidade canção (Maringá) se deu de maneira muito mais fácil por ter conhecido vocês. Não poderia deixar aqui de registrar meu mais sincero agradecimento ao meu querido amigo Eduardo Cichy da Silva e a Cris Cichy, esse casal ouviu muito de quando eu ainda refletia sobre meu projeto, muito obrigado meus queridos pela paciência de vocês. E ao casal Fábio (Fabião) e Raquel, pela força quando de meu retorno a sempre simpática Marília.

Ainda em sede de agradecimentos rendo meu reconhecimento à eficiente direção do mestrado em direito na pessoa do Prof. Dr. Lafayette Pozzoli. Muito obrigado professor por sua confiança em meu trabalho, agradeço por sua generosa atenção e por suas palavras em um momento difícil para minha decisão de permanência na vida acadêmica, muito obrigado. Aproveito aqui para agradecer a todo corpo docente do programa de mestrado em direito do UNIVEM. Por fim, gostaria de prestar meus agradecimentos a toda a equipe do administrativo, principalmente a da secretaria do mestrado em Direito nas pessoas das queridas Leninha e Taciana, muito obrigado, especialmente pela torcida de que nossos trabalhos tenham êxito.

Por fim, mas longe de ser menos importante, registro, mais uma vez, meus agradecimentos ao meu querido amigo e orientador prof. Dr. Oswaldo Giacoia Junior, pois sua paciência e diligência na orientação tornaram menos árdua, bem como possível a caminhada que ora encontra seu termo. Ainda, agradeço também à sua esposa D^a Sirlei, tão gentil e atenciosa com os alunos. Especial agradecimento à prof^a Dr^a Vera Karam de Chueiri por se interessar em participar de minha banca examinadora na fase de qualificação, deslocando-se de Curitiba até Marília, bem como pelo sempre gentil e contínuo contato; professora saiba que sua presença na avaliação de meu trabalho foi muito importante e motivo de muita honra, muito obrigado! Agradeço ao professor Ricardo Monteagudo por aceitar, gentilmente, a participar de meu exame de qualificação e defesa, bem como pela possibilidade de participar do grupo de pesquisa *Filosofia e Democracia* na Faculdade de Filosofia da UNESP, professor em seu nome agradeço a todos os amigos participantes do grupo, pelas ótimas sugestões quando da apresentação de parte do meu trabalho em uma reunião, muito obrigado. Registro aqui meu mais cordial e alegre agradecimento ao professor Doutor Andityas Costa Matos por ter aceitado prontamente o convite para integrar a banca examinadora de meu trabalho de dissertação, deslocando-se de Belo Horizonte até Marília, muito obrigado professor, sua participação é uma honra, mas, também obrigado pela gentileza e pelo contínuo contato desde que nos conhecemos na também mineira Uberlândia.

(Um dia vai ser)
“Pelos caminhos que ando
um dia vai ser
só não sei quando”.
Paulo Leminski

“Agora vamos contar
A história de uma viagem
Feita por dois explorados e por um explorador.
Veja bem o procedimento desta gente:
Estranhável, conquanto não pareça estranho
Difícil de explicar, embora tão comum
Difícil de entender, embora seja a regra.
Até o mínimo gesto, simples na aparência,
Olhem desconfiados! Perguntem
Se é necessário, a começar do mais comum!
E, por favor, não achem natural
O que acontece e torna a acontecer
Não se deve dizer que nada é natural!
Numa época de confusão e sangue,
Desordem ordenada, arbítrio de propósito,
Humanidade desumanizada
Para que imutável não se considere
Nada”.

(Brecht, Bertolt. A exceção e a regra, p.132.)

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção: fronteiras da racionalidade jurídica**. 2014. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, 2013.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo principal examinar a relação entre estado de direito e estado de exceção, com destaque para o estudo da perspectiva teórica que compreende que de fato não se trata de duas realidades diferentes ou de uma oposição, mas sim de que o estado de exceção é a face oculta do estado de direito. O referencial teórico de sustentação é constituído pelas obras que Giorgio Agamben dedica à análise do problema em questão. Fazendo uso de uma metodologia hermenêutica, procedeu-se a análises e interpretação de textos de literatura primária e de apoio, com base numa revisão bibliográfica que levou em consideração as fontes históricas e teóricas de Agamben, bem como o diálogo crítico com seus interlocutores. O material consultado é constituído por livros, artigos, revistas e, em casos pontuais, jornais, e em todos eles foram usadas fontes diretas e indiretas referentes aos temas propostos como objeto desta dissertação. Ao final da investigação, foi possível considerar que o Estado Democrático de Direito se relaciona com o poder político e jurídico, de modo a reivindicar para si o monopólio da força socialmente organizada, a fim de controlar as ações políticas. Destarte, reconhece-se a prevalência da forma jurídica nas categorias fundamentais da política moderna. Em conclusão, propõe-se que o Estado Democrático de Direito se relaciona com o Estado de Exceção, o que implica também em afirmar que a forma direito, vigente nos estados democráticos de direito contemporâneos, mantém (potencialmente) a exceção como estrutura, o que produz significativos efeitos para a caracterização dos elementos biopolíticos de controle da vida humana.

Palavras-chave: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica; Estado Democrático de Direito; Estado de Exceção; Filosofia do Direito; Filosofia Política; Forma Jurídica; Giorgio Agamben.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção: fronteiras da racionalidade jurídica**. 2014. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, 2013.

ABSTRACT

The present study main objective is to examine the relationship between the rule of law and state of emergency, with emphasis on the study of the ways in which this relationship is established. The theoretical support consists of the works that Giorgio Agamben dedicated to the analysis of the problem in question. Making use of a hermeneutical methodology, we proceeded to the analysis and interpretation of texts of primary literature and support, based on a literature review that took into account the historical and theoretical sources of Agamben and the critical dialogue with its interlocutors. Materials consulted consisted mainly in books, articles, magazines and, in individual cases, newspapers, and all of them were used as direct and indirect sources related to the themes proposed as the object of this dissertation. At the end of the investigation, it was possible to consider that the democratic rule of law relates to the political and legal framework in order to claim the monopoly of socially organized force as a way to control the political action. Thus, it recognizes the prevalence of the legal form in the fundamental categories of modern politics. In conclusion, it is proposed that the democratic rule of law relates to the state of emergency, which also implies that the legal form of contemporary democratic states has (potentially) the exception as the structure, which produces significant effects for the characterization of biopolitical control elements of human life.

Keywords: Criticism of Fundamentals of Legal Dogmatics; Democratic State, State of Exception, Philosophy of Law, Political Philosophy, Legal Form, Giorgio Agamben.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção: fronteiras da racionalidade jurídica**. 2014. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília. Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, 2013.

RESUMEN

El principal objetivo de este trabajo es examinar la relación entre el estado de derecho y el estado de emergencia, con énfasis en el estudio de las formas en las cuales se establece esta relación. El soporte teórico se apoya en las obras que Giorgio Agamben dedica al análisis del problema en cuestión. Haciendo uso de una metodología hermenéutica, se procedió al análisis y interpretación de los textos de la literatura primaria y apoyo, basado en una revisión de la literatura que llevo en consideración las fuentes históricas y teóricas de Agamben, y también el diálogo crítico con sus interlocutores. El material consultado é compuesto de libros, artículos, revistas y, en casos individuales, los periódicos, y se utilizan en todas las fuentes directas e indirectas relacionadas con la temática propuesta como objeto de esta disertación. Al final de la investigación, fue posible comprobar que el Estado democrático tiene relación con el poder político y jurídico, reclamando el monopolio de la fuerza socialmente organizada con el fin de controlar la acción política. Por lo tanto, se reconoce la prevalencia de la forma jurídica en las categorías fundamentales de la política moderna. En conclusión, se propone que el Estado democrático de derecho se relaciona con el estado de emergencia, lo que también implica que la fuerza de forma jurídica en los estados democráticos contemporáneos, tiene (potencialmente) la excepción en su estructura, y produce efectos significativos para la caracterización de elementos de control biopolíticos de la vida humana .

Palabras clave: Crítica de los Fundamentos de la dogmática jurídica, Estado Democrático, Estado de Excepción, Filosofía del Derecho, Filosofía Política, Forma Jurídica, Giorgio Agamben.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SOBERANIA, PODER E BIOPODER	15
1.1 Linhangens da ideia de estado e a questão do poder soberano.....	15
1.2 Estado democrático de direito: soberania popular e forma jurídica	47
1.3 Soberania, direito e violência: a exceção na origem e o monopólio jurídico do poder.....	61
1.4 Soberania como <i>bando</i> e biopoder: sujeito de direito e vida nua.....	76
CAPÍTULO 2 – ESTADO DE EXCEÇÃO E FORMA JURÍDICA: FRONTEIRAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA	88
2.1 Poder constituinte e poder constituído: a questão política e o modo de instituição da forma jurídica (direito).....	88
2.2 Forma de lei: vigência sem significado e relação de exceção	99
2.3 Direitos humanos na forma da lei: crítica às declarações de direitos e ao constitucionalismno a partir da exceção	109
2.4 Força de lei : sobre a possibilidade de justificação do estado de exceção permanente	120
CAPÍTULO 3 - O VAZIO NORMATIVO: POR UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DE DIREITO A PARTIR DA EXCEÇÃO	134
3.1 Agamben e o debate entre gigantes acerca de um vazio	134
3.2 Sujeito de direito e vida nua: exceção, <i>banimento</i> e a possibilidade de retirada de direitos do <i>homo sacer</i>	141
3.3 Fato e direito: estatuto teórico da exceção e a indistinção entre lei e vida.....	151
3.4 O campo como paradigma biopolítico: sobre a indeterminação entre o jurídico e o (bio)político	159
CAPÍTULO 4 – ENTRE A REGRA E A EXCEÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O QUE RESTA DA DITADURA BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	165
CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS	184

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal examinar a relação entre estado de direito e estado de exceção, com destaque para o estudo da perspectiva teórica que compreende que de fato não se trata de duas realidades diferentes ou de uma oposição, mas sim de que o estado de exceção é a face oculta do estado de direito. Nesta dissertação o referencial teórico de sustentação são obras de Giorgio Agamben sobre o problema em questão. Dessa forma, a partir do método hermenêutico procedeu-se uma revisão bibliográfica de cunho analítico de textos que não se limitaram aos escritos de Agamben, portanto, levou-se em consideração o pensamento de seus interlocutores e de outros autores sobre as temáticas colocadas em análise.

Identificado um processo de crise que envolve as sociedades democráticas e, desse modo, os Estados Democráticos de Direito, isso levou-nos a adotar o pressuposto teórico de que o Estado Democrático de Direito possui mecanismos ou pretende uma conexão com o Estado de Exceção como forma de garantia de suas estruturas e em nome da manutenção da ordem e da democracia. Isto posto, o problema que será o objeto desta análise está centrado na relação entre forma jurídica e poder político, significa dizer a forma jurídica da política moderna.

A noção ou a ideia de *forma jurídica* ou *forma direito* é compreendida nesse trabalho a partir da observação de importantes referenciais de Agamben, a saber: partindo, em primeiro lugar, do pensamento de Michel Foucault (2002; 2010), que irá compreender a forma jurídica como o duplo das relações sociais e, nesse sentido, pode-se mesmo refletir sobre a existência de um diálogo crítico do pensador francês com a tradição do marxismo, que também, em alguma medida, exerce influência sobre as reflexões de Agamben. A *forma jurídica* ou *forma direito* é representada pela *forma contrato*, sendo essa última utilizada como hipótese de justificação do Estado tanto por Hobbes quanto por autores vinculados à tradição do liberalismo. A figura do contrato exprime a relação social dos proprietários de mercadorias, ou seja, das relações mercantis; dessa maneira, as categorias jurídicas do sujeito de direito, da vontade livre pressupõem também a liberdade para contratar a venda da força de trabalho (PACHUKANIS, 1989; NAVES, 1996). Assim, de modo algum sugerimos a classificação de Agamben como um autor marxista, mas inegavelmente seu pensamento se aproxima de uma perspectiva teórica marxiana, em especial, por meio das reflexões de Benjamin, o que nos permite pensar a forma jurídica nos moldes conceituais propostos supra, bem como ressaltar que a crítica de Agamben é lançada justamente tendo em vista a ‘mitologia’ do contrato.

Para cumprir a finalidade dessa investigação, é apresentada no primeiro capítulo a relação entre política e forma jurídica, ou se preferirmos as linhagens do Estado de Direito a partir dos conceitos de poder e soberania ou poder soberano. Não obstante, ao longo da primeira parte da investigação se objetiva uma compreensão das principais linhas de força dessas categorias conceituais, bem como de categorias analíticas auxiliares como a questão da violência, que se relaciona com a soberania também por meio da forma jurídica.

Como último ponto de análise do primeiro capítulo, nos aproximamos mais do pensamento de Agamben, contudo, importa considerar que em momento algum aceita-se como objetivo o esgotamento ou uma exaustiva análise da obra do pensador italiano. Nesse capítulo inicial retomam-se alguns conceitos e pontos importantes de algumas categorias analíticas fundamentais com a qual trabalha para pensar a questão do poder soberano, em especial a ideia de soberania como bando e sua relação com o biopoder. A partir disso, estas linhas procuram oferecer elementos para uma releitura apropriada, no que couber, das categorias conceituais de Agamben e de que possamos nos valer para cumprir os desígnios dessa dissertação.

Posteriormente, no segundo capítulo já nos colocamos mais próximos da reflexão em torno do Estado de Exceção e sua relação com a forma jurídica. Convém ressaltar que nesse ponto da investigação o esforço de reflexão se dá na esfera que consideramos mais político-jurídica do pensamento de Agamben, o que pensamos poder ser caracterizada como proposta de uma filosofia político-jurídica presente em sua obra.

Apesar de Agamben sugerir que a exceção possa ser caracterizada como um limiar, o objetivo então é analisar até que ponto não podemos vislumbrar outras fronteiras na racionalidade jurídica. Para tanto, iniciamos com a análise do modo de instituição da forma jurídica por meio das categorias do poder constituinte e do poder constituído, o que nos levará a uma melhor compreensão da atuação da soberania no contexto mesmo da forma direito. Em seguida, Agamben irá se preocupar com a estrutura da lei ou em seus termos com a forma de lei e sua relação com a exceção.

A partir do diagnóstico da possibilidade de uma relação da pura forma da lei que se apresenta vigente, mas não tem significado, com a exceção ou, acompanhando o pensamento de Schmitt, que a forma da lei se relaciona com a exceção por meio de sua suspensão, o pensador italiano é levado a articular sua hipótese que é no momento mesmo de suspensão do ordenamento jurídico que emerge o ponto de vista biopolítico que apresenta a relação da forma jurídica com a exceção e, esta última, coloca-se como um dispositivo de captura da vida nua que figura no centro da arena política. A partir de tais considerações é possível

verificar a correção da hipótese de Agamben no que diz respeito a sua crítica as declarações de direitos advindas das revoluções liberais dos Estados norte-americanos e da França como mecanismos biopolíticos de inscrição das vidas dos cidadãos nos cálculos estratégicos de poder do Estado pela via da institucionalização ou mesmo da negação desses direitos, ou seja, a partir de sua positivação/suspensão no ordenamento jurídico pela forma da lei.

Por fim, o último ponto a ser analisado no segundo capítulo é o da possibilidade do poder soberano de se colocar fora da lei, o que Agamben caracteriza como paradoxo da soberania, possibilidade esta que se dá por meio da utilização de medidas que contém força de lei, todavia, não estão no contexto da forma da lei, significa dizer que na estrutura do Estado Democrático de Direito há possibilidade de atuação da soberania por meio de medidas que possuem força de lei, mas não são leis, o que indica a possibilidade de justificação do estado de exceção de caráter permanente, que irá se fundamentar em uma decisão política e não na norma jurídica.

No terceiro capítulo sublinha-se a característica do estado de exceção como uma espécie de *vacuum jurídico*, significa dizer, como um vazio normativo que se apresenta na medida em que o ordenamento jurídico é suspenso. A fim de demonstrar a hipótese da possibilidade de suspensão da ordem jurídica Agamben analisa o debate ocorrido entre Walter Benjamin e Carl Schmitt a respeito do estado de exceção e a partir de tal perspectiva teórica é possível ao filósofo italiano afirmar que a configuração da exceção se dá por meio da exclusão, em especial, dos direitos e garantias fundamentais e, também é possível, da suspensão total do ordenamento jurídico.

A partir da verificação da possibilidade da suspensão da ordem jurídica é possível falar em uma caracterização do Estado de Exceção como um problema que se coloca entre o universo jurídico da regularidade normativa e o mundo contingente da política. Dessa maneira, é possível se afirmar que o estado de exceção pode ser caracterizado como um espaço anômico de indistinção entre fato e direito, político e jurídico, exclusão e inclusão.

Assim, a vida natural que é transformada em sujeito de direitos pode ser excluída da esfera de proteção do Estado Democrático de Direito e incluída no Estado de Exceção na medida em que não seja mais útil a dinâmica do progresso, quer-se com isso dizer que a partir da relação entre mercado e estado e do contexto biopolítico que marca a relação entre forma jurídica e exceção, o poder soberano fabrica o corpo biopolítico do *homo sacer*, daquele que sofre a retirada de direitos por meio da atuação da soberania. Por fim, buscou-se uma consideração acerca do lugar em que ocorre a *exclusão includente*, a saber: o campo de concentração. Conforme nos dirá Agamben o campo não é uma imagem do passado, pois

podemos considerar que sua estrutura se mantém de forma espectral como espaço por excelência ou paradigma biopolítico da indistinção entre fato e direito, jurídico e político, apresentando-se nos locais onde ocorra a retirada (exclusão) de direitos de pessoas que passam a viver sem a proteção de um sistema jurídico e que estão expostas a todo tipo de violência, o que nos autoriza a pensar que são *homo sacer* ou vidas nuas.

Por derradeiro, sob essas coordenadas possibilitou-se a reflexão e se tornou possível apresentar algumas considerações acerca da questão do que resta da ditadura brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito pós Constituição de 1988, em especial com a análise dos institutos referentes à defesa do estado e das medidas provisórias.

CAPÍTULO 1 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: SOBERANIA, PODER E BIOPODER

1.1 Linhagens da ideia de estado e a questão do poder soberano

Em primeiro lugar, importa levar em consideração que muito já foi e vem sendo dito e escrito a respeito do que se pode entender por Estado, e, também, acerca de suas configurações ou caracterizações, ou seja, as imagens e ideias fundantes de um Estado absoluto; Estado de Direito ou mesmo de um Estado totalitário. Parece-nos que tais reflexões se apresentam não só fecundas, mas se revestem, atualmente, da maior importância não só para a filosofia política como para a filosofia e teoria do direito, uma vez que impõem uma exigência ao pensamento jurídico no sentido de meditar a respeito da relação entre direito e poder, o que, sem dúvida, implica, diretamente no contexto da vida prática.

O que se pretende nesse ponto inaugural da investigação é apreender as principais linhas de força daquilo que se pode compreender por Estado de Direito e sua relação com o poder político, tendo em vista que o elemento forma jurídica parece se encontrar, em alguma medida, desde sua origem, atrelado às estruturas de poder. Por conseguinte, objetiva-se uma aproximação dos elementos poder, política e direito que estão presentes na estrutura do conceito de soberania. Destarte, tais elementos podem auxiliar em uma melhor compreensão a respeito da democracia e das estruturas do Estado Democrático de Direito.

Antes mesmo de se pensar o Estado de Direito com as estruturas forjadas pelo liberalismo, destaca-se que o objetivo mais específico desta investigação é compreender a forma jurídica e suas fontes políticas, desta feita, objetiva-se uma avaliação de sua relação

com o poder soberano ou com a soberania, entendidos como elemento fundamental a ideia de Estado de Direito, bem como qual a relação deste último com o estado de exceção.

A estratégia de análise é sugerida pelo referencial teórico a ser observado nesse trabalho; qual seja: o pensamento do filósofo italiano Giorgio Agamben. Aqui é oportuno um destaque no sentido de que não há pretensão de reconstruir todo o pensamento de Agamben, sobretudo, para que se possa observar o requisito metodológico de delimitação temática, a fim de se poder chegar a alguma conclusão a respeito do problema de pesquisa proposto¹, assim, a análise se limitará aos textos que Agamben dedica ao tema objeto da presente investigação.

Com efeito, mostram-se importantes os argumentos de Agamben no que diz respeito à sua análise do conceito de soberania e sua relação com a forma jurídica que está representada também na imagem do estado de exceção, com especial atenção à implicação desta relação com o conceito de vida nua. No caso do tema que se torna objeto da presente investigação, podemos identificar, por trás do pensamento de Agamben, teóricos da estirpe de Walter Benjamin; Michel Foucault; Hannah Arendt e Carl Schmitt, por exemplo. No que diz respeito à compreensão do problema da relação da soberania com a vida nua que se estabelece por meio do estado de exceção, na introdução de *homo sacer*, valendo-se das orientações de Foucault, Agamben (2007a, p.12-13) afirma que é importante o:

[...] abandono da abordagem tradicional do problema do poder, baseada em modelos jurídico-institucionais (a definição da soberania, a teoria do Estado), na direção de uma análise sem preconceito dos modos concretos com que o poder penetra no próprio corpo de seus sujeitos e em suas formas de vida.

Ainda na introdução de *o poder soberano e a vida nua*, o filósofo italiano argumenta que o objetivo de sua pesquisa se concentra no ponto de encontro invisível entre o modelo biopolítico do poder e a estrutura jurídico-institucional (AGAMBEN, 2007a, p. 14). Nas palavras do pensador italiano:

[...] O que ela deve registrar entre os seus prováveis resultados é precisamente que as duas análises não podem ser separadas e que 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. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não faz mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo

¹ No entanto, ressalta-se o interessante trabalho de pesquisa a respeito do pensamento de Agamben realizado por Daniel Arruda Nascimento, cujo título é *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*, publicado pela editora LiberArs. O pesquisador brasileiro teve a oportunidade, inclusive, de conviver um período com Agamben na Itália.

secreto que une o poder à vida nua, reatando assim (segundo uma tenaz correspondência entre moderno e arcaico que nos é dado verificar nos âmbitos mais diversos) com o mais imemorial dos *arcana imperii* (AGAMBEN, 2005, p. 14).

Entrementes, antes mesmo de nos aproximarmos mais do pensamento de Agamben, principalmente da sua articulação dos conceitos foucautianos de biopoder, biopolítica e soberania, parece acertado observar algumas formulações teóricas que justificam a ideia de Estado e sua configuração como Estado de Direito, partindo do ponto de vista de uma fundamentação dada pela filosofia política. Dessa maneira, mal pode ser exagerado imaginar que o pano de fundo da relação entre poder soberano e forma jurídica (direito) se encontra no pensamento de Thomas Hobbes, e aqui delimitamos o tema no sentido de um ponto de partida, inclusive temporal, ou seja, o pensamento político e institucional do início da modernidade, haja vista que o filósofo contratualista inglês do século XVII é considerado “como um dos primeiros filósofos políticos tipicamente modernos” e “é tido também como um dos grandes representantes do jusnaturalismo moderno, de índole racionalista, que tanto contribuiu na fundamentação da idéia de um Estado soberano e unificado” (FONSECA, 2000, p. 109).

Por oportuno, destaca-se que dada à importância da contribuição do filósofo inglês para a reflexão acerca do Estado, pretende-se inventariar, sumariamente, alguns de seus argumentos centrais a respeito do poder soberano e da ideia de Estado, encarando-o como o marco inaugural da tradição contratualista, a saber, “um daqueles filósofos que, entre o século XVI e o XVIII (basicamente), afirmaram que a origem do Estado e/ou da sociedade está num contrato [...]” (RIBEIRO, 2006, p. 53).

Hobbes é conhecido por pensar uma condição pré-contratual que ele denomina de *estado de natureza* onde se encontram inseridos os indivíduos. Este estado natural é compreendido pelo filósofo de Malmesburry como uma situação anterior à sociedade e, importa considerar, que o estado de natureza não é concebido como um período que teve uma existência histórica concreta, mas sim como uma hipótese teórica que “vai alavancar a tese da formação do Estado” (FONSECA, 2000, p. 109).

Ao considerarmos o pensamento de Hobbes como uma reflexão política que se insere tipicamente no contexto do que se pode chamar de modernidade, deve-se levar em consideração, quando da busca pelos fundamentos do direito, que “a referência à natureza das coisas é, com efeito, substituída pouco a pouco pela referência à *natureza do homem*” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 40). Parece interessante mencionar que as reflexões acerca da

lei e do jurídico já existiam antes do advento de pensadores contratualistas como Hobbes, oportuno lembrar que o confronto entre lei natural e lei positiva já se encontra nas páginas da tragédia *Antígona* de Sófocles, com a oposição feita pela heroína trágica aos mandamentos de Creonte, invocando uma lei natural de observar os ritos fúnebres ao seu irmão, acusado de traição pelo soberano e condenado ao *abandono* de seu corpo para que insepulto permanecesse como forma de punição.

Por um interesse pela investigação quanto à natureza do homem, Hobbes (1974, p. 78), refletindo sobre sua condição natural, afirma que:

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando considerado tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício que o outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.

O filósofo inglês pensa o Estado de natureza a partir do indivíduo e, como podemos observar, destaca que as diferenças entre os homens, no que diz respeito ao corpo e ao espírito, quando tomadas em conjunto, não são percebidas de forma considerável, uma vez que a eventual desigualdade do mais fraco, por exemplo, poderá ser compensada pela astúcia. No entanto, na natureza humana, Hobbes inscreve três elementos que incitarão a discórdia, a saber: a ambição e concorrência, o egoísmo e a glória, ou nas palavras de Hobbes (1974, p.79) “[...] na natureza do homem, encontramos três causas principais de discórdia. Primeiro, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro a glória”. Cada um dos elementos leva os homens a se atacarem mutuamente por motivos diferentes, como, por exemplo, o lucro e a dominação, a segurança e a reputação (HOBBS, 1974, p. 79).

A respeito da imagem do homem no estado natural, Renato Janine Ribeiro (2006, p. 54) destaca que:

O homem natural de Hobbes não é um selvagem. É o mesmo homem que vive em sociedade. Melhor dizendo, a natureza do homem não muda conforme o tempo, ou a história, ou a vida social. Para Hobbes, como para a maior parte dos autores de antes do século XVIII, não existe a história entendida como transformando os homens. Estes não mudam.

Nesse ponto convém sublinhar que as paixões descritas por Hobbes como ínsitas à natureza do homem destacam a possibilidade do mal ou a maldade como elemento constitutivo da natureza humana. Aqui é um ponto que consideramos importante para compreender a relação entre forma jurídica e vida nua, pois o pensamento do filósofo inglês parece estar por detrás de toda reflexão a respeito da soberania, uma vez que importa apreciar a ausência de limites aos indivíduos situados no estado de natureza; significa dizer que esses são integral e igualmente livres e suas ações são marcadas por suas paixões e, por mais paradoxal que pareça, em virtude da extrema igualdade e liberdade e da ausência do Estado, os homens vivem em uma situação de guerra perpétua de todos contra todos.

O destaque de Hobbes é feito para que se observe a dramática situação em que estão inseridos os habitantes do estado de natureza, pois não existe um poder comum que possa não só manter, mas impor o respeito entre os indivíduos, de tal modo, o estado de natureza não contém uma instância de poder que possa frear a potência sem limites que marca a natureza humana, ou seja, os elementos inscritos como fundadores da discórdia entre os homens.

A respeito da condição de igual liberdade existente no estado de natureza, Hobbes (1974, p. 78-79) afirma que:

[...] Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é particularmente sua própria conservação, e as vezes seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. E disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho, mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.

Os homens no estado de natureza estão inseridos em uma situação belicosa e se encontram entre a esperança (atingir seus fins) e o medo (ser subjogado ou morto) e, nesse estado de coisas, Hobbes entende que, enquanto os homens viverem sem um poder comum (Estado), “capaz de manter a todos em respeito, eles se encontrarão naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens” (HOBBS, 1974, p. 79). Com essa argumentação e a partir de tal diagnóstico da potencialidade de uma ação marcada pelo egoísmo e pela ambição, e por sentimentos tais como a inveja e o medo, é que Hobbes apresenta uma das principais características ou teses sobre o estado natural, a saber: *homo homini lupus*, significa dizer, o homem é o lobo do homem.

Ainda, com a descrição da guerra de todos contra todos, Hobbes irá propor que os indivíduos, dotados de razão e marcados pelo medo, sentem a necessidade do estabelecimento de um poder comum, reconhecido coletivamente, a fim de que os homens possam sair de sua situação natural belicosa, passando, então, a viver em um estado civil (*commonwealth*).

Nas palavras de Hobbes (1974, 107-109):

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmo sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza.

Porque as leis de natureza (como a *justiça, a equidade, a modéstia, a piedade*, ou, em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis de natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros [...].

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e à segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões à sua decisão [...]

A longa transcrição se justifica na medida em que demonstra os principais elementos do contrato social, pois, o acordo dos homens buscando viver em um estado civil está fundamentado, portanto, em um pacto de associação e, também, de submissão, acordo este que representa a imposição de limites às ações, até então, ilimitadas dos homens.

É de se notar que, para François Châtelet, na ótica realista de Hobbes, não há no estado natural nada que prepare uma passagem para a vida em um estado civil; no entanto, argumenta que:

Ao grande mal, deve-se responder com o grande remédio: para pôr fim à violência nascida do exercício de potências por definição ilimitadas, só pode ser eficaz uma potência que não conheça limites. Isso significa, em palavras claras, que a instauração da sociedade política-*commonwealth*, *civitas*-, do Estado, pressupõe que os cidadãos, de comum acordo, despojem-se integralmente de sua potência individual e a transfiram para a autoridade pública.

A *soberania* una e indivisível do Estado é *ilimitada*: o contrato que a estabelece não a sujeita a nenhuma obrigação, salvo a de assegurar a tranquilidade e o bem-estar dos contratantes. Temos aqui o deus mortal, o *Leviatã*, esse monstro da lenda fenícia que é evocado pela Bíblia para dar a imagem de uma força corporal à qual nada resiste (CHÂTELET, 1997, p. 51-52).

De acordo com Renato Janine Ribeiro (2006, p. 54) no momento de estabelecimento da hipótese do contrato social, não há que se pensar em selvagens que se reuniram em uma clareira para se passar por uma assembléia constituinte, pois, conforme mencionado linhas atrás, para Hobbes, os homens, no estado de natureza, não são selvagens; antes são o mesmo indivíduo que conhecemos, merecendo um olhar atento o elemento de violência que existe na natureza humana e que torna necessária a saída dos indivíduos de sua condição natural.

Segundo o constitucionalista Gilberto Bercovici (2008, p. 87):

O ponto central do Leviatã é a obrigatoriedade da lei civil, explicitando a necessidade de obediência e disciplina por parte dos súditos. A lei natural, para Hobbes, não é suficiente para constituir uma comunidade política, pois há a ausência de um poder comum respeitado por todos. A lei civil é um instrumento da disciplina, um produto da obediência, fundada na soberania. É fruto do consenso dos cidadãos e dos corpos sociais em troca do seu reconhecimento e da constituição da autoridade soberana.

Portanto, verifica-se que o argumento em defesa da legitimidade do Estado é colocado no sentido do reconhecimento da soberania como poder absoluto pelos homens, podendo ser este representado por uma única pessoa ou uma assembléia, assim, “os homens só obedecem o poder que eles mesmos estabelecem. A legitimidade do Estado é construída e a soberania é consequência da representação, originando-se nos indivíduos que não a detém mais” (BERCOVICI, 2008, p. 91).

Ponto importante para as pretensões futuras dessa investigação, ao acompanhar a reflexão de Agamben, está ligado as ideias de sujeito de direito e de vida nua. Já em Hobbes parece possível identificar a colocação da vida no centro do palco do poder político, na medida em que o indivíduo no estado de natureza é movido especialmente pelo medo de ser subjugado ou morto e, em virtude dessa paixão, busca uma saída da condição natural. Ainda, a hipótese da vida como elemento importante para a política parece razoável quando observamos os argumentos apresentados por Hobbes no que diz respeito à autopreservação.

Ao levar em consideração esses elementos Hobbes, no capítulo XVI do *Leviatã*, irá apresentar uma reflexão sobre o conceito de pessoa e de representação. Segundo Hobbes (1974, p. 100):

Uma pessoa é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção.

Quando elas são consideradas como suas próprias ele se chama uma *pessoa natural*. Quando são consideradas como representando as palavras e ações de um outro, chama-se-lhe uma *pessoa fictícia* ou *artificial*.

A palavra “pessoa” é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham *próposon*, que significa *rosto*, tal como um latim *persona* significa o *disfarce* ou a *aparência exterior* de um homem, imitada no palco. E por vezes mais particularmente aquela parte dela que disfarça o rosto, como máscara ou viseira. [...] De modo que uma *pessoa* é o mesmo que um *ator*, tanto no palco como na conversação corrente. E *personificar* é *representar*, seja a si mesmo ou a outro; e daquele que representa outro diz-se que é portador de sua pessoa, ou que age em seu nome.

Após apresentar os argumentos que justificam a necessidade do contrato e do estado civil, Hobbes passa a refletir sobre as questões da pessoa natural, artificial e da representação, o que parece uma tentativa de justificação não só da necessidade da existência de um poder comum entendido como soberano que irá representar a multidão de homens (HOBBS, 1974, p. 102), ou, como nos diz Schmitt (1990, p. 18), é exatamente por meio do contrato que cada um celebra com os demais que surge “uma pessoa ou corporação representativa, que converte a multidão contratante em uma pessoa única, significa dizer, em um Estado”; mas, também, uma reflexão a respeito da proteção efetiva ao indivíduo, garantida pela existência ou presença do Estado, dessa maneira, há um elemento de proteção que pode ser identificado com a forma jurídica estendido aos indivíduos reconhecidos agora como pessoas. Tal argumentação terá implicações diretas nas noções de sujeito de direito e personalidade jurídica, fazendo com que possamos melhor compreender o sentido do conceito *vida nua* utilizado por Agamben, na medida em que essa última só aparece após a retirada de direitos

do *homo sacer*, o que nos autoriza a pensar que seja a retirada da *persona*, ou seja, da forma jurídica ou no caso de Hobbes da destruição do Deus mortal.

O Estado-Leviatã é compreendido como o “Deus mortal”, pois sob o Deus imortal o poder soberano é reconhecido coletivamente pelos indivíduos. O *corpus* estatal é formado pelos homens naturais, nessa perspectiva, é possível afirmar, com Goyard-Fabre (2008, p. 47), que os indivíduos edificam o “homem artificial” do Estado “por uma poderosa vontade de racionalidade, que se traduz em um cálculo teleológico de interesses”, dentre esses interesses os mais importantes estão ligados à manutenção da liberdade e à conservação da própria vida, e, a respeito dessa última, o indivíduo pode se insurgir contra ataques inclusive do poder soberano.

A respeito da teoria do poder de Hobbes interessante a observação de Luigi Ferrajoli (2002, p. 19-20):

[...] É a Hobbes, em particular, que remonta a primeira formulação das idéias do Estado-pessoa e da personalidade do Estado, que servirão para oferecer um firme ancoradouro ao atributo da soberania [...].

Trata-se de uma idéia basilar para a futura história do direito público. Nasce com ela a metáfora antropológica do Estado “pessoa” ou “homem artificial”, ainda hoje dominante na doutrina juspublicista, à qual a soberania é associada como essência ou “alma artificial” e, concomitantemente, como poder absoluto.

Ao mesmo tempo, essa figura, designando uma fonte suprema e não derivada, torna-se a base de todo o aparato conceitual do positivismo jurídico; do princípio de legalidade e convencionalidade do direito, por força do qual *auctoritas, non veritas facit legem* (a autoridade, e não a verdade, faz a lei); do fundamento formalista e voluntarista da validade das normas, identificado com o princípio *quod principi placuit legis habet vigorem* (o que agrada o príncipe tem eficácia de lei) qualquer que seja o conteúdo do ato normativo; do monopólio estatal da produção jurídica, da conseqüente unidade do ordenamento e da sua independência de fontes jurídicas extra ou supra-estatais.

A transcrição acima destaca pontos importantes da teoria hobbesiana que ligam sua filosofia política à forma jurídica estatal, inclusive, no que diz respeito ao monopólio sobre a produção das normas, significa dizer a concentração do poder na figura do soberano, o que, para alguns autores, pode ser entendido como a primeira imagem do positivismo jurídico. Tal perspectiva é destacada por Bobbio (1995, p. 36-37) que afirma ser possível encontrar no pensamento de Hobbes, no mínimo, dois elementos característicos do positivismo jurídico, quais sejam: o formalismo, pois “a definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal”; e o imperativismo no qual “o direito é definido como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou

proíbe dados comportamentos aos seus súditos. O direito, portanto, é um comando”. Ainda, ressalta Bobbio (1995, p. 37) que “também para Hobbes se verifica [...] que a concepção positivista do direito está estreitamente ligada à concepção absolutista do Estado”.

Desta feita, o advento da lei civil, aqui entendida como derivação do estado soberano e de sua autoridade, apresenta-se como o único recurso para frear as ações humanas marcadamente estimuladas pelas paixões; por meio da manifestação do soberano representada na lei é possível se pensar em uma saída do estado de guerra desde que seja “instituída uma nova racionalidade-fundada no poder- que faz com que [...] seja possibilitada a paz” (FONSECA, 2000, p. 111).

Realizadas essas considerações, cumpre observar alguns outros pontos da teoria do contrato social que se tornam particularmente interessantes para momentos futuros da presente investigação como, por exemplo, a violência existente no estado de natureza e que é gerada pela ação dos indivíduos, pois essa última pertence à natureza dos homens, bem como o deslocamento do monopólio dessa violência para o Estado por meio da ideia de soberania. Ainda, a passagem da situação natural de liberdade como uma espécie de transformação dos homens em súditos e/ou cidadãos, mas, no mínimo, em sujeitos de direitos, figura extremamente importante para se pensar os fundamentos políticos do Estado de Direito e da Democracia.

Tais elementos apresentam-se importantes na medida em que Agamben (2007a, p. 115) propõe uma revisita crítica às teorias do contrato social, no sentido de que:

É chegado, portanto, o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau. O estado de natureza é, na verdade, um estado de exceção, em que a cidade se apresenta por um instante (que é, ao mesmo tempo, intervalo cronológico e átimo intemporal) *tanquam dissoluta*. A fundação não é, portanto, um evento que se cumpre de uma vez por todas *in illo tempore*, mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana.

Tomando a proposta de Agamben de uma análise crítica às teorias do contrato social, imperioso notar que as reflexões em torno do pacto de constituição do Estado e da sociedade se colocam em perspectivas diferentes, levando-se em consideração as formulações teóricas, por exemplo, de Locke, Rousseau e Kant, que juntamente a Hobbes se inscrevem dentro dessa tradição. Torna-se particularmente interessante para o presente trabalho a forma como a teoria do poder hobbesiana é absorvida pelo ponto de vista liberal, quer-se com isso dizer, pelo liberalismo político.

A fim de nos mantermos nos trilhos do pensamento de Agamben, não seria de bom alvitre uma tentativa de apresentação minuciosa do pensamento de cada um dos autores supra nominados, pois representam não só um instigante referencial teórico, mas, também, uma tarefa hercúlea de pesquisa.

Parece acertado investigar a relação que o liberalismo político estabelece com a teoria do contrato social, trazendo as reflexões de uma interlocutora, sem dúvida, importante, para Agamben, a saber: Hannah Arendt. Em sua investigação a respeito das origens do totalitarismo, Arendt estrutura uma proposta de resgate histórico em três eixos temáticos, quais sejam: as relações existentes entre o anti-semitismo, o imperialismo para se chegar a uma imagem do totalitarismo. Após discutir os temas ligados ao anti-semitismo, Arendt busca demonstrar os vínculos existentes deste tipo de ação política com a questão do imperialismo e, para o que se pretende nesse ponto específico, mostram-se muito interessantes suas análises a respeito da relação existente entre o imperialismo, a teoria do contrato de Hobbes e a emergência econômica e social da classe burguesa, uma vez que esta última terá por objetivo o estabelecimento de uma nova moldura ao Estado de direito, em especial, que este último se limite à esfera de atuação do poder soberano por meio da forma jurídica.

Ao pensarmos sobre a emancipação política da classe burguesa devemos recordar a crise do estado absoluto feudal, e a ideia de crise está ligada à questão econômica, ou melhor, à modificação da estrutura social de relações mercantis para o surgimento dos meios de produção capitalistas.

Os burgueses, até então, não tinham uma pretensão clara de dominação ou de controle do poder político; contudo, ao vislumbrar não só os limites impostos aos seus interesses, mas, também, devido à opressão das estruturas dos estados absolutistas feudais e monárquicos, a burguesia se vê ameaçada no tocante à conservação de suas propriedades, e é fortemente atingida em suas posses para custear as estruturas de poder parasitárias existentes. Ao analisar a ascensão burguesa no final do século XIX e início do século XX Hannah Arendt (1979, p. 184) afirma que “o principal evento intra-europeu do período imperialista foi a emancipação política da burguesia, a primeira classe na história a ganhar a proeminência econômica sem aspirar ao domínio político”. Para a pensadora política, a burguesia se desenvolveu junto com a ideia do Estado nação, mas, conforme mencionado linhas atrás, somente quando se viu prejudicada em seus interesses, significa dizer, do estabelecimento do modo de produção capitalista, é que passou a disputar a hegemonia do poder político.

Segundo Hannah Arendt (1979, p. 199):

O imperialismo deve ser considerado o primeiro estágio do domínio político da burguesia e não o último estágio do capitalismo. Sabe-se muito bem do pouco interesse demonstrado em exercer o poder pelas classes proprietárias pré-burguesas, que se contentavam com qualquer tipo de Estado, desde que lhe pudessem confiar a protecção da sua propriedade. Na verdade para elas o Estado havia sido sempre uma força policial bem organizada. Essa falsa modéstia, contudo, teve a curiosa consequência de manter toda classe burguesa fora do corpo político; antes de serem súbditos numa monarquia ou cidadãos numa república, eram essencialmente pessoas privadas.

Para Arendt (1979, p. 195), foi a partir de uma crise de tipo curioso que o desejo de expansão imperialista, que se atrela aos interesses da emergente burguesia, passa a fundamentar a luta pelo controle e expansão do poder político, todavia, “sem a criação de um *corpo* político”, e a crise econômica mencionada pela pensadora política é um colapso de superprodução do capital ocasionado por um excesso de poupança, com o “aparecimento do dinheiro supérfluo” que não podia ficar aprisionado aos limites do Estado nação.

Ainda, no entender de Hannah Arendt (1979, p. 200), apesar de a burguesia não reconhecer em Hobbes uma defesa de suas estratégias e intenções políticas durante algum tempo, já se encontram nesse autor os padrões morais burgueses.

Nas palavras de Arendt (1979, p. 201):

Hobbes mostra que, na luta pelo poder, como na capacidade inata de o desejar, todos os homens são iguais, pois a igualdade do homem reside no fato de cada um, por natureza, ter suficiente potencialidade para matar um outro, já que a fraqueza pode ser compensada pela astúcia. A igualdade coloca todos os homens na mesma insegurança; daí a necessidade do Estado. A *raison d'être* do Estado é a necessidade de dar alguma segurança ao indivíduo, que se sente ameaçado por todos os seus semelhantes.

No rastro da argumentação de Arendt, o destaque feito é para que se observe a estratégia de legitimação da estrutura política, significa dizer a necessidade de reconhecimento de um poder legítimo na figura do Estado-Leviatã e, assim Hobbes, então, pensa a questão partindo da figura do corpo político que deve ser adaptado a natural sede de poder dos indivíduos; dessa maneira, o Estado é formado por este corpo político dos indivíduos, contudo, o poder é concentrado na estrutura estatal (ARENDR, 1979, p. 202).

Segundo Hannah Arendt (1979, p. 202):

Esse corpo político foi concebido para o uso da nova sociedade burguesa que emergia no século XVII, e esse quadro do homem é um esboço do novo tipo de homem que se adequava a ele. O Commonwealth é baseado na delegação da força, e não do direito. *Acquire o monopólio de matar*² e dá em troca uma

² Grifo nosso.

garantia condicional contra o risco de ser morto. A segurança é proporcionada pela lei, que emana directamente do monopólio de força do Estado (e não é estabelecida pelo homem segundo padrões humanos de “certo” e “errado”). Porque na lei do Estado não existe a questão do “certo” ou “errado”, mas apenas da obediência absoluta, o cego conformismo da sociedade burguesa. E como essa lei flui directamente do poder que ela torna absoluto, passa a representar a necessidade absoluta aos olhos do indivíduo que vive sob ela.

No entender de Arendt (1979, p. 203), “o processo ilimitado de acumulação de capital necessita de uma estrutura política de ‘poder tão ilimitado’ que possa proteger a propriedade crescente, tornando-a cada vez mais poderosa”. Note-se que o argumento de Arendt nesse ponto está vinculando à teoria do poder de Hobbes, aos objetivos expansionistas e imperialistas da burguesia, uma vez que, para esta última, o poder do Estado não pode ser absoluto e ilimitado ao ponto de se tornar uma ameaça aos seus próprios interesses.

Na mesma perspectiva de análise, a saber: o reconhecimento de elementos morais individualistas e que podem ser perfilhados como fatores germinais do moderno Estado de Direito, Carl Schmitt (1990, p. 54-55) argumenta em tom crítico e conservador que esses elementos individualistas, em especial a liberdade de pensamento e de crença, devem ser caracterizados como a fraqueza do Leviathan de Hobbes e foi com essas “armas” que a burguesia liberal causou a destruição do Deus mortal.

Nas palavras de Schmitt (1990, p. 55):

A distinção entre privado e público [...] [é] dela que se derivaram conseqüentemente no curso dos séculos posteriores o Estado de Direito e o Estado constitucional liberal. Daí, significa dizer, do agnosticismo, não da religiosidade dos sectários protestantes, surge o Estado moderno “neutro”. O ponto de inserção, observado desde o ponto de vista da história constitucional, é duplo: o começo da moderna liberdade individualista de pensamento e de consciência construída em sentido jurídico, não teológico, e o começo das liberdades peculiares da estrutura do sistema constitucional liberal.

Fazendo menção ao pensamento de Espinosa, caracterizado como representante do pensamento judeu e liberal, Schmitt (1990, p. 57) argumenta em defesa do Leviathan de Hobbes e contra sua apropriação ou destruição pelo liberalismo, que:

Em Hobbes sempre estão em primeiro plano a paz pública e o direito do poder soberano; a liberdade individual de consciência é só uma última reserva oculta no pano de fundo. Porém ocorre que agora a liberdade de pensamento se converte em princípio configurador, enquanto os imperativos e o direito do poder estatal soberano se transformaram em simples prevenção. Um leve giro de pensamento, provocado por uma exigência

essencial do espírito judeu, faz com que o destino do Leviathan se transforme inteiramente no curso de poucos anos.

Em uma visão panorâmica do liberalismo político, pode-se pensar que sua característica marcante, ao repensar a teoria de Hobbes, se apresentará como uma defesa das liberdades individuais com relação ao poder estatal, e o entendimento de que tais liberdades são o fundamento das relações sociais e servem de limite à atuação do poder soberano (JAPIASSU; MARCONDES, 2006, p. 168). O que existe entre Hobbes e Kant é a manutenção da ideia de pacto originário ou contrato; contudo, agora a discussão se faz acerca da necessidade de limitação do poder soberano.

Dirá, então, Norberto Bobbio (1993, p. 17-18):

O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é *Estado de direito*; a noção corrente para representar o segundo é *Estado mínimo*. [...] Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.

A ideia de limitação do poder estatal pela noção de Estado de Direito faz emergir um elemento que nos parece importante para a compreensão do pensamento de Agamben, em especial quanto a suas reflexões a respeito da forma jurídica, a saber: *o sujeito de direito*. Enquanto o súdito é representado como o indivíduo sem direitos ou com uma mínima porção destes, a emancipação política da burguesia faz com que se aproxime a esfera de atuação do poder estatal e uma perspectiva de expansão econômica, de modificação da propriedade dos meios de produção e acumulação de capital que, em certo ponto, terá de pensar estratégias de limitação do poder, a fim de que este último permaneça sob seu controle. Então, o súdito se torna cidadão, o que será examinado com mais detalhes posteriormente, todavia, sua importância nos parece tal que devemos mencioná-lo nesse momento. Logo, os interesses individuais e privados passam a fazer parte de uma reivindicação de limites em um espaço público com o objetivo de que reconheça e garanta a liberdade, em especial, liberdades públicas em forma de direitos positivados em um ordenamento jurídico. Tais liberdades, em princípio, têm uma imagem negativa no sentido mesmo de limitação do poder soberano e ingressam na ordem jurídica como reconhecimento de sujeitos de direitos e em forma de direitos civis.

Para o pensador turinês Norberto Bobbio (1986, p. 115):

[...] O estado liberal é o estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do estado de direito. Através do monopólio da força legítima – legítima porque regulada pelas leis (trata-se do estado racional-legal descrito por Max Weber) -, o estado deve assegurar a livre circulação das idéias, e portanto o fim do estado confessional e de toda forma de ortodoxia, e a livre circulação dos bens, e portanto o fim da ingerência do estado na economia.

Verifica-se que a forma jurídica se torna importante dentro do pensamento político a respeito do Estado, ao ponto de dar sustentação à figura estatal que agora passa a ser de Direito, com nítido propósito de limitação do poder soberano, na medida em que garante as liberdades, em especial a liberdade de livre circulação das mercadorias, assim, torna-se uma garantia do capitalismo. Desse modo, “o Direito é simultaneamente, sob um aspecto, a forma de regulamentação autoritária externa e, sob outro, a forma de autonomia subjetiva privada” (PACHUKANIS, 1989, p. 67-68).

Do ponto de vista de um desenvolvimento histórico do debate acerca do problema do poder soberano, no século XIX parece que a pretensão é desenvolver ainda mais a ideia de limitação da soberania à esfera da lei. Segundo Luigi Ferrajoli (2002, p. 32):

O desenvolvimento histórico do estado de direito como ordenamento em que todos os poderes estão submetidos à lei equivale ao fim da soberania como *potestas legibus soluta* (poder livre da obediência às leis) e *superiorem non recognoscens*. Um resíduo de absolutismo permanece, na construção do Estado liberal realizada no século XIX, justamente no princípio juspositivista do primado da lei, correspondente ao princípio jacobino da onipotência do legislador e, portanto, do parlamento como órgão da soberania popular.

Para Carl Schmitt (1990, p. 69), é com o “positivismo legal”, que alcança destaque no século XX, que se dá o fortalecimento do conceito de Estado de Direito, configurando-se em um “sistema de legalidade estatal funcionando em forma suscetível de cálculo e indiferente a todo objetivo e conteúdo de verdade e justiça”.

Não obstante, oportuno mencionar que retornaremos mais adiante ao tema com uma análise mais detida da questão do surgimento do sujeito de direito e da construção do “sistema de direitos”. Nesse momento, para nos mantermos próximos das reflexões a respeito da

soberania e do Estado de Direito, parece fundamental levar em consideração os argumentos de dois importantes autores que travaram acalorado debate acerca do tema no século XX, a saber: Hans Kelsen e Carl Schmitt, este último com nítida presença nos referenciais de Agamben, o que não significa que as reflexões kelsenianas estejam muito distantes do pensamento do filósofo italiano.

Antes de nos aproximarmos das reflexões desses dois autores, faz-se necessário uma breve caracterização do cenário em que ambos estão inseridos. Do ponto de vista da filosofia política, o debate acerca das formas de governo ou dos regimes políticos pode ser identificado, já no texto *História*, de Heródoto (484 A.C- 425 A.C.), especialmente entre os parágrafos 80 e 84. O pensador grego relata a discussão entre Otanes, Megabises e Dario, três persas que debatem a respeito da melhor forma de governo – monarquia, oligarquia e democracia-, após a morte de Cambises (HERÓDOTO, 2006; BOBBIO, p.2001).

Quando observamos o panorama em que estão inseridos Schmitt e Kelsen no século XX, podemos notar que há uma disputa acerca de qual seria o melhor regime político e, nesse sentido, cada um dos autores pode ser identificado como representante de uma das correntes de pensamento. A mencionada disputa é, então, protagonizada pelas idéias de regimes políticos do liberalismo, do comunismo; do socialismo; do nazismo e do fascismo.

François Châtelet (1997, p. 249) apresenta algumas hipóteses de explicação da situação vigente nesse período e, a partir de tal diagnóstico, que recorre ao totalitarismo, destaca que:

Assim como certos homens de direita aceitaram o nazismo porque o avaliaram, num primeiro momento, como um anti-comunismo, outros conservadores o rejeitaram por ver nele, antes de mais nada, um criptocomunismo. No furor dos anos 1930, ainda é a Revolução de Outubro que determina as reações diante de Hitler. A década que se seguiu deu a palavra aos politólogos, os quais constroem modelos mais abstratos, aparentemente mais neutros.

Do ponto de vista do economicismo, dirá Châtelet (1997, p. 254) que:

Nos antípodas das confusões institucionais ou das assimilações segundo os procedimentos, o economicismo opõe radicalmente o fascismo à revolução socialista, até colocar essa oposição antes de qualquer outra coisa: o fascismo (do qual o nazismo é apenas uma variante) constitui a contra-revolução do século XX, o tipo contra-revolucionário novo, que corresponde à nova fase do capitalismo, o imperialismo monopolista.

Nota-se a disputa mencionada linhas atrás e, como dito, é possível identificar a aproximação ou filiação dos dois juristas a uma dessas correntes do pensamento político do século XX; com a filiação de Carl Schmitt ao nazi-fascismo e a colocação de Kelsen nas fileiras dos opositores do pensamento jurídico-político do *Kronjurist*. Kelsen é apontado por Schmitt, como se verá, como um típico pensador liberal, contudo, a fim de evitar rotulações, parece melhor pensar como sugere Andityas Matos (2009, p. 34) que seu “positivismo jurídico se liga a concepções éticas relativistas”, com o nítido propósito de oposição aos pensamentos totalitários e autoritários de então, e que desaguaram na segunda grande guerra planetária.

Pensamos ser conveniente iniciarmos pelos argumentos de Schmitt não só por sua maior presença nas reflexões de Agamben acerca da soberania e da forma jurídica, mas pelo fato de o jurista de Berlin se apresentar como crítico do Estado de Direito liberal.

Inicialmente, uma aproximação da reflexão e do vocabulário schmittiano deve ser feita de forma cautelosa, conforme nos adverte Herzog-Márques, pois sua teoria é mais que um dicionário de filosofia política e teoria da constituição, apresentando-se como uma verdadeira pinacoteca, haja vista a linguagem “febril” e a capacidade dramática do discurso e das palavras, como demonstram os conceitos alinhados em dualismos como *amigo-inimigo*; *soberano como aquele que decide na situação de exceção*; *a constituição como decisão*, etc (HERZOG-MÁRQUES, 1996, p. 150).

Ao partirmos da perspectiva de análise da ideia de poder soberano e sua relação com a forma jurídica, atentar-se-á para dois conceitos que se apresentam de fundamental importância dentro do edifício teórico schmittiano, a saber: as ideias de soberania e exceção, e suas implicações e o potencial crítico que representam ao liberalismo e à teoria do Estado de Direito.

Em primeiro lugar, para a análise de tais conceitos, o texto de Schmitt que estará na base da argumentação será o seu conhecido *Teologia Política* datado de 1922. No entanto, levaremos em consideração que um dos elementos ou a ideia que se mostra como o essencial, em jogo, para Schmitt, é a imagem da soberania dentro de uma perspectiva do político (HERZOG-MÁRQUES, 1996, p. 150).

A eleição de tal estratégia de análise de levar em consideração a esfera do político se faz necessária e segundo Glauco Barsalini (2013, p. 40), o método de Carl Schmitt se estrutura sobre “a ideia de que o político precede o jurídico politizando toda e qualquer forma de expressão jurídica [...]”.

Já no prefácio à segunda edição de sua *Teologia Política*, considera Schmitt (1996b, p. 84) que “[...] nós reconhecemos o “político” como o “total”, por isso sabemos também que a decisão, mesmo sendo algo *apolítico*, representa sempre uma decisão política, independente de quem ela atinge e que roupagem ela assume para se justificar”.

Destaca-se que a relação e, também um conceito fundamental no pensamento de Schmitt, é o dualismo *amigo-inimigo*, normalmente pensado em *O Conceito do Político*. Essa referência ao importante escrito do fim dos anos vinte e início dos anos trinta se justifica pela pretensão de se compreender, em primeiro lugar, a crítica schmittiana ao liberalismo realizada por meio do político.

Além disso, a crítica de Schmitt direcionada ao Estado de Direito e ao constitucionalismo liberal levam em consideração a dimensão do político, pois este último nasce para refutar o antipolítico que está localizado no liberalismo (HERZOG-MÁRQUES, 1996, p. 151).

Segundo Roberto Bueno (2010, p. 61):

[...] é bem de sublinhar para fins de aproximação das alterações sofridas pela filosofia política schmittiana e de suas aproximações ao totalitarismo, que tal conceito de amigo-inimigo germinalmente apresenta-se já no ano de 1922 quando da publicação de sua *Teologia Política* (ver Schmitt, 1996b, p. 126-127), oportunidade em que ensaiou os termos do conceito mais acabada e perfeitamente desenvolvidos no *Conceito do Político*.

A reflexão schmittiana antiliberal também se coloca no texto *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, cuja versão para o nosso português pode ser feita sob o título de *Situação espiritual do sistema parlamentar atual*, escrito em 1923.

A preocupação de Schmitt é refletir acerca da condição de possibilidade de uma relação entre liberalismo e sistema parlamentar como fundamentos da democracia. Note-se que Schmitt tenciona indicar que a relação entre liberalismo e democracia é inviável, e sua aliança se deu de maneira estratégica no período de luta contra as monarquias absolutas. Mouffe (1992, p. 1) destaca que “uma das teses centrais de Schmitt, é de que a articulação entre a democracia e o liberalismo, efetuada no século XIX, deu lugar a um regime inviável, já que caracterizada pela união de dois princípios políticos absolutamente heterogêneos”.

Para Jesús Silva-Herzog Márques (1996, 153), ao escrever o ensaio de 1923 sobre o parlamentarismo, Schmitt destaca que o governo representativo está “ferido de morte”, haja vista que suas bases intelectuais (deliberação pública; equilíbrio de poderes), suas promessas

de publicidade (fim do segredo de Estado) e limitação do poder não correspondem à realidade, que se transformou em perversão da ação política de impedimento do reconhecimento da identidade entre governo e sociedade, ou, em termos schmittianos, a separação ou dualismo entre Estado e sociedade.

No diagnóstico de Schmitt, o indivíduo burguês, ao chegar ao poder da prevalência ao privado, aos interesses privados, significa dizer que o modelo de racionalização técnica do liberalismo preconiza a defesa do indivíduo egoísta burguês em detrimento do político, com a articulação das “despolitizações” e “neutralizações” feitas dentro do cenário da necessidade das discussões. Nessa linha argumentativa, ao focar sua reflexão sobre a coexistência do princípio de identidade (forma democrática) com o princípio de representação (monarquia), “Schmitt declara que [...] o princípio do parlamentarismo, enquanto preeminência do legislativo sobre o executivo, não pertence ao universo do pensamento da democracia, mas ao do liberalismo” (MOUFFE, 1992, p. 1).

Nas palavras de Schmitt (1992, p. 47):

A democracia deverá abolir todas as distinções, todas as despolitizações típicas do século XIX liberal, e ao apagar a oposição Estado-sociedade (= o político oposto ao social) fará também desaparecer as contraposições e as separações que correspondem à situação do século XIX [...].

Com efeito, o político deve ser visto como o território do conflito, não sendo possível para o pensamento schmittiano imaginar uma harmonização que ocorra por meio da discussão parlamentar, debate este que busca um consenso racional no universo do político. Schmitt, a fim de justificar seu ponto de vista e sua crítica à democracia e ao constitucionalismo liberal, vale-se do pensamento do teólogo católico contra-revolucionário Juan Donoso-Cortés, que afirmava ser a burguesia “uma classe que discute” (SCHMITT, 1996b, p. 125).

Segundo Glauco Barsalini (2013, p. 49-50):

Católico declarado, Carl Schmitt vê a organização social e do Estado com a lente do ortodoxismo hierárquico. Para ele o Estado (a grande máquina) é a única dotada de legitimidade capaz de apropriar-se do aparato tecnológico de dominação, e o líder soberano é o único que possui o *poder* para subordinar a burocracia e a tecnologia ou, em outras palavras, o grande mecanismo de dominação. Assim a pessoa do Presidente, aquele que personifica o verdadeiro *poder*, o *poder do povo*, é nada menos do que a própria encarnação de todo o organismo (o povo).

Schmitt (1996^a, p.8) destaca que “a situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia”. Dessa forma, a crença em um governo da discussão pertence ao universo intelectual do liberalismo e não à democracia (SCHMITT, 1996a, p. 10).

Portanto, verifica-se que o liberalismo, ao alcançar o poder, modifica-se no sentido de afastar do político sua imagem contingente ou conflituosa, pugnando pela necessidade e possibilidade de um contexto pacífico de existência social, de um governo das leis, ou do império do direito, e não dos homens.

O procedimento adotado pelo liberalismo, pode-se dizer, pretendeu neutralizar o político, ou seja, “prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico” (SCHMITT, 1992, p. 88). Nas palavras de Schmitt (1992, p. 88):

O liberalismo decerto não negou radicalmente o Estado, mas por outro lado também não encontrou nenhuma teoria positiva do Estado e nenhuma reforma própria do Estado, mas procurou, isto sim, prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico; ele criou uma doutrina da divisão e do equilíbrio dos ‘poderes’, isto é, um sistema de obstáculos e controles do Estado que não se pode designar como teoria do Estado ou princípio de construção do político.

Ao que parece, a tentativa do liberalismo foi a de exercer o seu controle sobre o Estado, a de vincular o poder do Estado à sua esfera de atuação ou, ainda, criando barreiras que poderão servir aos seus interesses ou apenas neutralizando o político com relação aos interesses dos negócios privados.

Para Roberto Bueno, existe uma segunda ótica dos processos liberais que visam a desconstituir o político; a saber:

[...] percebe-se a tentativa liberal de proceder ao isolamento de um inerente elemento social, conflitivo, em prol de uma dimensão burocrático-administrativa capaz de controlar normativamente os desencontros, que se apresenta desconectada do conceito schmittiano de neutralidade do Estado efetivamente não poderá ter êxito. Schmitt encontra as raízes desta neutralização na progressão do teológico, passando pelo metafísico até chegar ao econômico (BUENO, 2010, p.62).

Conforme já mencionado, o liberalismo pretende uma supremacia do seu individualismo sobre o político, anseia por uma desconstrução do público, logo, este último passa a ser representado por sua imagem institucionalizada apenas. Assim sendo, a crítica schmittiana ao liberalismo aponta no sentido de que o procedimento neutro e despolidizado da

democracia parlamentar pode se apresentar como uma estratégica política de manutenção de poder e da dominação, e tal ação poderá ser garantida pela articulação de conceitos como os de direito e paz, por exemplo (SCHMITT, 1992, p. 92-93).

Diante de tudo que restou dito até aqui, o objetivo agora é de uma maior aproximação dos conceitos de soberania e exceção contidos na *Teologia Política*, observando-se, a partir deste ponto, os argumentos apresentados por Kelsen no que diz respeito ao conceito de soberania, haja vista o diálogo entre os autores na década de 1920 acerca deste tema, bem como pelas referências diretas de Schmitt ao pensamento kelseniano.

Sobre a questão da soberania, Newton Bignotto (2008, p. 408) afirma que:

No início da modernidade, o tema da soberania, que vinha sendo elaborado desde o final da Idade Média, veio a colocar no centro das preocupações dos pensadores europeus a questão da origem do poder e de seu fundamento. Não se tratava mais de investigar os mecanismos de elaboração das leis, mas de descobrir como elas podiam se sustentar como a referência principal para a criação e manutenção das sociedades políticas.

Ao contrário de Kelsen, Schmitt pensa o jurídico pelo político; o *Kronjurist* afirma que a ciência normativa de Kelsen irá resolver a questão da soberania apenas negando-a, o que se mostra como a típica estratégia liberal (SCHMITT, 1996b, p. 99).

A ideia de soberania para Schmitt não pode ser pensada ou reconhecida por meio do conceito de norma ou por uma normatividade jurídica, ou seja, a partir da regularidade do caso normal. Desse modo, torna-se possível uma apreensão mais nítida do sentido da definição schmittiana de que “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 1996b, p. 87).

Esta definição é colocada como a mais conhecida expressão do conceito de soberania no pensamento schmittiano, devendo ser entendida como um conceito limite. Nas palavras de Schmitt (1996b, p. 87) “conceito limite não é um conceito confuso [...] mas um conceito da esfera extrema; isso quer dizer que sua definição não se encaixa num caso normal, mas sim num caso limite”.

Esse conceito schmittiano é da maior importância para Agamben, o que não significa que o pensador italiano se filie ao pensamento de Schmitt. Todavia a partir dessa reflexão sobre a soberania é possível se repensar a política e a forma jurídica contemporâneas. Nas palavras de Agamben (2005, p. 19):

A definição schmittiana da soberania (“soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”) tornou-se um lugar-comum, antes mesmo que se compreendesse o que, nela, estava verdadeiramente em questão, ou seja,

nada menos que o conceito-limite da doutrina do Estado e do direito, no qual esta (visto que todo conceito-limite é sempre limite entre dois conceitos) confina a esfera da vida e se confunde com ela. Enquanto o horizonte da estatalidade constituía o círculo mais vasto de qualquer vida comunitária, e as doutrinas políticas, religiosas, jurídicas e econômicas que o sustentavam ainda estavam firmes, esta “esfera mais extrema” não podia verdadeiramente vir à luz. 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.

O Estado de exceção para Schmitt (1996b, p. 87) deve ser entendido “como um conceito genérico da doutrina de Estado, e não como qualquer situação emergencial ou estado de sítio”. É nesse sentido que o caso extremo se apresenta como um conceito e também como uma situação fática que não pode ser apreendida pela norma jurídica genericamente considerada.

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2010, p. 158):

Para Carl Schmitt [...] o conceito de soberania não pode ser compreendido a partir da regularidade da norma, mas da instabilidade da exceção, não, portanto, fora do âmbito do fato real da natureza e da política. Em razão disso, a soberania assinala um domínio limítrofe, problematicamente situado entre o ordenamento jurídico e o âmbito não jurídico da política.

Além do elemento político do conceito de soberania, merecem destaque dois outros movimentos conceituais de Schmitt. O primeiro está ligado à sua concepção de Estado de exceção e sua aproximação com a teologia, quando o autor afirma que “todos os conceitos expressivos da moderna doutrina do Estado são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 1996b, p. 109). O segundo momento é o destaque feito por Schmitt ao que ele imagina ser o elemento central e específico do jurídico, a saber: a decisão (SCHMITT, 1996b, p. p. 92). Para Newton Bignotto (2008, p.406-407), Schmitt alinha conceitos diferentes, quais sejam: soberania, exceção e decisão, e os coloca como ponto de partida para qualquer espécie de reflexão sobre as condições da vida em toda sua extensão; leva em consideração toda a conflituosidade existente e não apenas o caso normal. Todavia, os argumentos de Schmitt acerca da decisão soberana não serão analisados em sua plenitude nesse ponto, não só pela pretensão de reflexão acerca da soberania, mas, também, por Agamben se valer de tal conceito, o que será analisado adiante.

É interessante notar, a partir de tal matriz conceitual, que a figura do soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, significa dizer, entre o mundo contingente da política e a ordem jurídica, e existe em Schmitt uma dupla imagem da ordem,

caracterizada uma como jurídica e outra política. Por conseguinte, para Schmitt (1996b, p. 93):

Não existe norma aplicável ao caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse estado normal é realmente predominante. Todo Direito é um direito “situacional”. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão. É nisso que reside a essência da soberania estatal que, portanto, define-se corretamente 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. O caso de exceção revela com maior clareza a essência da autoridade estatal. Nesse caso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (formulando-a paradoxalmente) a autoridade prova que, para criar a justiça, ela não precisa ter justiça.

Nota-se claramente a postura anti-normativa de Schmitt, que já, na *Teologia Política*, fixa as bases conceituais de sua crítica ao constitucionalismo liberal. Fica claro que Schmitt, ao contrário de Kelsen, não pensa o conceito de soberania no sentido de um conceito jurídico conectado com uma totalidade ligada ao sistema de um ordenamento jurídico ideal, ou como uma exigência lógica em sentido transcendental, tendo por base uma norma fundamental pressuposta (GIACOLA JUNIOR, 2010, p. 158).

O conceito de soberania, ligado aos conceitos de exceção e decisão, parece se apresentar aqui não apenas como uma ideia de poder que mantém o direito, mas, também, como uma perspectiva conceitual fundadora do Direito, da ordem jurídica. Nessa perspectiva argumentativa, por óbvio que representando interesses diferentes, o argumento schmittiano se aproxima da reflexão de Walter Benjamin exposta em seu ensaio *Crítica da violência – crítica do poder*, oportunidade em que o frankfurtiano, em verdade, se coloca na fileira da tradição dos oprimidos e combate as teses schmittianas acerca do poder e da soberania.

Segundo Alexandre Sá (2003, p. 159):

Para o Schmitt de *Politische Theologie* a relação entre Estado e direito parece inverter-se. O Estado não é já determinado através da efetivação de um direito prévio que lhe esteja subjacente, mas como o suporte de uma decisão soberana constituinte da ordem jurídica. Tal quer dizer que aqui já não é o direito que antecede o Estado, enquanto poder fáctico que o efetiva, mas o próprio Estado que, na facticidade de seu poder, antecede e funda o direito.

Dessa maneira, o estado de exceção pode ser compreendido pela racionalidade jurídica, mesmo que se entenda que ele esteja fora da forma jurídica, pois a exceção não se confunde com o caos e a anarquia, colocando em evidencia, segundo Schmitt, o elemento central do jurídico, a saber: a *decisão*, e o titular do poder de decidir que é o soberano. Schmitt destaca, no conceito de estado de exceção, questões que Kelsen tenta resolver pela dimensão jurídica; significa dizer, pela via normativa de uma *Teoria Pura do Direito*, que não admite qualquer espécie de ingerência, se assim podemos dizer, do conceito do político.

Destarte, do ponto de vista da teoria do direito e da teoria da Constituição de Carl Schmitt, o caso excepcional é mais interessante que o caso normal, pois “o normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção” (SCHMITT, 1996b, p. 94).

A crítica de Schmitt, como dito, é endereçada ao liberalismo e sua concepção de forma jurídica, de Estado de Direito e, também, o constitucionalismo liberal do século XX não fica isento de críticas na análise schmittiana. Schmitt, ao criticar a teoria do direito de Kelsen, irá propor que o elemento jurídico fundamental não é norma jurídica ou, “no enfoque jurídico, o Estado é idêntico à sua Constituição, isto é, à norma básica unificada” (SCHMITT, 1996b, p. 97), mas, sim, caracteriza o elemento jurídico fundamental como a decisão.

Na *Teologia Política*, Schmitt aproxima o elemento decisão dos conceitos de soberania e exceção, pois de acordo com Oswaldo Giacoia (2010, p. 158) “a soberania assinala um domínio limítrofe, problematicamente situado entre o ordenamento jurídico e o âmbito não jurídico da política”.

Levando em consideração a forte crítica schmittiana ao liberalismo, Bernardo Ferreira (2004, p. 173) argumenta que:

A insistência de Schmitt na polaridade entre público e privado resulta do fato de que essa antítese é constitutiva da sua própria concepção da vida política. No seu pensamento, a dimensão pública é a única dimensão verdadeiramente política. Uma breve consideração sobre quem é o soberano e o que é a unidade política na reflexão de Schmitt permite reconhecer esse ponto. O soberano, em primeiro lugar, é, por definição, um sujeito público. Contudo, veja-se bem, trata-se de um sujeito público não apenas porque o seu titular desempenha uma função pública, mas, acima de tudo, porque o soberano não é um sujeito individual determinado e sim um lugar público de decisão a ser ocupado no interior do sistema jurídico-político. A decisão soberana é pessoal sem que seja possível identificar quem é a subjetividade portadora da soberania (...). Da mesma forma, essa *decisão* não é uma escolha decorrente de preferências privadas, mas um *ato de vontade pessoal determinado pela necessidade de definição das condições da ordem pública*.

A longa citação supra se faz interessante na medida em que demonstra, ao contrário do que se afirma muitas vezes, que o decisionismo schmittiano não é um mero capricho pessoal de uma subjetividade tirana, por exemplo, podendo se apresentar como um espaço público em que há a necessidade de uma *decisão política* definida pelas condições da ordem pública, pois não é suficiente apenas a discussão pública.

Segundo Alexandre Franco de Sá (2003, p. 170) a gênese do decisionismo pode ser assim caracterizada:

Trata-se da distinção entre *ordem* e *ordem jurídica*, a qual estará na origem da sua futura distinção entre *nómos* e *lei*. É em *Politische Theologie*, ao defender o carácter ilimitado do poder do Estado, ao argumentar que todo direito é “direito de situação”, decidido por um Estado soberano cujo poder decisório é puro e sem vínculos, que Schmitt apresenta a distinção fundamental entre direito enquanto ordem jurídica e ordem propriamente dita. A decisão de um Estado que funda o direito, e que se caracteriza pela possibilidade de abrir uma exceção a este direito, não surge a partir de um puro vácuo. Ela não resulta de uma vontade inteiramente arbitrária, de uma vontade que não se encontra como critério de acção senão a sua própria arbitrariedade. Pelo contrário: uma tal decisão surge em nome de um direito mais fundamental, de uma ordem anterior à própria ordem jurídica por ela efectivada. O Estado decide puramente o direito e, nessa medida, é caracterizado no seu poder, enquanto soberano, pela possibilidade da abertura de um estado de exceção. Contudo, ele não pode abrir um tal estado em nome de um capricho ou de um mero arbítrio, mas sempre em nome de uma ordem superior que, enquanto, superior, se pode assinalar como meta-jurídica.

Para Schmitt, a decisão soberana está inserida em uma ordem política contingente e a forma jurídica deve reconhecer esta pressuposição da existência de uma decisão soberana que funda a ordem jurídica (MACEDO JUNIOR, 1997, p. 119). Schmitt trata da questão da forma jurídica e sua relação com a decisão soberana, levando em consideração a peculiaridade da primeira, portanto. Nessa perspectiva, ao criticar Kelsen, Schmitt (1996b, p. 108) entende que, “na oposição entre sujeito e conteúdo da decisão e no significado intrínseco do sujeito, é que reside o problema da forma jurídica. Ela não possui o vazio apriorístico da forma transcendental, pois surge justamente da condição jurídica concreta”.

No entendimento de Agamben (2004, p. 52), a exceção (ou estado de exceção) representa “a inclusão e a captura de um espaço que não está fora nem dentro” do ordenamento jurídico, correspondente à norma anulada e suspensa. Apresenta-se aqui o paradoxo do conceito schmittiano de soberania, que deriva do estado de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 57).

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2010, p. 159) “o estado de exceção é; em sua estrutura, paradoxal: ele tem origem na prerrogativa que a constituição concede ao soberano de suspender a ordem jurídico-constitucional no todo ou em parte”.

Assim, ao partir de uma crítica ao liberalismo político e ao Estado de Direito liberal, Schmitt propõe uma face ilimitada do poder estatal, argumentando que “todo direito é direito de situação” e que, portanto, é possível se pensar em uma ordem, ainda que esta não seja uma ordem jurídica, “pois que a soberania como suprema *potestas* não se define pelo monopólio da força, mas pelo monopólio da *decisão*” (GIACOIA JUNIOR, 2010, p. 159). Dessa maneira, o soberano se encontra vinculado às suas promessas e limites legais, na medida de sua própria “avaliação” da situação limite.

A oposição feita por Kelsen deve ser, nesse ponto, considerada não só por sua polêmica com Schmitt, mas, também, pelas infundadas acusações que o autor da *Teoria Pura do Direito* sofreu e continua a sofrer de um certo *jusnaturalismo* meta-jurídico.

Nesse passo, cabe examinar como Kelsen entende o Estado na *Teoria Pura do Direito* e, na medida do possível, para além dela. A acusação sofrida pelo pensamento kelseniano, e pelo positivismo jurídico em geral, é a de que ambos legitimaram teoricamente o surgimento e o aparelhamento de estados totalitários, em especial as imagens que assombraram o século XX, especificamente o estado nazista alemão. Ainda, argumentam os críticos do positivismo jurídico, notadamente a “revigorada corrente do jusnaturalismo” (BOBBIO, 1995, p. 225)³, que, se não houve legitimação, ao menos a *estrada para a perdição* foi aberta pelo positivismo jurídico kelseniano, uma vez que sua pretensão de pureza metodológica e a abordagem descritiva da norma jurídica podem ser compreendidas como indiferença política.

No entanto, ao refletir sobre a forma do Estado, Kelsen não parece propor uma leitura indiferente, apenas se mantém distante da abordagem político-ideológica como uma maneira de se manter nos trilhos de sua proposta teórica, respeitando seu método de análise do Direito; a saber: a sua teoria epistemológica pura do direito.

³ Bobbio (1995, p. 225) descreve a polêmica antipositivista destacando as críticas apresentadas pelo realismo jurídico, que se pauta em uma discordância com os aspectos teóricos da teoria de Kelsen e, “de outro lado, a renascida [...] corrente do jusnaturalismo crítica os aspectos ideológicos do juspositivismo, destacando as conseqüências práticas funestas que deles derivam. [...]. Esta última crítica tem assumido grande relevância nos últimos anos, pois o positivismo jurídico foi considerado como uma das causas que provocaram ou favoreceram o advento dos regimes totalitários europeus e, em particular, do nazismo alemão”. Bobbio (1995, p. 225) ainda destaca que a partir de tal abordagem crítica, cunhou-se polemicamente a expressão *reductio ad Hitlerum*, que significaria a subserviência da teoria positivista ao regime político nazista, o que não parece correto se levarmos em consideração as palavras de Kelsen no que diz respeito a seu objetivo de evitar qualquer orientação política em sua teoria, argumentos que se encontram já no prefácio à 1ª edição da *Teoria Pura do Direito*.

Já na *Teoria Pura do Direito* Kelsen denuncia o caráter ideológico dos dualismos Direito/Estado; Direito Público/Direito Privado, etc. Convém mencionar que os dualismos eram muito caros ao seu opositor declarado; qual seja: Carl Schmitt, para quem, como mencionado linhas atrás, o político só pode ser pensado por meio da relação dual amigo/inimigo, bem como toda a teoria do Estado trabalha com conceitos teológicos secularizados. Para Schmitt, Kelsen resolve os problemas do conceito de soberania negando-os, o que caracterizaria “a velha negação liberal diante do direito e o desdém pela questão independente da concretização do direito” (SCHMITT, 1996b, p. 99).

Outrossim, ao argumentar contra a teoria tradicional do Estado, Kelsen afirma que tal doutrina não pode renunciar ao dualismo do Estado e Direito, pois a função ideológica da dualidade é de suma importância para a sua sustentação. É nesse contexto dual em que se encontra a expressão da legitimidade do Estado e do Direito, uma vez que, ao serem representados como pessoas diferentes (Direito e Estado), pode o Direito justificar o Estado, que põe esse Direito como forma de demonstrar a limitação de seu próprio poder, submetendo-se a ele (KELSEN, 1990, p. 301).

Nas palavras de Kelsen (1990, p. 301):

[...] Assim o Estado é transformado, de um simples fato de poder, em Estado de Direito que se justifica pelo fato de fazer o Direito. Ao mesmo tempo que uma legitimação metafísico-religiosa do Estado se torna ineficaz, impõe-se a necessidade de esta teoria do Estado de Direito se transformar na única possível justificação do Estado. Esta “teoria” torna o Estado objeto do conhecimento jurídico, a saber, da teoria do Estado, na medida em que o afirma como pessoa jurídica, e, ao mesmo tempo e contraditoriamente, acentua com todo vigor que o Estado, porque e enquanto poder e, portanto, algo de essencialmente diverso do Direito, não pode ser concebido juridicamente.

Parece possível visualizar a forte crítica de Kelsen à concepção dual da tradicional teoria do Estado de Direito. Para Kelsen, há uma identidade do Estado e do Direito, em seu entendimento, somente uma ordem jurídica relativamente centralizada pode ser denominada Estado (KELSEN, 1997, p. 290).

Ao entender o Estado como imagem identificada à ordem jurídica relativamente centralizada, Kelsen justifica o método descritivo da *Teoria Pura do Direito*; para o *jusfilósofo* tcheco, “a teoria pura do direito limita-se a uma análise estrutural do direito positivo. [...] A Teoria Pura do Direito trata o Direito como um sistema de normas válidas criadas por atos de seres humanos” (KELSEN, 1997, p. 291).

Segundo Kelsen (1990, p. 302):

[...] Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. Mas nem toda ordem jurídica é um Estado. Nem a ordem pré-estatal da sociedade primitiva, nem a ordem jurídica internacional supra-estatal (ou interestatal) representam um Estado. Para ser um Estado, a ordem jurídica precisa ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, que instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e a aplicação das normas que a formam; tem que apresentar certo grau de centralização. O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada.

Uma interpretação desta passagem livre de má-fé não pode dar margem à acusação sofrida por Kelsen de que sua teoria é capaz de legitimar estados absolutos, autocráticos ou totalitários. Kelsen, ao que parece, pode ser compreendido como um combatente de todas as formas de absolutismo, e sua resistência ao poder absoluto, além de lhe custar a tranquilidade, fica bem evidente quando analisa a questão do poder do Estado, pois, para Kelsen, esta relação de poder é diferente de outras na medida em que é uma circunstância juridicamente regulada. Dessa forma, “o poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida atrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica” (KELSEN, 1990, p. 305).

Na tentativa de sairmos do contexto da *Teoria Pura do Direito*, importante notar que Kelsen expõe algumas relevantes reflexões em outros textos, e no presente trabalho observaremos mais de perto seus argumentos em “*Deus e o Estado*” e o “*Estado como integração*”. No primeiro, Kelsen se coloca, claramente, em oposição aos argumentos absolutos do jusnaturalismo que pretendem, por esta via, legitimar o poder estatal, ou seja, a legitimidade do Estado estaria vinculada a alguma fundamentação ou ideia metafísica com certo caráter sagrado. Partindo das reflexões freudianas, em *Deus e o Estado*, Kelsen explica a identidade psicológica entre a atitude religiosa e a social, com relação à autoridade e como os soberanos se apropriariam de tal estratégia para justificar sua dominação.

Para Kelsen (2011, p. 43):

O Estado é também concebido essencialmente enquanto pessoa, e como tal constitui apenas a personificação de uma ordem: a ordem jurídica. Entender de maneira unitária a multiplicidade das relações jurídicas dos indivíduos: eis a função possibilitada pelo conceito de ordem jurídica.

Ao pugnar pela identidade entre Estado e ordem jurídica, Kelsen pretende não só demonstrar uma contradição sistemática da abordagem dualista de Estado e Direito, mas, sobretudo, denunciar quando a concepção dual de Estado e Direito pode ser fonte de abusos jurídico-políticos, pois este dualismo pode se converter em um novo aspecto dual que se mostrará o enfrentamento de dois sistemas normativos opostos, a saber: “um, com o nome de ‘Estado’, razão de Estado, interesse de Estado [...] é apreciado positivamente em toda ocasião que o outro, o direito ‘positivo’, acarreta conseqüências indesejáveis para os governantes, que em realidade são idênticos a tal ‘Estado’ (KELSEN, 2011, p. 48).

Apesar da acusação de Schmitt (1996b) de que, no terreno político, a atitude apolítica (neutra) é uma decisão e uma ação política e, ainda, que a postura de Kelsen representa a típica postura do liberalismo⁴, Kelsen se opôs vigorosamente à tradicional teoria do Estado, enfrentando-a em seus domínios teóricos, como se verifica de sua polêmica não só com Schmitt, mas também com Rudolf Smend, no *Estado como integração*, obra em que o Kelsen aponta as várias deficiências do conceito de integração na teoria do Estado.

Na tentativa de se evitar o reducionismo e o chamado das rotulações fáceis com relação ao pensamento de Kelsen, principalmente no que diz respeito à questão do positivismo jurídico, reconhece-se a importância das temáticas que gravitam em torno da questão do normativismo e do conceito de direito, em especial, as discussões acerca da relação entre direito e moral e o princípio de separação. A esse respeito destaca Robert Alexy (2009, p. 3) que “o principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista”.

A consolidação da teoria do positivismo jurídico, conforme mencionado por Norberto Bobbio se dá no século XIX, podendo ser apontadas algumas matrizes teóricas, ou seja, podemos falar em “positivismos” já nos séculos XVII e XVIII. Como havíamos destacado, o pensamento existente na tradição anglo-saxônica iniciado por Thomas Hobbes pode ser o primeiro exemplo de positivismo jurídico.

No entanto, Jeremy Bentham (1784-1832), um pensador exponencial da tradição utilitarista e inserido no contexto inglês, apresentou uma posição interessante, tendo em vista que desenvolveu uma perspectiva crítica às posições de Blackstone, propondo uma teoria para

⁴ Segundo Carlos Miguel Herrera, apesar da acusação schmittiana dirigida a Kelsen como sendo um liberal, tal caracterização se apresenta complexa. É possível se identificar alguns traços do pensamento liberal na obra kelseniana, contudo, não se trata de um liberalismo *stricto sensu*, pois o jurista de Viena tece críticas ao sistema liberal e, em muitos de seus escritos, Kelsen fará distinção entre os conceitos de democracia, liberalismo e capitalismo (HERRERA. 1998, p. 201-204).

a codificação como forma de racionalizar a legislação e obter uma ciência do direito livre de ingerências metafísicas ou idealismos (BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 187-188). Ainda em solo inglês, podemos citar os trabalhos desenvolvidos nesta “via positiva” por John Austin que, segundo Stanley Paulson (2011, p. 110), reflete, a partir de seu conceito de soberania, e esta última pode ser “reconduzida, por sua vez, a concatenações de fato, então, segundo Austin, tal é suficiente para explicar os materiais tipicamente jurídico-normativos” e, de forma mais analítica, de Hebert Hart com a questão da regra de reconhecimento em seu famoso *o Conceito de Direito*.

Como outra imagem do positivismo jurídico, podemos lembrar a escola da exegese de tradição francesa (1830 e 1880), que pretendia afastar qualquer influência filosófica da ideia de Direito, o que se demonstra por seu projeto de codificação (como o código de Napoleão, por exemplo) (BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 187). Simone Goyard-Fabre (2002, p. 114), analisando a formação do *Código Civil* e a questão da sistematicidade no formalismo francês, destaca que a concepção de sistema parte de princípios gerais claramente estabelecidos e autoriza que todas as disposições do código formem um conjunto ordenado e coerente, podendo os detalhes ser deduzidos logicamente dele.

Levando em consideração tais “roupagens” do positivismo jurídico é possível verificar não só a fecundidade do debate, mas, sobretudo, sua complexidade e extensão. A menção a tais reflexões se justifica tendo em vista a série de ataques sofridos pelo positivismo jurídico, principalmente após 1945. O que se pretende evitar, em primeiro lugar, é o equívoco metodológico – quiçá proposital – de se acusar o positivismo jurídico por atrocidades e pela barbárie humana, principalmente pelos horrores do nazismo e do fascismo.

A teoria que aparentemente mais influência exerceu na racionalidade jurídica, em especial no século XX, foi exatamente a proposta do tcheco Kelsen. Segundo Kelsen (1991, p.63), “ao definir o Direito como norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitamo-lo em face da natureza e ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural”.

O argumento retirado da principal obra de Hans Kelsen propõe como princípio metodológico, garantir um conhecimento voltado apenas ao Direito, excluindo deste campo tudo aquilo que não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito (KELSEN, 1991, p.1); assim, Kelsen propõe uma ideia de ciência jurídica a partir do reconhecimento de sua autonomia e, para tanto, o projeto de uma *Teoria Pura do Direito* se justifica enquanto uma proposta de epistemologia jurídica.

Segundo Stanley Paulson (2011, p. 118), “as interpretações da ideia de Kelsen sobre normatividade percorrem todos os possíveis entendimentos alternativos, desde uma visão contrafactual da normatividade até uma tese sobre a normatividade ‘justificada’”.

A racionalidade jurídica moderna irá se desenvolver no contexto dos fecundos debates acerca do positivismo jurídico, em especial acerca do conhecido “confronto”, também com forte influência kantiana, entre razão prática e razão teórica que, de maneira direta ou indireta, transcorre boa parte da filosofia jurídica que, voluntária ou involuntariamente, se subsumem ao rótulo do dito ‘positivismo jurídico’ [...] (CHAHURUR, 2011, p. 30).

O ser e o dever-ser jurídicos estabelecem a noção ou fundamentam o conceito de imputação jurídica. A norma jurídica é geral e abstrata e descreve normas de conduta que regulamentam a vida em sociedade, positiva ou negativamente, ordenando, conferindo poder ou competência ou, ainda, permitindo uma determinada conduta, caracterizando-se esta parte descritiva como sendo o antecedente. Dentro da estrutura da norma jurídica há um conseqüente que é a sanção jurídica.

Desse modo, a ideia de imputação jurídica, ou *ser e dever-ser jurídicos*, para Kelsen, parece estar ligada ao antecedente como descrição da conduta (se caracteriza como o ser) e a sanção (como conseqüente) é o dever-ser, ou seja, o positivamente permitido, o autorizado e o ser prescrito no ato coercitivo.

Kelsen (1991, p. 129) argumenta que o conceito de dever jurídico:

[...] encontra-se numa relação essencial com a sanção. Juridicamente obrigado está o indivíduo que, através da sua conduta, pode cometer o ilícito, isto é, o delito, e, assim, pode provocar a sanção, a conseqüência do ilícito – o delinqüente potencial; ou o que pode evitar a sanção pela conduta oposta.

A Teoria Pura do Direito parece estar fortemente influenciada pelo pensamento kantiano da escola de Marburgo, principalmente quando da apresentação de seu argumento que se refere à relação entre *ser e dever-ser*, que sustenta sua concepção normativa de ciência do direito (JAPIASSU; MARCONDES, 2004, p. 159).

Segundo Kelsen (1991, p. 18), “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor à conduta real”. Note-se que, ao contrário do que se afirma como forma de crítica ao pensador tcheco, sua proposta de uma Teoria Pura do Direito não elimina ou depura totalmente os valores do âmbito normativo, significa dizer, as normas positivadas e que são objeto da ciência jurídica “constituem valores relativos” (KELSEN, 1991, p. 19).

Nas palavras de Kelsen (1991, p. 19):

A conduta real a que se refere o juízo de valor e que constitui o objeto da valoração, que tem um valor positivo ou negativo, é um fato da ordem do ser, existente no tempo e no espaço, um elemento ou parte da realidade. Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, ser julgado valioso ou desvalioso, ter um valor positivo ou negativo. [...] Na medida em que as normas que constituem o fundamento de juízos de valor são estabelecidas por atos de uma vontade humana, e não de uma vontade supra-humana, os valores através delas constituídos são arbitrários. Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que segundo aquelas, é bom, pode ser mau segundo estas. Por isso, as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos.

Ora, a leitura⁵ das páginas iniciais da teoria pura do direito já nos mostra a inveracidade da crítica sofrida por Kelsen de que sua proposta tenta uma depuração valorativa do ordenamento jurídico. Para Andityas Costa Matos (2006, p. 115):

Não é correto afirmar – como fazem muitos – que Kelsen realiza uma depuração axiológica no direito. Seria realmente impossível pensar o fenômeno jurídico como algo desvinculado dos valores. O que ocorre é que para ele a ciência jurídica não pode prescrever valores, mas apenas descrever seu objeto, ou seja, normas jurídicas que têm valores como conteúdo.

O projeto de Kelsen de construir uma ciência jurídica autônoma e fundada em seus próprios pressupostos, não derivado de qualquer outro sistema normativo, como, por exemplo, a moral, apresenta-se como uma tentativa ambiciosa de livrar o universo jurídico de naturalismos ou jusnaturalismos e crenças metafísicas que, sobretudo, tinham por objetivo garantir o poder político.

Segundo Stanley Paulson (2011, p. 121):

[...] O projeto de Kelsen ao longo de muitas décadas, foi acima de tudo, uma tentativa ambiciosa e de largo alcance de demonstrar, primeiramente, que o naturalismo na ciência jurídica de *fin de siècle* estava enganado e, em segundo lugar, desenvolver rudimentos de uma teoria alternativa que asseguraria a autonomia (*Eigengesetzlichkeit*) do direito e, ao mesmo tempo, a pureza (*Reinheit*) da ciência jurídica.

⁵ Juan Antonio García Amado (2012a, p. 23) argumenta que “Por que se mente sobre Kelsen nas aulas e nos livros? Por ignorância e por má-fé. Por ignorância, já que uma coisa é citar e outra, ter lido. Mas há, sobretudo, má-fé”.

Importante lembrar que o objeto a ser descrito pela ciência jurídica é a norma e para Kelsen há uma distinção entre normas jurídicas primárias e secundárias. Aquelas de maior relevância para o tcheco são as primeiras, uma vez que se destinam aos comandos, aos funcionários do Estado, o que demonstra a função regulatória que o direito exerce sobre a ação do Estado. Assim, podemos concluir esta parte com Andityas Costa Matos (2011, p. 90), pois também parece-nos que:

essa intrincada construção teórica, segundo a qual os verdadeiros destinatários dos comandos jurídico-normativos são os funcionários aplicadores do direito, reflete os valores fundamentais que inspiraram a obra kelseniana, que são, evidentemente, o relativismo axiológico e o democratismo político

Desse modo, retirando a possibilidade de uma decisão soberana que para fundar o direito não precisa da forma jurídica, o normativismo kelseniano pode ser, em realidade, um limite ao poder soberano.

Por fim, destacou-se nos argumentos supra que os fundamentos da forma jurídica podem estar ligados à decisão soberana, ou a uma norma fundamental de cunho transcendental, pressuposta, que daria legitimidade à ordem jurídica por uma espécie de escalonamento; no entanto, percebe-se que tanto uma construção teórica quanto a outra mantêm em contato com a forma jurídica uma ideia de soberania vinculada à imagem do Estado fundado no contrato social, e, após os acontecimentos históricos do século XX, em especial depois das duas guerras mundiais, a humanidade tenta buscar não só explicações, mas, re-pensar seus atos e uma questão que passou a ser importante para a teoria do direito foi à forma de sua legitimação, o que será objeto de análise a seguir.

1.2. Estado democrático de direito: soberania popular e forma jurídica

Entre outras tarefas cumpridas, foram colocados no item anterior os termos que permitem compreender, com brevidade, alguns dos temas e problemas que estão ligados ao uso do conceito de Estado e de Estado de Direito, bem como de sua relação com a ideia de soberania ou de poder soberano. Como visto, há uma pluralidade de entendimentos do que se possa compreender por Estado e uma não irrazoável gama de definições da justificação do que venha a ser o Estado de Direito. No entanto, o objetivo era buscar os primórdios ou a linhagem do Estado de Direito e investigar sua relação com o poder soberano, a fim de que pudessemos cumprir com a tarefa proposta por Agamben, no sentido de uma revisita às

teorias do contrato social. Conforme mencionado linhas atrás, discutir toda esta tradição de Hobbes a Rousseau ou Kant não seria possível no presente trabalho.

Entretanto, parece uma estratégia interessante analisarmos o pensamento de um autor que se inscreve dentro da perspectiva contratualista, mesmo que dentro de uma visão crítica, e tem como um de seus métodos de trabalho a *reconstrução*. Estamos falando de uma aproximação do pensamento de Jürgen Habermas (1929-), em especial de suas reflexões a respeito do Estado Democrático de Direito e de sua forma de relação com a soberania; significa dizer, do modo de fundamentação do sistema de direitos estatal. Habermas é eleito aqui não só porque passa por toda tradição contratualista ao pensar a forma jurídica democrática, mas, também, devido à sua influência e às implicações de sua teoria para a filosofia do direito e, ainda, por não parecer estar muito distante das reflexões de Agamben, no sentido de uma crítica direcionada pelo filósofo italiano, o que parece ficar demonstrado em um exemplo apresentado por Agamben em *O que resta de Auschwitz*⁶, cujo alvo é a ética discursiva e a teoria da ação comunicativa, mesmo que, nominalmente, a crítica seja endereçada a Karl Apel, que, como de conhecimento, pesquisou durante muito tempo com Habermas a respeito da ética do discurso. A esse respeito, seria oportuno destacar uma passagem de *O Que Resta de Auschwitz*, na qual Agamben aborda um tema suficiente para justificar a presença de um tópico dedicado ao pensamento habermasiano nesta dissertação:

Auschwitz é a refutação radical de todo princípio de comunicação obrigatória. E não só porque, de acordo com o testemunho constante dos sobreviventes, a tentativa de induzir um *Kapo* ou um membro das SS a comunicar provocava frequentemente apenas cacetadas, ou porque, conforme é lembrado por Marsalek, em certos Lager toda comunicação era substituída pelo bastão de borracha que, por esse motivo, havia sido ironicamente rebatizado como *Der Dolmetscher*, ‘o intérprete’. [...] A objeção decisiva é outra. É, mais uma vez, o muçulmano. Imaginemos por um momento que, graças a uma prodigiosa máquina do tempo, podemos introduzir o professor Apel no campo, levando-o a ficar frente a um muçulmano, pedindo-lhe que procurasse testar também aqui a sua ética da comunicação. Acredito que, sob qualquer ponto de vista, seja preferível desligar nossa máquina do tempo e não prosseguir no experimento, pois há o risco de que, apesar de todas as boas intenções, o muçulmano fique mais uma vez excluído do humano (AGAMBEN, 2008, p. 72).

⁶ Segundo Agamben o fato da simples aquisição da faculdade de comunicação não obriga o agente, de modo algum, a falar, o que nos parece uma objeção radical, até mesmo um pensamento antagônico ao de Habermas. Em suas palavras o pensador italiano destaca que “o fato de que para o falante exista já uma língua – não inclui em si obrigação alguma de comunicar” (AGAMBEN, 2008, p. 72).

A partir dessas considerações, compreende-se que Agamben se coloca num polo oposto ao de Habermas no arco teórico a respeito da forma jurídica e da Democracia, podendo, mesmo, ser considerado um antípoda do pensamento de Habermas.

Contudo, a fim de evitar uma crítica leviana ao pensamento do filósofo alemão, serão apresentadas, mesmo que de forma sumária, algumas das linhas de força de suas reflexões. O que se pretende é aproveitar as reflexões de Habermas acerca da forma jurídica (direito), a fim de se apresentar outro olhar sobre o Estado Democrático de Direito que, como dito, pode ser colocado em oposição ao pensamento de Agamben, mesmo que, em certa medida, tenha partido de referenciais aproximados, como pensamos ser o caso de uma leitura do marxismo.

Nesse sentido, não parece incorreto tomar Habermas como um dos herdeiros, e pertencente à chamada “segunda geração”⁷, da denominada Escola de Frankfurt. Pode-se, então, dizer que seu pensamento se desenvolve no contexto da teoria crítica da sociedade e tem por objetivo uma revisão não só da teoria social crítica, mas, também, de uma reconstrução do marxismo que visa a compreender as características e modos de atuação do capitalismo industrial mais avançado da sociedade contemporânea (JAPIASSU; MARCONDES, 2006, p. 126). Importa mencionar que, devido ao seu objetivo reconstrutivo, que pretende fixar as bases de sua própria teoria, Habermas não fica refém de um único referencial teórico, como, por exemplo, o marxismo, pois é, nesse ponto, que também nos interessa, na medida em que irá se valer do pensamento de autores como Locke, Rousseau e Kant, em especial destes últimos, para construir sua teoria político-jurídica. Apresenta-se oportuno mencionar que o direito não se colocava como um tema de grande relevância para Habermas quando pensamos em seus escritos de juventude, no entanto, pelo fato de ter dentro de seus objetivos de pesquisa o Estado burguês capitalista, de alguma forma tinha de refletir acerca do jurídico.

Parece interessante alguma consideração a respeito da teoria social crítica de Habermas, pois tem por objetivo a reconstrução dos pilares da racionalidade científica e do projeto da modernidade pela via comunicacional. Habermas, ao partir do diagnóstico de Weber sobre a ideia de racionalidade instrumental (que visa fins), pretende alargar este conceito para além de um sujeito detentor de uma racionalidade dominadora e, nesse sentido, desenvolve seu conceito de racionalidade comunicativa que tem por objetivo a formação discursiva da vontade (intersubjetividade), que tem por meta o estabelecimento do consenso, inclusive, com a finalidade de obstaculizar a pretensão colonizadora (dominadora) da

⁷ Talvez não seja exagerado tomá-lo como o maior expoente e representante desta tradição no que diz respeito à sua geração.

racionalidade estratégica ou instrumental. O filósofo alemão apresenta, em sua teoria social crítica, uma separação, na sociedade pós-convencional, entre mundo da vida, formado pela cultura, sociedade e a personalidade e os sistemas sociais, estes representados pela arte, política, economia e o próprio direito, por exemplo.

É no mundo da vida que os indivíduos realizam suas ações cotidianas e podem se valer da racionalidade comunicativa. Com relação à esfera sistêmica ou dos sistemas sociais, Habermas destaca que, na maior parte das vezes as ações são guiadas pelo êxito; isso significa dizer que são orientadas pela racionalidade estratégica ou instrumental e invariavelmente pretendem colonizar (dominar) o mundo da vida.

A respeito da separação entre mundo da vida e esfera sistêmica, Lucia de Carvalho Aragão (1997, p. 118) destaca que:

Habermas defende a idéia de que as sociedades são originalmente um todo formado pela intersubjetividade do reconhecimento de tradições, valores e normas de ação comuns, o que lhes confere uma característica essencialmente integradora. Acontece que este todo, ao longo da evolução, devido ao aumento da complexidade das sociedades, gerado a partir das necessidades de reprodução material, foi desmembrado em áreas diversas, cada qual responsável por funções específicas. Isto se deu, tanto com referência às funções de reprodução material, quanto em relação às funções de reprodução simbólica, criando-se, de um lado, um campo formado pela economia, administração, sistema jurídico e complexo militar, além da ciência, denominado genericamente sistema, do qual cada um dos mencionados é um subsistema, e, de outro, uma esfera formada pela cultura, sociedade e personalidade, que são reunidas sob a denominação de mundo da vida.

Antes mesmo de nos aproximarmos mais da filosofia do direito habermasiana, é interessante levarmos em consideração seu conceito de racionalidade comunicativa, dado que este é um elemento central do edifício teórico de Habermas. Vejamos uma das suas formulações:

Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo lingüístico, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se reafirmam a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências que tem acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação,

no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. (HABERMAS, 2003, p.79)

Com estas breves considerações a respeito da teoria social e do agir comunicativo de Habermas, tem-se que é, a partir de tais pressupostos teóricos, que o professor alemão irá pensar o direito, a forma jurídica. De início, é possível afirmar que Habermas enxerga um déficit de legitimidade na forma jurídica tal como ela foi pensada na modernidade; em especial, o autor da teoria da ação comunicativa analisa uma questão que lhe parece paradoxal e diz respeito a como vislumbrar legitimidade democrática na legalidade.

Segundo Habermas (1986, p. 201):

É preciso reconhecer que as teorias do direito natural, de Hobbes até Rousseau e Kant, mantêm certas conotações metafísicas. Rousseau e Kant, todavia, através de seu modelo de um contrato social que permite aos parceiros do direito regular democraticamente a sua convivência, por serem livres e iguais, fazem jus à exigência metódica de uma fundamentação procedimental do direito. Nesta tradição moderna, as expressões “natureza” e “razão” não representam conteúdos metafísicos; elas servem, ao invés disso, para explicar os pressupostos que possibilitam força legitimadora de um acordo. Tal modelo contratual permite deduzir condições procedimentais para uma formação racional da vontade.

O objetivo de Habermas, ao refletir sobre a forma jurídica, parece ser o de estabelecer um critério ou pensar uma forma de (re)construção legítima do sistema de direitos, de tal modo que, os atingidos ou concernidos pelo direito não podem ter uma postura meramente passiva e esperar a concessão desses direitos, mas, sim, têm de participar de sua formação, o que demonstraria a vinculação de Habermas ao conceito kantiano de autonomia, em especial, de uma ideia de autonomia pública que faria surgir o sujeito de direitos, por meio da passagem do súdito ao cidadão. Dessa maneira, o cidadão ou este sujeito de direitos seria aquele que teria uma espécie de aprendizagem e amadurecimento moral, entenda-se aqui uma moralidade procedimental, o que acarretaria o surgimento ou implicações universalistas, destacando, desse modo, a dimensão pública da autonomia em forma de autolegislação (VALLESPÍN, 1998, p. 28).

Para Delamar Dutra (2004, p. 65):

Trabalhando com essas ambivalências decorrentes das formulações do Estado de direito, pretende-se apresentar tais formulações ao modo de uma aprendizagem, em que, se concebida tal figuração ao modo procedimental, as figurações poderão tomar uma roupagem autocorretiva, em razão da

presença de sujeitos que podem se auto-interpretar, não só como destinatários dos direitos do Estado de direito, mas como autores dos mesmos, a partir da discursividade própria do procedimento comunicativo.

Vale observar que Habermas está pensando a reconstrução da forma jurídica ao partir de uma aproximação das ideias de direito e moral, dessa forma, sua formulação teórica é, nesse ponto, bastante diferente da concepção de Kelsen, por exemplo, mas, de modo algum estranha a ela, pois, na perspectiva habermasiana, a moral procedimental ou o ponto de vista moral, no sentido de uma autonomia pública, pode servir como base democrática, a fim de se legitimar o direito positivo ou a esfera da legalidade; logo, Habermas procede a um deslocamento da ideia de soberania da relação vertical imaginada por Hobbes e passa a pensar na legitimação da forma jurídica por meio do exercício da soberania popular (autolegislação).

Afirma Habermas (2003, p. 284) que:

O conceito de cidadania desenvolve-se a partir do conceito rousseauiano de autodeterminação. No início, a “soberania do povo” era entendida como uma limitação ou inversão da soberania do príncipe, a qual repousava num contrato celebrado entre o povo e o governo. Porém nem Rousseau, nem Kant entenderam a soberania do povo como uma transferência do poder de governo, de cima para baixo, ou como a divisão da autoridade entre dois partidos. Para eles, essa soberania significava a transformação da soberania em *autolegislação*. O lugar do pacto histórico, ou do contrato entre poderes, é ocupado pelo contrato social, entendido como modelo abstrato para a *constituição* de uma autoridade que se legitima através do exercício da autolegislação democrática.

Para avançar no que diz respeito à sua reconstrução da forma jurídica, Habermas pretende demonstrar a necessidade de uma formação democrática da vontade da comunidade de parceiros do direito, que, ao se entenderem como cidadãos, necessitam buscar um consenso formado, discursivamente, a respeito de quais direitos devem atribuir-se uns aos outros. Tal perspectiva procedural e democrática da formação da opinião e da vontade transforma-se na constituição do Estado de direito (HABERMAS, 2003, p.284). Por conseguinte, pensar a constituição nesta base democrática e nestas condições é expressão de uma escolha pela defesa da liberdade que não está mais ligada à concepção de direitos subjetivos de ordem apenas negativa, significa dizer, direitos civis de defesa contra uma possível investida do poder soberano, mas, passa, agora, a se caracterizar como direitos políticos de participação exercidos pelo deslocamento da ideia de soberania, então verticalizada, para uma concepção de soberania popular (DIAZ, 1987, p. 350).

Nessa ocasião, apresenta-se como oportuno aproximar outro relevante conceito da teoria político-jurídica de Habermas, a fim de que possamos melhor compreender a relação entre forma jurídica e poder político, pois, o conceito de esfera pública é um dos principais eixos de conexão do pensamento habermasiano. Tal assertiva desprende-se do fato de que, desde a publicação de *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, esse tema não foi mais abandonado por Habermas. Inicialmente, é importante observar que o conceito de esfera pública sofre algumas modificações à medida que avança a construção da obra habermasiana, talvez pelo aumento de sua preocupação em pensar a forma jurídica e as formas de sua legitimação, e pela necessidade de se pensar um espaço para a formação autônoma da opinião e da vontade livre das expectativas da razão instrumental e de qualquer espécie de coerção.

Em *Mudança Estrutural da Esfera Pública* Habermas (1984, p. 42) afirma que:

A esfera pública burguesa pode ser entendida inicialmente como a esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social. O meio dessa discussão política não tem, de modo peculiar e histórico, um modelo anterior a racionalização pública [...].

O autor alemão faz um resgate histórico-sociológico da formação da esfera pública, buscando demonstrar o papel desempenhado pela burguesia na estruturação desta categoria e suas implicações, inclusive, no que diz respeito à forma jurídica. Nessa linha, a esfera pública pode ser entendida como o espaço formado por pessoas privadas que constituem o público, com o fim de reivindicar seus interesses, significa dizer, buscam tematizar certos interesses particulares que se tornam coletivos.

Nesta reflexão primeva a respeito da esfera pública em que Habermas a caracteriza como burguesa, o propósito é diagnosticar as estruturas sociais que fundamentaram o estágio atual da sociabilidade, e eventuais impactos que podem ser gerados na vida em sociedade pela formação da esfera pública através da opinião pública dos cidadãos, fazendo um resgate histórico, por meio do surgimento dos primeiros meios de comunicação; contudo, este não é o objeto do trabalho. Importa dizer que a relevância se restringe em vislumbrarmos que a ideia de esfera pública nasce ligada à imagem do espaço de comunicação, com contornos políticos.

O interessante para a proposta desta investigação está no fato de se compreender o conceito de esfera pública como um espaço político que poderá desencadear influências para a estruturação da forma jurídica e, ainda, os reflexos que tal influência pode ocasionar para a legitimidade do sistema jurídico. A este respeito, Habermas (1984, p. 71) argumenta que “na

esfera pública burguesa, desenvolve-se uma consciência política que articula, contra a monarquia absoluta, a concepção e a exigência de leis genéricas e abstratas e que, por fim, aprende a se auto-afirmar, ou seja, afirmar a única opinião como única fonte legítima das leis”.

O destaque fica para a conotação política da esfera pública, nesse ponto de caracterização da esfera pública pensada como um conceito ou categoria relevante para a burguesia. Ao menos parece ser tão relevante quanto entendê-la como espaço público de comunicação livre de qualquer tipo de coerção, o que é também visualizar a sua face ou institucionalização política, a fim de que possamos compreender os reflexos que serão gerados na regulamentação ou institucionalização jurídica.

Com uma análise histórica, sustenta Habermas (1984, p. 93) que:

Durante o século XVIII, a esfera pública assume funções políticas, mas o modo de ser da própria função só pode ser entendido, naquela fase específica da evolução da sociedade burguesa, como um todo, em que intercâmbio de mercadorias e trabalho social grandemente se emancipam de diretivas estatais. No ordenamento político como que esse processo chega a seu término provisório, não por acaso a esfera pública passa a ter uma função central: ela se torna diretamente o princípio organizatório dos Estados de Direito burgueses como forma de governo parlamentar [...].

Na linha do diagnóstico supra, do papel da esfera pública como fundamento dos Estados de Direito, parece que a emancipação da sociedade burguesa, enquanto esfera privada, somente será alcançada com o desenvolvimento pleno da esfera pública; significa dizer: a esfera pública surge como forma reivindicatória de interesses contra a monarquia absoluta para, posteriormente, consolidar-se como meio de dominação ou espaço político, alcançando o *status* de princípio organizatório dos Estados de Direito burgueses.

No entanto, cumpre ressaltar, mais uma vez, que o conceito de esfera pública sofre modificações ao longo da evolução do pensamento de Habermas, ainda que, algumas características “resistam ao tempo”, conforme se verifica da ausência de perda de sua face política.

O avanço do pensamento de Habermas faz com que ele rearticule o conceito de esfera pública, com o objetivo de inseri-lo como elemento de sua teoria da ação comunicacional, ou seja, a esfera pública burguesa, que representava um espaço de formação da opinião de indivíduos privados que se apresentavam como interesses públicos, contudo, continha uma característica de defesa de interesses ou fins, o que configura a imagem de uma ação estratégica guiada pelo êxito, no mínimo, para a formação de um sistema de direitos

subjetivos que se colocassem como mecanismos de defesa da ação estatal ou, de alguma maneira, estivessem à disposição da expansão do sistema econômico capitalista.

Ao partirmos da reconstrução feita por Habermas do conceito de esfera pública, é possível verificar que esta ideia deve ser entendida como a de espaços públicos abertos à pluralidade de tematizações transformadas em argumentação livre de qualquer espécie de coerção externa, que mantém sua face política como condição de possibilidade de a sociedade tematizar, reivindicar e participar, estruturando sua relação com o Estado, sem sofrer influência deste ou de outras esferas sistêmicas. Com isso, demonstra-se que o caráter político da esfera pública serve como um espaço público em que a sociedade apresenta as várias argumentações, tematizando as conflitualidades dos cidadãos entre si e destes com o Estado; a esfera pública constitui, portanto, o espaço não institucional que busca conectar todas as dimensões de tematização e, de alguma forma, interfere nas condições do constitucionalismo moderno e das instituições, bem como abre espaço para formas de participação na fundamentação democrática destas mesmas instituições e da forma jurídica (VALLESPÍN, 1998, P. 32).

Na década de 90, com o surgimento da obra *Direito e Democracia*, Habermas coloca de lado a pretensão inicial de analisar a esfera pública apenas como uma categoria burguesa, lançando um novo olhar sobre o conceito. Segundo Habermas (2003, p. 92):

[...] A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas e temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural, ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática cotidiana.

Veja-se que alguns elementos do conceito antigo ainda permanecem como a ideia de espaço público de formação da opinião e da vontade, contudo, há certa preocupação de Habermas em reconstruir esta ideia, com o objetivo de definir a esfera pública como espaço de atuação do agir comunicativo voltado para o entendimento. No entanto, o caráter político do conceito não foi posto de lado quando da reconstrução do conceito de esfera pública, pois, no trecho supracitado, Habermas ainda apresenta a ideia como espaço de comunicação, tomadas de posição e opiniões, com a possibilidade de tematização dos problemas sociais nesse espaço público.

Para chegar ao seu objetivo de espaço que capta e canaliza as tematizações e problemas sociais “a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas. O público que lhe serve de suporte é recrutado entre a totalidade das pessoas privadas” (HABERMAS, 2003, p. 97).

A partir de tais coordenadas teóricas, argumenta o filósofo alemão (2003, p. 97) que:

Os problemas tematizados na esfera pública política transparecem inicialmente na pressão social exercida pelo sofrimento que se reflete no espelho de experiências pessoais de vida. E, na medida em que essas experiências encontram sua expressão nas linguagens da religião, da arte, e da literatura, a esfera pública ‘literária’, especializada na articulação e na descoberta do mundo, entrelaça-se com a política.

Conforme mencionamos linhas atrás, Habermas, ao analisar a teoria geral do direito e a forma jurídica, tem como um de seus objetivos uma reconstrução da ideia de Direito, haja vista que o pensador alemão vislumbra um déficit de legitimidade no direito defendido pelo positivismo jurídico, dado sua fundamentação meramente formal (Lógica), separado do ponto de vista moral, o que caracterizaria o déficit de legitimidade do ponto de vista normativo.

Dessa forma, Aylton Durão (2008, p. 243) afirma que:

[...] Habermas define o conceito de forma jurídica mediante a reconstrução, a partir da teoria da ação comunicativa, do conceito kantiano de legalidade. A forma jurídica possibilita que os agentes sociais obedeçam às normas jurídicas, por um lado, segundo sua liberdade subjetiva de ação, simplesmente conforme a lei ou, por outro, que se conduzam de acordo com sua liberdade comunicativa por respeito à lei. A forma jurídica dota as normas jurídicas de faticidade e validade, o que explica por que os agentes podem segui-las como fatos sociais que se impõem por coerção ou como normas legítimas a que se deve obediência. Esta forma jurídica, contudo, não pode ser fundamentada nem epistemológica nem normativamente, mas só funcionalmente, porque a tensão entre faticidade e validade, inerente à forma jurídica, provém da evolução da sociedade complexa, caracterizada pela separação dos sistemas funcionais regidos pela racionalidade estratégica com respeito ao mundo da vida orientado pela racionalidade comunicativa, cuja necessidade de integração social exige a tradução entre linguagem ordinária do mundo da vida e a linguagem formal dos sistemas funcionais, especialmente o mercado e a política.

Ainda, Delamar Dutra (2005, p. 189) explica que “Habermas aplicando a teoria da racionalidade comunicativa ao direito, constrói uma teoria discursiva do direito. Através do princípio de democracia, ele tenta resolver o problema da legitimidade do direito a partir da própria legalidade [...]”.

A formação da opinião e da vontade é de grande importância e se dá por meio do agir comunicativo dentro da esfera pública que se mostra como o espaço adequado para tanto; contudo, esse agir deve observar alguns pressupostos no que diz respeito ao discurso.

A respeito das regras do discurso, Habermas (2003, p. 110) destaca que:

[...] Atenho-me, por simplicidade, ao catálogo dos pressupostos argumentativos levantado por R. Alexy. No plano lógico-semântico, as seguintes regras podem ser tomadas como exemplos:

(1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se;

(1.2) Todo falante que aplicar um predicado **f** a um objeto **a** tem que estar disposto a aplicar **f** a qualquer outro objeto que se assemelhe a **a** sob todos os aspectos relevantes;

(1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.

Habermas (2003, p. 142) enuncia o *princípio do discurso (D)* da seguinte forma, “D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. Portanto, os atores de uma situação argumentativa não podem deixar de reconhecer que a sua comunicação deve excluir toda e qualquer espécie de coerção advinda do exterior, de fora do processo de entendimento mútuo, com exceção da coerção exercida pelo melhor argumento, devendo participar do circuito de comunicação todos aqueles que forem concernidos ou atingidos pelas normas.

E continua Habermas (2003, p. 142):

[...] Eu entendo por “normas de ação” expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, “atingido” é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E “discurso racional” é *toda* tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público [...].

Para a formação de um sistema legítimo de direitos, deve-se pensar em uma formação da opinião e da vontade de maneira pública, oportunidade em que todos os atingidos poderão participar. A formação discursiva do sistema de direitos se dá de maneira intersubjetiva, para tanto, torna-se necessário que os cidadãos atribuam direitos uns aos outros, até se consolidar um *princípio de democracia*, e este último é, como embasamento também de participação e de inserção do espaço público de discussão dos concernidos, o fundamento de legitimidade da forma jurídica.

Ainda, destaca Habermas (2003, p. 143):

[...] O princípio da democracia resulta de uma especificação correspondente para tais normas de ação que surgem na forma do direito e que podem ser justificadas com o auxílio de argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais – e não apenas com o auxílio de argumentos morais.

Dessa forma, o elemento importante a ser observado no que diz respeito à legitimidade do sistema de direitos está ligado ao pressuposto democrático de sua formação. A forma jurídica deve ser pensada a partir de sua relação com o princípio do discurso, a fim de que se possam garantir condições simétricas e imparciais de “reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente” (HABERMAS, 2003, p. 143).

Habermas (2003, p. 158) ressalta que:

[...] O princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. [...] O princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.

No entanto, para Delamar Dutra, apesar do princípio de democracia garantir a condição de possibilidade da legitimidade do direito, a dedução de mencionado princípio é de extrema dificuldade, na medida em que se relaciona com categorias conceituais complexas como forma jurídica, teorias da argumentação e racionalidade comunicativa (DUTRA, 2005, p. 224). Nessa linha, o princípio do discurso deve ter sua institucionalização política (esfera pública) e jurídica (forma direito), fazendo com que ocorra a formação do princípio da democracia. Habermas (2003, p. 154) observa que “[...] esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”.

Para Celso Ludwig (2006, p. 56):

Em relação ao direito, a idéia central consiste em ver que o princípio democracia resulta da conexão que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Essa interligação pode ser vista como uma *gênese lógica de direitos*, que podem ser reconstruídos passo a passo, num processo que vai do abstrato para o concreto. Essa dialética do abstrato ao concreto permite ver as categorias de direitos que geram o próprio sistema jurídico. Desde os *direitos básicos*, inerentes ao discurso como condições de validade, torna-se possível o processo de legitimação de outros direitos. Os princípios inscritos no discurso constituem os direitos básicos que devem ser reconhecidos mutuamente pelos cidadãos, caso estes queiram utilizar o médium direito positivo para regular legitimamente a convivência.

No entender de Habermas (2003, p.159-160), os direitos básicos que os cidadãos devem se atribuir, reciprocamente, podem se expressar da seguinte maneira:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma *do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. [...]
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma *do status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. [...]
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam *autonomia política* e através dos quais criam direito legítimo.
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4) (HABERMAS, 2003, p. 159-160).

Dessa feita, podemos sintetizar o conjunto de direitos fundamentais elencados por Habermas e que devem ser reconhecidos a todos os cidadãos, para que se possa garantir o funcionamento do procedimento democrático, como aqueles direitos subjetivos e direitos políticos de participação e comunicação, a fim de que se garanta uma socialização horizontal da esfera de autores, enquanto participantes dos discursos, inclusive, do discurso jurídico (DURÃO, 2009, p. 119). Tais direitos são colocados como gênese lógica do sistema jurídico e poderiam, a partir daí, legitimar a dedução de novos direitos fundamentais constituintes do sistema de direitos (DURÃO, 2008, p. 245). Destarte, segundo Habermas, apenas o princípio do discurso e a forma jurídica não são auto-suficientes, mas necessitam assumir a figura do *princípio da democracia* para formar um sistema de direitos que pressuponha a autonomia pública com o intuito de dar legitimidade ao direito.

Ao partirmos da ideia de exceção, não é possível sustentar a aplicação de teorias como a proposta por Habermas. A justificativa de tal ponto de vista se dá pelo reconhecimento de que o pensamento de autores como Agamben - que consideram a questão da exceção - parte de um outro sentido de experiência social, que privilegia e destaca o dissenso e não o consenso, ou seja, um contexto que exige uma decisão soberana, e não uma discussão pública visando um acordo entre parceiros simetricamente colocados numa situação ideal de fala. Dessa forma, para Agamben não há que se falar em princípio do discurso, mas em necessidade de decisão, tendo em vista a característica conflituosa e, na linha de Benjamin, violenta do espaço jurídico-político. Assim, a partir do pensamento de Agamben

pode-se empreender uma severa crítica a uma proposta consensual como a de Habermas, pois o pensamento do filósofo italiano não neutraliza e não tenta anestésiar o conflito, pelo contrário, leva em consideração até mesmo as abordagens perspectivistas a respeito da soberania e da violência, como o caso do enfretamento entre Benjamin e Schmitt, o que demonstra a possibilidade da exceção pelo viés do político enquanto um conflito entre vencedores e vencidos ou opressores e oprimidos.

Na tentativa não só de um desfecho deste tópico com a aproximação do pensamento de Giorgio Agamben, torna-se importante também retomar a concepção sistêmica do direito que é vislumbrada por Habermas, pois, ao que parece, o esforço de reconstrução da fundamentação do direito feito pelo pensador alemão, com o fim de se atribuir um critério de legitimidade democrática à esfera da forma jurídica, dá-se, também, no sentido de encarar o universo jurídico como portador de uma natureza ambivalente, significa dizer que a forma jurídica tem uma característica que podemos chamar dual, na medida em que o direito se torna o *médium* ou instrumento de reivindicação do mundo da vida que se apresenta na esfera pública e se deixa influenciar ou fundamentar pelo princípio do discurso; no entanto, o direito também pode ser instrumentalizado pela esfera sistêmica e, ao que parece, mais fortemente pela perspectiva econômica, como já se mencionou linhas atrás.

Nesse sentido, vê-se que, no pensamento habermasiano, o sistema jurídico é também encarado como um subsistema que pode ser utilizado como meio de colonização do mundo da vida. Lucia Maria Aragão (1997, p. 119) argumenta que:

Segundo Habermas, o mundo-da-vida atualmente reduzido apenas a um sistema cultural, de um lado, cuja função é reproduzir os costumes e as normas de ação socialmente válidas; e, de outro, a um sistema de personalidade, responsável pela socialização e manutenção dos valores morais. A sociedade, enquanto complexo institucional, enquanto constituída pela regulamentação legal das relações sociais – enquanto sociedade civil – passa a ser organizada formalmente pelo direito positivo privado. A esfera legal é, portanto, externalizada e ‘des-moralizada’ na forma do direito burguês, enquanto a moralidade é desinstitucionalizada, ficando restrita a valores pessoais, mantidos ao nível do sistema de personalidade. Há, então, uma clara separação entre legalidade e moralidade, que se traduz na completa distinção entre sociedade civil e sistema de personalidade [...].

Quando da realização desta separação, o sistema jurídico assume, como dito, um caráter ambivalente, pois este último pode ser utilizado como instrumento de dominação política ou de colonização do mundo da vida. A este respeito, para Habermas (2003, p. 62):

Como meio organizacional de uma dominação política, referida aos imperativos funcionais de uma sociedade econômica diferenciada, o direito moderno continua sendo um meio extremamente ambíguo da integração social. Com muita frequência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera auto programação do Estado e do poder estrutural da sociedade.

Até esse momento mostra-se a vertente mais sistêmica do direito, identificado como a pura forma jurídica que garante a esfera do poder soberano ou da soberania a partir de um contexto vertical da relação entre Estado e sociedade civil, ou seja, a manutenção de uma instância verticalizada de compreensão do poder.

De acordo com Aylton Barbieri Durão (2008, p. 246):

Para obter os direitos fundamentais a partir dos discursos jurídicos é necessário entender a especificidade inerente a este procedimento. Os discursos jurídicos, como qualquer outro tipo de discurso, pressupõe o princípio do discurso, que exige que as normas de ação somente sejam consideradas válidas no caso de que possam encontrar assentimento de todos os afetados pela entrada em vigor da norma mediante argumentos racionais capazes de formar uma convicção racional. Mas, os discursos jurídicos têm uma característica adicional, pois as normas jurídicas e o sistema de direitos, tem que incorporar a forma jurídica, já que os cidadãos devem poder escolher os motivos para seguir o direito, seja segundo sua autonomia privada que compreende as normas jurídicas como fatos sociais que devem ser seguidos a partir da busca pelo êxito, seja pela autonomia pública, quando reconhecem a legitimidade das normas e agem buscando o consenso sobre a sua pretensão de validade. Consequentemente, os discursos jurídicos resultam da conjunção do princípio do discurso com a forma jurídica, o que significa que os cidadãos têm a sua disposição a possibilidade de guiar-se pela escolha racional ou participar comunicativamente do processo de produção das normas. Por isso, a legitimidade a partir da legalidade parece constituir um paradoxo, porque o procedimento democrático de produção de normas jurídicas, o único que se reconhece como capaz de conferir legitimidade às normas jurídicas na sociedade moderna, elaborado, por sua vez, dentro das condições da legalidade vigente, permite que estas resultem da competição entre cidadãos que preferem agir segundo a escolha racional com relação a fins.

Assim, a fundamentação do direito, baseada na teoria do discurso de Habermas, entende como direito legítimo aquele criado por meio de processos comunicacionais, bem como pelos procedimentos já institucionalizados, das reivindicações e debates permeados pela tematização da moralidade, originados na esfera pública política, em que há, como dito, a formação da opinião e da vontade, de acordo com a autonomia pública dos cidadãos; contudo, a forma jurídica mantém uma característica ambivalente, na medida em que não exclui uma

formação a partir de uma espécie de autonomia privada que busca fins. Sua legitimidade, da forma como pretende Habermas, deve ser reconhecida na medida em que se deixa construir a partir do contexto discursivo, o que significa dizer que o sistema de direitos assegura tanto a autonomia pública como a privada, garantindo um espaço de atuação para a racionalidade instrumental que visa ao êxito e “operacionaliza a tensão entre facticidade e validade” ou, ainda, “como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito” (HABERMAS, 2003, p. 166).

Nesse contexto, é possível identificar mais uma vez um ponto de divergência e de crítica de Agamben em relação ao pensamento de Habermas, destacando-se em especial a opção habermasiana pela discussão pública e parlamentar como elemento para se pensar a política e a forma jurídica da democracia; como já foi anteriormente afirmado, para Agamben tal posição não se sustenta, uma vez que o essencial não se apresenta no plano da discussão, mas da necessidade de decisão. Agamben dirige uma crítica à forma jurídica que se torna particularmente interessante e fecunda e, em artigo publicado quando da renúncia do papa Bento XVI, o filósofo italiano se põe a refletir sobre, para ele, a tentativa da modernidade, de fazer coincidir ou se relacionar legitimidade e legalidade, ponto que parece caro ao projeto reconstrutivo de Habermas, pois esse último pretende salvar o projeto da modernidade. Para o filósofo italiano a crise que acomete as instituições em nosso tempo está ligada a total perda de consciência dos poderes e das instituições no tocante a sua legitimidade (AGAMBEN, 2013, p. 2).

Desta feita, para Agamben não é crível imaginar um resgate da legitimidade das instituições por meio, unicamente, da atuação do Poder Judiciário e, ao que parece, pela intervenção do sistema de direitos, pois “uma crise que investe contra a legitimidade não pode ser resolvida apenas no plano do direito”⁸ (AGAMBEN, 2013, p. 2). Destarte, o ponto subsequente do trabalho pretende uma investigação dos argumentos de Agamben no que diz respeito à relação entre poder soberano e forma jurídica, levando em consideração este aspecto crítico do diagnóstico agambeniano e sua articulação da ideia de exceção como categoria conceitual de análise da soberania que lança luz a aspectos obscurecidos pela tradição contratualista.

⁸ A tradução do texto em italiano foi feita de forma livre pelo autor.

1.3. Soberania, direito e violência: exceção na origem e monopólio jurídico do poder

O conceito de soberania pode ser compreendido como categoria importante para pensar a forma jurídica e sua relação com o poder político, conforme tentou-se demonstrar até o presente momento. Tal diagnóstico já foi feito por pensadores como Hans Kelsen e Carl Schmitt, no entanto, a análise do mencionado conceito também é feita por Giorgio Agamben, que parte das reflexões de Schmitt, para estabelecer sua relação com o estado de exceção, com o objetivo de trazer a luz aspectos estruturais que estão obscurecidos na forma do Estado Democrático de Direito. É importante notar que as meditações de Agamben a respeito do estado de exceção não se fundamentam apenas em Schmitt, mas, também, nas tintas benjaminianas, desse modo, parece-nos que o filósofo italiano se coloca mais dentro da perspectiva do pensador frankfurtiano, pois de acordo com Oswaldo Giacoia (2013, p. 28) “a constelação teórica formada por Foucault, Benjamin, Sorel e Marx enseja a Agamben problematizar *a forma jurídica da política moderna* [...]”.

Ao considerar a soberania do ponto de vista da exceção, Agamben começa a justificar sua hipótese da necessidade de se repensar a maneira de fundamentação do Estado de Direito apresentada pela tradição contratualista. Ao partir dos escritos de Schmitt, Agamben pensa a exceção como um conceito-limite que pode demonstrar as fronteiras da racionalidade jurídica e o caráter dual do Estado Democrático de Direito, e o primeiro componente estrutural da soberania que está presente na forma jurídica, mesmo que de maneira “imperceptível”, é o elemento da violência.

Para o autor italiano, é possível pensar que, a partir da exceção soberana, o que se coloca em questão é “a própria condição de possibilidade da validade da norma jurídica e, com esta, o próprio sentido da autoridade estatal. O soberano, através do estado de exceção, ‘cria e garante a situação’, da qual o direito tem necessidade para a própria vigência (AGAMBEN, 2007a, p.25). Agamben, seguindo as reflexões schmittianas, não pensa que a situação que precede o Estado de Direito pode ser imaginada como uma anarquia ou um caos; no entanto, admite que haja um paradoxo quando temos de relacionar ou incluir a ideia de soberania na forma jurídica. Para ilustrar o paradoxo da soberania, Agamben se vale de passagem da *Teologia Política* em que Schmitt destaca que o soberano não apenas decide sobre a situação de exceção, mas também sobre como eliminá-la, ou seja, qual medida adotar para extingui-la (SCHMITT, 1996b, p.88). Ainda para Agamben, o paradoxo da soberania

enuncia-se quando Schmitt afirma que o soberano “[...] se situa externamente à ordem legal vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição” (SCHMITT, 1996b, p. 88).

Nas palavras de Agamben (2007a, p. 23):

[...] o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também deste modo: ‘a lei está fora dela mesma’, ou então: ‘eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei’.

Vale a pena refletir sobre a topologia implícita no paradoxo, porque somente quando tiver sido compreendida a sua estrutura, tornar-se-á claro em que medida a soberania assinala o limite (no duplo sentido de fim e de princípio) do ordenamento jurídico

A partir da relação entre estado de exceção e soberania, Agamben lança luz sobre os limites da forma jurídica, pois coloca em evidência a figura do soberano enquanto poder que decide a respeito da suspensão da norma, o que demonstra a possibilidade de o poder soberano se colocar fora da forma jurídica; contudo, ao mesmo tempo como pertencente ao ordenamento jurídico, na medida em que detém a competência e o poder para a decisão a respeito do estado de exceção, o que, conforme já mencionado, trata-se, em termos schmittianos, do elemento fundamental do direito.

Segundo Agamben (2007a, p. 25):

A exceção é uma espécie da exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma 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.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída.

Como Agamben destaca logo no início de *O poder soberano e a vida nua*, um dos objetivos de sua pesquisa, talvez até o principal, é pensar como a forma jurídica da política moderna se relaciona com a vida e, nessa linha argumentativa, compreende a exceção como uma espécie da exclusão que também é uma captura da vida nua. Apesar da dificuldade apresentada por tal conceito, Agamben tenta representá-lo com a ideia de que a exceção deve ser pensada como uma *exclusão inclusiva* (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Para o filósofo italiano:

[...] A exceção que define a estrutura da soberania é, porém, ainda mais complexa. Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção, a abandone. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente deste modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela. O particular “vigor” da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade. Chamemos *relação de exceção* a esta forma extrema de relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Nesse itinerário, Agamben, a partir do argumento de Schmitt de que o caso de exceção revela a essência da autoridade estatal, pois nesse caso, a autoridade prova que não há necessidade do direito para se criar o direito (SCHMITT, 1996b, p. 93), destaca como uma particularidade fundamental a situação que estabelece a exceção, não podendo esta última ser definida nem com uma situação de fato, nem como uma situação de direito; no entanto, cria entre estes um limiar de indiferença e, levando em consideração essa relação paradoxal, o estado de exceção torna-se acessível à racionalidade jurídica (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Agamben afirma que na exceção soberana o que está em jogo é a definição do espaço próprio no qual se pode reconhecer o valor da ordem jurídico-política e, desse modo:

[...] Ela é, nesse sentido, a localização (*Ortung*) fundamental, que não se limita a distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos, mas traça entre eles um limiar (o estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Analisando o paradoxo da soberania apresentado por Agamben, Oswaldo Giacoia (2006, p. 92) destaca que:

Essa lógica do paradoxo, que implica também numa topologia não menos problemática, encontra-se prefigurada linguisticamente na estrutura e na semântica dos respectivos sintagmas que a exprimem. Com efeito, na língua de Carl Schmitt, exceção se escreve *Ausnahme*. O substantivo é formado a partir do verbo *ausnehmen*, termo que reúne o prefixo *aus* (que indica um movimento para fora, para o exterior) à palavra *nehmen* (pegar, tomar, apanhar, apreender). *Ausnehmen* significa, literalmente, apanhar, tomar, prender, capturar *fora*. Tal qual a *exceptio* latina que, segundo o étimo, procede de *ex-capere*, também significando literalmente capturar fora – o mesmo sentido sendo conservado em nosso vernáculo.

A exceção demonstra (ou põe em evidência) que a soberania inscrita na lei pressupõe uma relação com elementos não-jurídicos, como, por exemplo, a violência existente no estado de natureza. A forma jurídica tem, na sua estrutura, uma relação com a violência que não é

aniquilada com o surgimento do Estado de Direito, mas se mantém em relação potencial com tais elementos que são deslocados para a esfera de atuação estatal, haja vista a modificação de entendimento a seu respeito; significa dizer que a mera potencialidade de violência se torna agora violência qualificada e que se justifica por meio do entendimento de seu uso legítimo, ou seja, o Estado de Direito é o detentor de seu monopólio, passando a violência a ser compreendida como força que se apresenta na sanção ou coerção, entretanto, a relação potencial entre forma jurídica e violência pode ser detectada quando do surgimento do estado de exceção (AGAMBEN, 2007a, p. 28). Para Agamben (2007a, p. 28), “a exceção soberana (como zona de indiferença entre natureza e direito) é a pressuposição da referência jurídica na forma de sua suspensão”.

Não obstante, a relação entre violência e direito sempre esteve presente na história jurídica ocidental, mesmo que se tenha tentado obscurecer ou camuflar tal vínculo. Segundo Pachukanis, o sujeito de direito:

[...] foi precedido historicamente pelo indivíduo armado, ou, mais freqüentemente, por um grupo de homens (gens, horda, tribo), capaz de defender no conflito, na luta, o que para ele representa as suas próprias condições de existência. Esta estreita relação morfológica criou um vínculo evidente entre o tribunal e o duelo entre as partes de um processo e protagonistas da luta armada. Mas com o crescimento das forças sociais reguladoras, o sujeito perde a sua concretização material. Em lugar da sua energia pessoal, surge a força da organização social, ou seja, da organização de classe, que encontra a sua expressão mais alta no Estado (PACHUKANIS, 1989, p. 91).

De acordo com Andityas Costa Matos (2012, p. 297), Agamben:

[...] relê sob essa nova luz a tradição que vê na sanção a típica estrutura do direito, entendendo a sanção jurídica – aqui compreendida em sentido estrito enquanto sinônimo de castigo – como uma inclusão da violência – justamente a realidade que o direito pretendia negar – na composição específica do direito. O paradoxo é surpreendente: para desincluir a violência da vivência social, ela precisa ser incluída como exceção soberana no próprio corpo do direito. Dessa maneira, o direito é apenas *violência qualificada*, quer dizer, violência organizada [...] (MATOS, 2012, p. 297).

Por ser um interlocutor tão importante quanto Schmitt no que diz respeito ao estado de exceção, bem como pela tentativa de demonstrar a permanência do elemento de violência na forma jurídica, parecem oportunas algumas considerações a respeito das reflexões de Benjamin a respeito do tema, articuladas, em especial, no texto de 1921, cujo título é *Crítica da violência – Crítica do poder*, na tradução brasileira. Nesse momento também se faz

oportuna uma advertência preliminar. No original, em língua alemã, o texto tem o título *Zur kritik der gewalt*, e a palavra *gewalt* pode significar ao mesmo tempo violência e poder (BOLLE, 1986, p. 160) ou, também, simplesmente “poder” (AGAMBEN, 2004, p. 84).

Nesse texto, a preocupação central de Benjamin é explicar a relação entre violência-poder e direito, e uma possível origem violenta do jurídico. Assim, Willi Bolle (1986, p. 161) esclarece que a semântica de *gewalt* oscila dentro do texto, ora se apresentando ligada ao conceito de violência ora vinculada a uma ideia de poder.

Ao se aproximar das reflexões de Benjamin em *Crítica da violência*, Agamben propõem que, antes da abordagem do texto de juventude, se deve levar em consideração outro escrito, de maturidade de Benjamin, que são suas conhecidas teses sobre o conceito de história. Na introdução a obra *Poder soberano e a vida nua*, Giorgio Agamben argumenta que:

[...] Hoje, em um momento em que as grandes estruturas estatais entraram em processo de dissolução, e a emergência, como Benjamin havia pressagiado, tornou-se a regra, o tempo é maduro para propor, desde o princípio em uma nova perspectiva, o problema dos limites e da estrutura originária da estabilidade (AGAMBEN, 2007a, p.19).

Por óbvio não serão analisadas todas as teses sobre o conceito de história, mas sim aquelas que parecem representar a “chave” para a leitura do ensaio de 1921, indicadas por Agamben e que estão representadas nas inscrições de números 8 e 14.

Segundo Michel Löwy (2005, p.15):

A concepção da história de Benjamin não é pós-moderna, antes de tudo porque, longe de estar ‘muito além de todos os relatos’ - supondo-se que isto seja possível – ela constitui uma forma heterodoxa do relato da emancipação: inspirando-se em fontes messiânicas e marxistas, ela utiliza a nostalgia do passado como método revolucionário de crítica do presente. Seu pensamento não é, então, nem ‘moderno’ (no sentido habermasiano) nem ‘pós-moderno’ (no sentido de Lyotard), mas consiste sobretudo em uma crítica moderna à modernidade (capitalista/industrial), inspirada em referências culturais e históricas pré-capitalistas.

Não se pretende classificar o pensamento benjaminiano, mas, como estratégia preliminar à leitura do texto de 1921, tentar-se-á uma compreensão das teses número 8 e 14, para, talvez, uma melhor abordagem da relação entre violência e direito. A inscrição da *oitava tese* sobre o conceito de história é a seguinte:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos “ainda” sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história de onde provém aquele espanto é insustentável. (BENJAMIN. In: LÖWY, 2005, p. 83)

De saída, é possível identificar uma postura perspectivista de Benjamin, isto significa dizer que ele se coloca nas fileiras da tradição dos oprimidos e que, do seu ponto de vista, o olhar dos vencidos tem algo a nos ensinar. Segundo Benjamin, a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção tornou-se a regra. Ainda, importante notar a crítica à ideia de progresso (*continuísmo histórico*) da visão tradicional dos vencedores, pois, de acordo com o pensamento benjaminiano, esta ideia é encarada como uma norma histórica pelo fascismo.

Michel Löwy (2005, p. 83) observa que:

Benjamin confronta, aqui, duas concepções de história – com implicações políticas evidentes para o presente: a confortável doutrina ‘progressista’, para a qual o progresso histórico, a evolução das sociedades no sentido de mais democracia, liberdade e paz, é a norma, e aquela que ele afirma ser seu desejo, situada do ponto de vista da tradição dos oprimidos, para a qual a norma, a regra da história é, ao contrário, a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores.

Parece possível reconhecer o elo com o texto sobre a crítica do poder e da violência de 1921, uma vez que a imagem do Estado e, em especial, do estado de exceção está atrelada à concepção liberal do Estado de Direito (forma jurídica), de uma ordenação legal do progresso. Nesse momento, não é irrazoável reconhecer um diálogo entre Benjamin e Carl Schmitt. Como já mencionado, o primeiro se coloca nas fileiras da tradição dos oprimidos, e o segundo, dentro do período, talvez seja o representante máximo do arcabouço teórico jurídico-político do Estado alemão, colocando-se a serviço da tradição dos vencedores. Já mencionamos, linhas atrás, que o conceito pelo qual Schmitt pensa a soberania, e que também é levado em consideração por Agamben, é justamente a ideia do estado de exceção, e este último tem por elemento jurídico fundamental a decisão, e não a norma jurídica que se verifica na situação de normalidade e que normaliza e limita a violência existente no Estado de Natureza.

Segundo Michel Löwy (2005, p. 83) na tese de número oito:

Benjamin confronta, aqui, duas concepções da história – com implicações políticas evidentes para o presente: a confortável doutrina “progressista”, para a qual o progresso histórico, a evolução das sociedades no sentido de mais democracia, liberdade e paz, é a norma, e aquela que ele afirma ser seu desejo, situada do ponto de vista da tradição dos oprimidos, para a qual a norma, a regra da história é, ao contrário, a opressão, a barbárie, a violência dos vencedores.

As duas concepções reagem de maneira diametralmente oposta ao fascismo. Para a primeira, trata-se de uma exceção à regra do progresso, uma ‘regressão’ inexplicável, um parêntese na marcha da humanidade. Para a segunda, a expressão mais recente e mais brutal do ‘estado de exceção permanente’ que é a história da opressão de classe. Sem dúvida, Benjamin foi influenciado pelas ideias de Carl Schmitt em *Politische Theologie* [Teologia Política] (1921) (sic) – uma obra pela qual ele tinha muito interesse – principalmente por sua identificação entre soberania - seja monárquica, ditatorial ou republicana - e estado de exceção: soberano é aquele que tem o poder de decisão no estado de exceção.

Sob outro aspecto, Benjamin parece ter compreendido claramente a relação interna existente entre o fascismo e a sociedade capitalista/industrial e seu Estado de Direito, daí sua crítica àqueles que se espantam com o fato do fascismo ser possível no século XX. O diagnóstico é de que os que se espantam estão alienados pela crença no progresso ininterrupto, científico, industrial e técnico, e que esse seja incompatível com a barbárie social e política (LÖWY, 2005, p. 85). Tal relação entre progresso e fascismo pode ser justificada pelo caráter ambivalente da forma jurídica, o que foi detectado por Agamben e, também, em certa medida, por Habermas.

Dessa maneira, apenas por meio de uma concepção sem ilusões progressistas é que se pode melhorar a posição dos oprimidos na luta contra o fascismo, e a ideia de estado de exceção efetivo é prefigurada por todas as revoltas e sublevações que podem interromper, mesmo que por um breve momento, o cortejo triunfante da tradição dos vencedores. (LÖWY, 2005, p. 85)

Na tese de número 14, Benjamin escreve que:

A história é objeto de uma construção, cujo lugar não é formado pelo tempo homogêneo e vazio, mas por aquele saturado pelo tempo-de-agora (jetztzeit). Assim, a antiga Roma era, para Robespierre, um passado carregado de tempo-de-agora, passado que ele fazia explodir do contínuo da história. A Revolução Francesa compreende-se como uma Roma retornada. Ela citava a antiga Roma exatamente como a moda cita um traje do passado. A moda tem faro para o atual, onde quer que este mova no emaranhado de outrora. Ela é o salto de tigre em direção ao passado. Só que ele ocorre numa arena em que a classe dominante comanda. O mesmo salto sob o céu livre da história é o salto dialético, que Marx compreendeu como sendo a revolução (BENJAMIN. In: LÖWY, 2005, p. 119).

A conexão com a tese de número 8 parece estar na apropriação, feita pela tradição dos vencedores, da história como progresso, que fica bem representado no exemplo da Revolução Francesa como, contendo ou reavivando, no tempo-de-agora a antiga Roma. Há uma tentativa de elaboração ou demonstração de um conceito de história para o estado de exceção efetivo (vencidos), demonstrando a tarefa de manutenção de uma memória. O tempo-de-agora deve estar preenchido pelo antes e o salto de tigre em direção ao passado consiste em salvar a herança dos oprimidos e nela se inspirar, para interromper a catástrofe presente (LÖWY, 2005, p. 120).

No início do texto de 1921, Benjamin afirma que a tarefa de uma crítica da violência (poder) pode ser definida por suas relações com o direito e com a justiça (BENJAMIN, 1986, p. 160). Nas palavras de Benjamin (1986, p. 160):

[...] Pois, qualquer que seja o efeito de uma determinada causa, ela só se transforma em violência, no sentido forte da palavra, quando interfere em relações éticas. A esfera de tais relações é designada pelos conceitos de direito e de justiça. Quanto ao primeiro, é evidente que a relação elementar de toda ordem jurídica é a de meios e fins. Posto isso, temos mais dados para a crítica da violência do que talvez pareça. Pois se a violência é um meio, pode parecer que já existe um critério para sua crítica. Tal critério se impõe com a pergunta, se a violência é, em determinados casos, um meio para fins justos e injustos [...].

A partir de tal afirmação, Benjamin retoma o debate, protagonizado na filosofia do direito, entre direito natural e direito positivo; contudo, acrescenta uma visão política à discussão, tendo em vista sua leitura de uma necessária revisita à teoria do contrato social (BENJAMIN. 1986, pp. 160/161).

Segundo Benjamin (1986, p. 161):

À tese defendida pelo direito natural, do poder como dado da natureza, se opõe diametralmente a concepção do direito positivo, que considera o poder como algo que se criou historicamente. Se o direito natural, pode avaliar qualquer direito existente apenas pela crítica de seus fins, o direito positivo pode avaliar qualquer direito que surja pela crítica de seus meios. Se a justiça é o critério dos fins, a legitimidade é o critério dos meios.

Nesse sentido, o direito natural, na perspectiva benjaminiana, caracteriza o poder como legítimo, levando em consideração a esfera dos fins justos, enquanto que o direito positivo sustenta a existência de um poder histórico com fundamento ou na busca de critérios para sua legitimação. Doravante, Benjamin exclui, temporariamente, o critério dos fins; portanto, pode-se dizer que a questão da justiça parece se aproximar mais da perspectiva do

direito positivo, quando da análise da relação entre direito e violência, pois a questão central passa a ser a da legitimidade de determinados meios que constituem o poder (BENJAMIN, 1986, p. 161).

Dentro do contexto perspectivista da crítica do poder, o critério do direito positivo é apenas avaliado e nas palavras de Benjamin (1986, p. 161):

[...] A teoria do direito positivo é aceitável como base hipotética no ponto de partida da investigação, uma vez que estabelece uma distinção básica quanto aos tipos de poder, independentemente dos casos de seu uso. Distingue entre o poder historicamente reconhecido, o chamado poder sancionado e o não sancionado.

Nesse momento, há uma aproximação da reflexão benjaminiana a um tema que deveria ser muito caro ao constitucionalismo, qual seja: a teoria do poder constituinte, que será objeto de análise posterior, pois tal perspectiva não escapa às reflexões de Agamben. No entanto, importa lembrar que a perspectiva de Benjamin é a de compreender a relação entre violência-poder e direito sob um viés crítico à ideia liberal de Estado de Direito.

Tal assertiva fica bem representada ao se notar o diálogo de Benjamin com Sorel sobre a questão da greve geral, debate este que é perceptível e atravessa o texto de 1921. Entretanto, ao enfatizar a questão da possibilidade de um poder histórico localizado nas mãos de uma classe de pessoas (oprimidos/trabalhadores), parece que Benjamin está direcionando seu argumento crítico para o fascismo e, portanto, para um enfrentamento com Carl Schmitt, uma vez que pretende indicar a possibilidade de uma violência fora do controle jurídico.

Há um confronto perspectivista entre Benjamin e Schmitt acerca do liberalismo e do Estado de Direito. Carl Schmitt concentra sua análise no liberalismo e sua forma de Estado de Direito por meio do conceito do político, partindo sua apreciação da relação dual entre amigo-inimigo, que não é uma definição exauriente ou que especifica conteúdos, mas que apresenta “a distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos” (SCHMITT, 1992, p. 51).

Linhas atrás já se destacou que Schmitt pensa o político como o total; no entanto, o jurista berlinense não afasta a existência do conflito no âmbito da realidade. Logo, de maneira alguma poderá concordar com a possibilidade de uma existência política livre de ações políticas violentas e plenamente normalizada pelo ordenamento jurídico. Carl Schmitt (1992, p. 52) destaca que:

[...] A diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o grau de intensidade extrema de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode, teórica ou praticamente, subsistir, sem a necessidade do emprego simultâneo das distinções morais, estéticas, econômicas, ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; não tem que surgir como concorrente econômico, podendo talvez até mostrar-se proveitoso fazer negócio com ele. Pois ele é justamente o outro, o estrangeiro, bastando à sua essência que, num sentido particularmente intensivo, ele seja existencialmente algo outro e estrangeiro, de modo que, no caso extremo, há possibilidade de conflitos com ele, os quais não podem ser decididos mediante uma normatização geral previamente estipulada, nem pelo veredicto de um terceiro “desinteressado”, e, portanto, “imparcial”.

Com a distinção *amigo-inimigo*⁹, Schmitt pretende demonstrar o critério especificamente político e, nesse sentido, apresenta o caráter contingente da realidade e da ação política, que contém, mesmo que potencialmente, o elemento da violência. Para o *kronjurista* é um grave equívoco pensar o direito apenas como forma normativa, pois a essência do jurídico se concentra na decisão, ou seja, o objeto do direito ou o elemento jurídico central está localizado no processo decisório. No texto *Teologia Política* (1922), Schmitt se refere a uma categoria de decisão política, qual seja a decisão soberana sobre o estado de exceção, pois isto é o que difere a soberania, assim, este último é o espaço da decisão (SCHMITT, 1996, p. 87).

A teoria de Carl Schmitt, que propõe uma homogeneidade social como condição para a formação da vontade política, apresenta-se como uma forte concepção de resistência a toda construção normativista de Kelsen e também da perspectiva habermasiana, ainda mais pela pretensão desta última a compreender o direito num contexto consensual, que privilegia o debate público e parlamentar que garante a individualidade na participação. Ao contrário de Habermas, que pretende afastar a possibilidade da ação violenta do âmbito político (ainda que se considere que Habermas admite uma forma psicológica de coação, representada pela força do melhor argumento), a proposta schmittiana pensa a condição política de formação da homogeneidade levando em consideração a existência do conflito, que não pretende neutralizar por meio do diálogo.

Ao analisar o pensamento de Schmitt e sua relação com a democracia, Chantal Mouffe (1992, p. 11) destaca que:

⁹ Note-se que o inimigo para Schmitt deve ser reconhecido publicamente não se restringindo ao concorrente econômico ou adversário; assim, o inimigo é “um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real [...], pois tudo que refere a tal conjunto de homens, especialmente a um povo inteiro, torna-se, por isto, *público*. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* no sentido lato; *polémios*, não *ekhthros*” (SCHMITT, 1992, p. 55).

[...] Uma tal visão da democracia será capaz de reconhecer que nos domínios da política e do direito, encontramos sempre no campo das relações de poder e que nenhum consenso pode ser estabelecido como resultado de um exercício da razão. Ali onde se encontra o poder, não podemos eliminar a força e a violência. Ainda que se trate da ‘força da persuasão’ ou da ‘violência simbólica’.

O confronto de perspectivas críticas ao Estado de Direito liberal protagonizado por Benjamin e Schmitt, que é levado em consideração por Agamben, parece estar centrado na relação entre poder (político) e direito, portanto, na ideia de estado de exceção. De tal modo, a análise crítica se volta agora para a questão da crise do modelo de direito do liberalismo, no que se refere ao exercício de direitos com certo potencial reivindicatório, significa dizer, da possibilidade de existência de poder fora da esfera de controle do jurídico, como, por exemplo, o direito de greve.

Assim, a concepção do direito de Benjamin parece estar ligada a uma ideia de estruturação jurídica das relações políticas, dessa forma, não há que se falar em direito positivo na concepção kelseniana, de uma pureza normativa e, talvez, seja este o motivo de sua preocupação da relação entre poder-violência e direito.

Ao se apropriar destas análises de Benjamin a respeito da relação entre violência-poder e sua comunicação com a esfera da forma jurídica, ou melhor, como pertencendo à estrutura do jurídico, com a potencialidade de sua manifestação quando do surgimento da situação ou estado de exceção, Agamben se coloca em uma perspectiva diametralmente oposta à de Habermas no arco conceitual. Não se quer, com isso, afirmar que Habermas desconsidere o elemento da violência, contudo, sua pretensão de reconstrução da forma direito pela via comunicacional tem por objetivo bloquear a ação violenta que pode se apresentar no modo da racionalidade estratégica.

Para Habermas (2003, p. 188):

O contraste entre os conceitos básicos “poder” e “força” situa o poder ao lado do direito, o que não acontece nas construções do direito racional. Segundo a tradição do direito racional, na passagem do estado de natureza para o estado de sociedade, os partidos que fechavam um contrato renunciavam às liberdades que se enraízam na força física de cada um. Eles entregavam suas liberdades de ação ilimitadas nas mãos de um poder do Estado, que renuncia os potenciais anárquicos espalhados e os empregava na implantação disciplinadora de liberdades subjetivas legalmente limitadas. Aqui o direito, surgido da renúncia à violência, servia para a canalização de uma forma equiparada ao poder. A diferenciação arendtiana entre poder e violência elimina essa oposição. O direito se liga *naturalmente* a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo.

Segundo Delamar Dutra, Habermas não concorda com formulações conceituais como a de Hannah Arendt, que não considera a violência dentro do âmbito fundante do poder, e, “por isso, Habermas tem que distinguir entre poder comunicativo e poder administrativo, pois é o primeiro que opera a partir do código da legitimidade, enquanto o segundo opera pelo código próprio do poder” (DUTRA, 2004, p. 335). Nesse sentido, Habermas trata da questão da violência dentro de sua reflexão a respeito da racionalidade que ele denomina de estratégica (buscando fins) e, desse modo, deverá ser pensada no âmbito da justificação da forma jurídica, dessa forma, na perspectiva já destacada da questão da legitimidade da forma direito (DUTRA, 2004, p. 336).

Conforme mencionado linhas atrás, como Agamben leva em consideração a ideia de exceção, ele trabalha com outras possibilidades de abordagem da forma jurídica. Nesse ponto, torna-se interessante pensar que, para Agamben, o direito ou a forma jurídica não surge da renúncia à violência, pois a forma direito é exatamente o mecanismo encontrado para que se tenha controle social da violência, que agora é monopolizada pelo Estado. Desse modo, o elemento violência é condição ou faz parte da estrutura da categoria conceitual soberania, e se encontra na gênese da forma jurídica. Mesmo se interpretarmos o argumento de Habermas, segundo o qual a renúncia à violência por parte dos indivíduos é condição para se viver em uma *civitas*, de fato não se renuncia à violência, senão que o monopólio sobre ela e a possibilidade de sua utilização passam então para as mãos do soberano, ou para a esfera da soberania; mesmo como soberania popular, considerando que esta última sempre poderá ativar o elemento da violência e da decisão soberana.

Dessa maneira, é possível afirmar que Agamben não concorda com a possibilidade de um bloqueio da violência a partir de uma racionalidade discursiva ou comunicativa, pois, ao pensar a forma originária ou o marco fundante da forma jurídica não só leva em consideração a violência ali existente, mas pretende uma abordagem crítica da ideia do contrato social e, para tanto, empreende sua releitura por meio da relação de exceção. Segundo Agamben (2007a, p. 27):

Dado que “não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos”, este deve ser primeiro incluído no ordenamento através da criação de uma zona de indiferença entre externo e interno, caos e situação normal: o estado de exceção. Para se referir a algo, uma norma deve, de fato, pressupor aquilo que está fora da relação (o irrelato) e, não obstante, estabelecer deste modo uma relação com ele. A relação de exceção exprime assim simplesmente a estrutura originária da relação jurídica. A decisão soberana sobre a exceção é, nesse sentido, a estrutura político-jurídica originária, a partir da qual somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem sentido. Na sua forma arquetípica, o estado de exceção é, portanto,

o princípio de toda localização jurídica, posto que somente ele abre o espaço em que a fixação de um certo ordenamento e de um determinado território se torna pela primeira vez possível.

Para Agamben mesmo que se tente repensar a relação entre vida, que é entendida como *vida nua* e que será objeto de análise a seguir, e ação política por meio do reconhecimento de direitos fundamentais que possam garantir a participação para a construção legítima da forma jurídica, caracterizado pelo conceito de soberania popular, há apenas um deslocamento da estrutura do poder soberano que agora atinge (em cheio) os indivíduos que deveriam tentar se afastar da esfera do poder estatal e, para o filósofo italiano, “o princípio segundo o qual a soberania pertence à lei, que parece hoje inseparável da nossa concepção de democracia e do Estado de direito, não elimina de modo algum o paradoxo da soberania, mas o impele, aliás, ao extremo” (AGAMBEN, 2007a, p.37).

Partindo de um fragmento de Píndaro, passando pela filosofia da tradição grega e pelos sofistas, Agamben chega até Hobbes e demonstra a conexão entre direito e violência (*phýsis e nómos; bia e dike*), relação esta que se encontra presente na estrutura da soberania, e, em todas as vertentes teóricas, o filósofo italiano identifica a violência como justificativa da existência do poder soberano. Agamben sugere que a neutralização do estado de guerra de todos contra todos ou a forma jurídica de limitação da ação política se dá por meio da violência, mesmo que potencial; significa dizer, pelo medo da ação violenta estatal, dessa maneira, é a violência que contém a própria violência. (AGAMBEN, 2007a, p. 41).

Sugere Agamben (2007a, p. 41-42) que:

Se, para os sofistas, a anterioridade da *phýsis* justifica, em última análise, a violência do mais forte, para Hobbes é precisamente esta identidade de estado de natureza e violência (*homo hominis lúpus*) a justificar o poder absoluto do soberano. Em ambos os casos, ainda que em sentido aparentemente oposto, a antinomia *phýsis/nómos* constitui o pressuposto que legitima o princípio de soberania, a indistinção de direito e violência (no homem forte dos sofistas ou no soberano hobbesiano). É importante notar, de fato, que, em Hobbes, o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, que é o único a conservar o seu natural *ius contra omnes*. A soberania se apresenta, então, como um englobamento do estado de natureza na sociedade, ou, se quisermos, como um limiar de indiferença entre natureza e cultura, entre violência e lei, e esta própria indistinção constitui a específica violência soberana. O estado de natureza não é, portanto, verdadeiramente externo ao *nómos*, mas contém sua virtualidade. Ele (certamente na Idade Moderna, mas provavelmente já na sofisticada) é o ser-em-potência do direito, a sua autopressuposição como “direito natural”.

Ao aproximar Schmitt de sua análise, Agamben afirma que o dever de conservação da própria vida (reconhecido por Hobbes) e a ideia do estado de natureza são os elementos fundamentais de toda estrutura do sistema político, seu componente vital, tal qual a regra que apenas vive da exceção no pensamento do jurista berlinense (AGAMBEN, 2007a, p. 42). É possível reconhecer que o estado de natureza está contido na estrutura do estado de direito, ao passo que a sua manifestação ou aparecimento se apresenta como uma virtualidade ou potencialidade que está ligada à ideia de soberania e, nesse ponto, é importante notar a aproximação que Agamben faz de Schmitt para perceber que, ao reconhecer como elemento jurídico fundamental a decisão soberana, pode-se compreender o estado de natureza como uma face do estado de exceção no sentido de uma zona de indistinção ou anomia e, desse modo, “o estado de natureza deve então ser encarado como um princípio interno ao Estado, mantido de certo modo oculto, mas que sobressai no momento em que o consideramos como se fosse dissolvido” (NASCIMENTO, 2012, p. 126).

Nas palavras de Agamben (2007a, p. 43):

Enquanto soberano, o *nómos* é necessariamente conexo tanto com o estado de natureza quanto com o estado de exceção. Este último (com a sua necessária indistinção de Bía e Dike) não lhe é simplesmente externo, mas mesmo na sua clara delimitação, é implicado nele como momento em todos os sentidos fundamental. O nexos localização-ordenamento já contém, portanto, desde sempre em seu interior a própria ruptura virtual na forma de uma “suspensão de todo direito”. Mas o que então surge (no ponto em que se considera a sociedade *tanquam dissoluta*) é, na verdade, não o estado de natureza (como estágio anterior no qual os homens recairiam), mas o estado de exceção. Estado de natureza e estado de exceção são apenas as duas faces de um único processo topológico no qual [...] o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurgiu agora no interior (como estado de exceção, e o poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *phýsis* e *nómos*). O estado de exceção, logo, não é tanto uma suspensão espaço-temporal quanto uma figura topológica complexa, em que não só a exceção e a regra, mas até mesmo o estado de natureza e o direito, o fora e o dentro transitam um pelo outro.

A longa transcrição se justifica, pois demonstra que Agamben entende o estado de natureza como a outra face do estado de exceção e, partindo de tal diagnóstico, é possível uma análise crítica da ideia de fundação do estado de direito, uma vez que, segundo Schmitt, além do direito ser um direito de situação, não há norma aplicável ao caos e, portanto, o estado de natureza pode não ser compreendido como uma anarquia ou caos, mas, sim, como um espaço anômico com a potencialidade de uma violência direta sobre os indivíduos, que pode ser limitado por meio da decisão do poder soberano que irá normalizá-lo.

Aqui se mostra não só a diferença, mas, também, a crítica que Agamben lança na direção de autores como Habermas, pois mesmo que se reconheça o potencial crítico de sua teoria, suas análises não encontram respostas a situação limite da exceção e para a manifestação da violência, inclusive soberana, pretendendo neutralizar a manifestação do poder soberano, ou em sua linguagem poder administrativo, pela esfera de um poder comunicacional, que reconhece direitos fundamentais aos cidadãos e, de tal modo, busca-se dar legitimidade ao sistema normativo estatal.

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2006, p. 97):

A existência de direitos depende, pois, do equilíbrio reconhecido entre múltiplas e variadas formas de correlação de forças. Ele não se efetiva na e pela representação de uma validade objetiva da lei, ou da natureza cogente das disposições normativas, menos ainda por um pretense consenso isento de coação – pactos são rituais que põem fim temporariamente a um conflito que permanece latente

Partindo de Schmitt para analisar a questão da exceção na origem, e a relação entre direito e violência, destaca Andytiyas Costa Matos (2012, p. 327) que:

[...] Abandonada ao se vogar incerto, arracional e amoral, a experiência jurídica – normal ou excepcional – é incapaz de ter uma presença significativa no mundo social, resolvendo-se em violência, conclusão a que chegaram Kelsen e Schmitt por caminhos muito diversos. Entretanto, apesar do seu *ontologismo de fundo*, a análise de Schmitt é vigorosa e pertinente. Ao centralizar o foco de seus estudos na exceção, ele descobre o caráter violento do direito, algo sistematicamente negado pelo suposto “racionalismo” do Estado liberal, herança ideológica agora assumida pelo Estado Democrático de Direito sob as cínicas roupagens da “razão comunicativa” e da “teoria da argumentação jurídica”.

Diante do que restou dito até aqui, com foco de análise na relação de exceção, Agamben revela a verdadeira face da estrutura originária da forma jurídica, e seu caráter violento que, por vezes, se não é negado, ao menos há uma tentativa de neutralizá-lo com a ideia diretriz da necessidade do reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos. No entanto, também nesse ponto, o filósofo italiano, discorda de tal possibilidade, pois, em sua opinião, ainda estaremos presos ao modelo da forma jurídica da política moderna, na medida em que Agamben entende o direito e a exceção, levando em consideração as análises de Foucault, como dispositivos pelos quais a forma jurídica se refere à vida nua dos indivíduos, inclusive *abandonando* está última a possibilidade de manifestação violenta do poder soberano, o que será objeto de análise a seguir.

1.4. Soberania como *bando* e biopoder: sujeito de direito e vida nua

Partindo da análise do conceito de soberania, sendo esse último, sem dúvida, de fundamental importância para se pensar o direito, até o presente momento, a investigação tentou, de uma forma mais ampla, se aproximar de tal definição. No entanto, a partir da proposta teórica de Agamben, se torna possível (re)pensar o conceito de soberania e como ele é construído como a forma jurídica da política moderna. No item anterior, o objetivo foi averiguar os argumentos do filósofo italiano acerca de sua proposta de análise crítica da hipótese de fundação da sociedade e do Estado a partir do contrato social.

Não obstante, além da aproximação realizada por Agamben entre estado de exceção e estado de natureza, elemento presente no mitologema hobbesiano, o filósofo italiano irá propor que o entendimento da fundação da cidade (*civitas*) como um pacto originário ou contrato social é equivocado, pois, ao imaginar a exceção na origem, já que o estado de natureza não é uma fase real pré-contratual e, levando-se em consideração o paradoxo da soberania apresentado linhas atrás¹⁰, há que se reconhecer que a relação de exceção, que se configura na *exclusão includente*, modifica o entendimento acerca da soberania, que passa agora a ser pensada como *bando*.

Segundo Agamben (2007a, p. 35):

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 no qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão.

Agamben, para justificar sua hipótese e crítica à concepção jurídico-política da formação estatal por meio do contrato social, que prevalece no pensamento político-jurídico, lança mão do termo *bando*, recolhido do antigo direito germânico, a fim de demonstrar a reconfiguração da ideia de soberania, para elaborar seu conceito de *bando* soberano, bem como para justificar seu entendimento da existência do paradoxo da soberania, e sua relação com a exceção por meio da forma jurídica.

Nas palavras de Agamben (2007a, p. 36):

Chamemos *bando* (do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano) a esta potência (no sentido próprio de *dýnamis* aristotélica, que é sempre também *dýnamis*

¹⁰ A possibilidade de o soberano se manter como fora da lei, por exemplo.

mè energieîn, potência de não passar ao ato) da lei manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de *bando*. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento (por isto, em sua origem, *in bando*, *a bandono* significam em italiano tanto “a mercê de” quanto “a seu talante, livremente”, como na expressão *correre a bandono*, e *bandito* quer dizer tanto “excluído, posto de lado” quanto aberto a todos, livre, como em *mensa bandita e a redina bandita*). É nesse sentido que o paradoxo da soberania pode assumir a forma “não existe um fora da lei”. A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o *Abandono*. A potência insuperável do *nómos*, *a sua originária “força de lei”, é que ele mantém a vida em seu bando abandonando-a.*

Ao pensar na fundação do estado civil e colocar o bando soberano e a exceção na origem, Agamben tenta demonstrar que a relação de exceção possui uma forma, e o é o *bando* uma imagem dessa relação entre poder soberano e vida no limiar da exceção, assim, “o bando é a pura forma do referir-se a alguma coisa em geral, isto é, a simples colocação de uma relação com o irrelato” (AGAMBEN, 2007a, p. 36).

A crítica do mito de fundação pelo contrato por meio da ideia de *bando* põe em evidência que, ao partir da exceção existente na origem, torna-se possível identificar uma zona de anomia ou, em certo sentido, um vazio da forma jurídico-política, e essa condição “neutra” é compreendida, por exemplo, por certo aspecto do liberalismo, como a forma de legitimação dos Estados Democráticos de Direito, que pode até levar em consideração o elemento da violência contido na estrutura da soberania, como o faz Habermas; no entanto, não pode admitir sua manifestação prática como determinante das escolhas institucionais e, quando esta violência soberana se manifesta de forma brutal, como ocorrido no século XX, as respostas a este problema se tornam rarefeitas e vêm sendo buscadas até nossos dias.

Para se colocar no cenário de reflexões acerca da barbárie ocorrida no século passado, Agamben irá pensar a exceção como limiar da relação entre direito (forma jurídica) e vida, podendo observar a manifestação de uma *exclusão-includente* com a retirada dos chamados direitos fundamentais daquelas vidas e indivíduos que foram atingidos pela decisão soberana. De acordo com tal perspectiva, é preciso refletir acerca de tais acontecimentos e, para melhor compreendê-los, o filósofo italiano irá desenvolver o conceito de *vida nua*. A partir de tal perspectiva, Agamben irá contestar a soberania da lei presente na ideia de Estado de Direito e, a fim de demonstrar a relação entre forma jurídica e vida, valer-se-á, novamente, de uma interessante figura extraída da antiguidade germânica e escandinava que é

representada pelo *Wargus*, *Vargr*, ou lobo, homem-lobo ou lobisomem (AGAMBEN, 2007a, p. 111).

Agamben toma como referência os estudos de Jhering para diagnosticar a relação entre vida e forma jurídica na figura do *Wargus* (o homem lobo) com a do *Friedlos*, “o sem paz” do antigo direito germânico (AGAMBEN, 2007a, p.111).

Segundo Agamben (2007a, p. 111)

[...] O antigo direito germânico fundava-se sobre o conceito de paz (*Fried*) e sobre a correspondente exclusão da comunidade do malfeitor, que tornava-se por isto *friedlos*, sem paz, e, como tal, podia ser morto por qualquer um sem que se considerasse homicídio [...]. Fontes germânicas e anglo-saxônicas sublinham esta condição limite do bandido definindo-o como homem-lobo (*wargus*, *werwolf*, lat. *Garulphus*, donde o francês *loup garou*, lobisomem).

A pretensão, segundo Agamben, é de que a imagem da figura monstruosa seja inserida no inconsciente coletivo como aquele que fora *banido* do convívio social, da comunidade, condenado a viver entre a existência humana e ferina, entre os bosques e a cidade, caracterizando-se como decisivo, para o filósofo italiano, que a definição deste personagem dual ou híbrido seja dada como homem-lobo e não somente como fera; logo, não somente como lobo, pois a expressão latina utilizada para sua definição *caput lupinum* tem uma forma jurídica (AGAMBEN, 2007a, p. 112).

Ainda, é interessante notar a aproximação realizada por Agamben da figura híbrida do Bisclavret, que o filósofo italiano considera como “um dos mais belos lais de Maria de França” (AGAMBEN, 2007a, p. 114), a fim de demonstrar que a figura do homem-lobo ou do lobisomem, pode ser compreendida como “limiar de passagem entre natureza e política, mundo ferino e mundo humano, e, simultaneamente sua íntima ligação com o soberano [...]” (AGAMBEN, 2007a, p. 114). O limiar de passagem nesse ponto parece indicar uma possível imagem de sua concepção da exceção enquanto uma relação de *exclusão-includente*, uma crítica a forma jurídica que apresenta uma característica ambivalente, e que se põe em relação com a vida e com a política.

Para Agamben (2007a, p. 112):

É somente sob esta luz que o mitologema hobbesiano do estado de natureza adquire seu sentido próprio. Como vimos que o estado de natureza não é uma época real, cronologicamente anterior à fundação da Cidade, mas um princípio interno desta, que aparece no momento em que se considera a cidade *tanquam dissoluta* (portanto, algo como um estado de exceção), assim, quando Hobbes funda a soberania através da remissão ao *homo hominis lúpus*, no lobo é necessário saber distinguir um eco do *wargus* e do *caput lupinum* [...] não simplesmente besta fera e vida natural, mas,

sobretudo zona de indistinção entre humano e ferino, lobisomem, homem que se transforma em lobo e lobo que torna-se homem, vale dizer: banido, *homo sacer*. O estado de natureza hobbesiano não é uma condição pré-jurídica totalmente indiferente ao direito da cidade, mas a exceção e o limiar que o constitui e o habita; ele não é tanto uma guerra de todos contra todos, quanto mais exatamente, uma condição em que cada um é para o outro vida nua e *homo sacer*, cada um é, portanto, *wargus, gerit caput lupinum*. E esta lupificação do homem e humanização do lobo é possível a cada instante no estado de exceção, na *dissolutio civitas*. Somente este limiar, que não é nem a simples vida natural, nem a vida social, mas a vida nua ou vida sacra, é o pressuposto sempre presente e operante da soberania.

A posição de Agamben, considerando tal reflexão, coloca-se também em sentido contrário à daqueles teóricos que pensam a forma jurídica da política moderna em termos de soberania popular como meio de se reconhecer a legitimidade do Estado de Direito, direitos do cidadão e contrato social, lançando luz sobre elementos aos quais se pretendia negar existência ou, ao menos, neutralizar sua manifestação, como é o caso, por exemplo, da possibilidade de uma violência soberana ou, mesmo, a potencialidade da ação violenta no âmbito (e por parte) do Estado Democrático de Direito. Portanto, na leitura de Agamben esta possibilidade se mantém presente, “sobretudo, na conservação, da parte do soberano, do seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta como direito de punir” (AGAMBEN, 2007a, p. 113).

O duplo da violência soberana, da leitura que Agamben faz de Hobbes, é a possibilidade dos súditos de resistir à violência contra sua pessoa, ou o dever de resistirem e lutar pela conservação de sua própria vida (AGAMBEN, 2007a, p. 113), o que demonstra o acerto da hipótese de que a violência existente na zona de indistinção se mantém, mesmo que de forma subterrânea, no Estado de Direito. Ainda nesse ponto, se torna possível verificar outra das preocupações de Agamben, a saber: a inclusão da vida no centro do cenário da política e dentro da esfera de atuação do poder estatal, que, pensado a partir do conceito de *bando*, autoriza uma verificação de que há possibilidade de abandono da vida humana à perspectiva de ação violenta e do poder soberano, inclusive, fazendo ressurgir, mesmo que com outras características, o homem lobo do homem, o lobisomem, “que habita estavelmente na cidade” (AGAMBEN, 2007a, p. 113).

Segundo Agamben (2007a, p. 116):

A relação de abandono é, de fato, tão ambígua, que nada é mais difícil do que desligar-se dela. O *bando* é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente capturado [...].

Ao debruçar-se sobre o conceito de *bando* apresentado por Agamben, Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 38) argumenta que:

O significado da palavra remete a *bandido*, mas também a *banido* – excluído – do mesmo que, em alemão, os termos *Bande* e *Bann* designam tanto a expulsão da comunidade quanto a insígnia de governo do soberano. Tal como se encontra explicitamente mencionado na obra de Rudolph Von Jhering, *O Espírito do direito romano*, o termo *Bann* guarda relação com a *sacratio* romana arcaica, designando o fora da lei, proscrito e banido da proteção do ordenamento primitivo, que, enquanto tal, poder ser morto independentemente de um juízo e fora do direito.

A figura do banido era, na Antiguidade germânica, o *Friedlos*, o “sem paz”, teria seu fundamento na paz (*Fried*) assegurada na comunidade, da qual a proscricção o excluía. Tratava-se, pois, de um caso de exclusão includente, ao qual o ordenamento jurídico *se aplica integralmente*, por meio de sua própria suspensão – a instituição do bando mantém o proscrito *capturado fora* do ordenamento, na medida em que a aplicação (incidência) da decisão soberana consiste precisamente na exclusão e suspensão da lei e da paz, fazendo coincidir, num mesmo ato, suspensão (exclusão) e aplicação (inclusão). A mesma paradoxia se encontra presente no termo *Ausschliessung* (afastamento, exclusão, inclusão), formado a partir de *aus* (ex) e *schliessen* (fechar, trancar, encerrar) e *Ausnehmen-Ausnahme* (*ex-capere*).

A proposta crítica de Agamben leva em consideração o conceito de biopoder de Michel Foucault, ao ponto que, no desenvolvimento da ideia de soberania como *bando*, considerando a relação de exceção, dá-se a tentativa do filósofo italiano de prosseguir com as investigações do pensador francês, interrompidas em decorrência de sua morte. Nesse sentido, a concepção de biopoder irá fundamentar a crítica do contrato social, que atrela o mito de fundação da modernidade política, de forma hegemônica, à forma jurídica do contrato, ou seja, reconhecendo certa necessidade da regulamentação jurídica da esfera política (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 28).

Parece conveniente a apresentação, mesmo que de forma muito sumária, das tintas foucaultianas a respeito do biopoder, contudo, sem nenhuma pretensão de esgotamento de tal temática. A concepção de biopoder e seu conceito relacionado de biopolítica é a tentativa de Foucault de questionar o conceito de poder e sua forma jurídica predominantes no pensamento político da tradição, uma vez que, como se sabe, Foucault tinha por objetivo uma espécie de analítica do poder ao invés de uma, propriamente dita, teoria do poder (soberano). A estratégia de investigação é interessante, pois permite a Foucault observar como o poder e suas estruturas de manifestação podem se relacionar com a vida (biopolítica), inclusive controlando-a por meio dos dispositivos disciplinares. A formulação de tal concepção se encontra no último capítulo de *História da sexualidade I – vontade de saber*, onde Foucault

destaca (de saída) que “por muito tempo, um dos privilégios característicos do poder soberano fora o direito de vida e morte” (FOUCAULT, 1977, p. 127).

Ao analisar a questão do poder e sua relação com a vida exercida por meio da soberania, a estratégia e preocupação central de Foucault não são, como mencionado, de observar as formas regulamentares e ditas legítimas do poder, mas, sim, a forma de ação do poder soberano por meio de mecanismos específicos, com a investigação direcionada para as extremidades do poder, formas e instituições mais regionais e capilares, inclusive, para além das regras do direito, que podem ser compreendidas como um dispositivo de captura da vida e inscrição desta última nos cálculos de poder da soberania estatal (FONSECA, 2000, p. 131).

Segundo Foucault (1977, p. 131):

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extensão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, como todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e *controles reguladores: uma biopolítica da população*. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida.

A longa transcrição se justifica na medida em que podemos observar que o objeto da presente investigação, a forma jurídica (Direito), torna-se uma das possíveis manifestações e dispositivos do poder para a captura da vida humana. Para Foucault, a partir da aurora do biopoder e da biopolítica, há uma modificação da ideia do antigo poder soberano sobre vida e morte no sentido de que “o velho direito de *causar* a morte ou deixar *viver* foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte” (FOUCAULT, 1977, p. 130).

Parece-nos que a inversão da dinâmica do direito potencial sobre a morte inerente ao poder soberano, é modificada pela alteração da estrutura social e econômica com o reconhecimento do valor social dos sujeitos, súditos e, agora, cidadãos; desta feita, a “velha potência de morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente,

recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 1977, p. 131).

Ainda, nas palavras do pensador francês:

[...] A teoria da soberania é, se vocês quiserem, o que permite fundamentar o poder absoluto no dispêndio absoluto do poder, e não calcular o poder como o mínimo de dispêndio e o máximo de eficácia. Esse novo tipo de poder, que já não é, pois, de modo algum transcritível nos termos de soberania, é, acho eu, uma das grandes invenções da sociedade burguesa. Ele foi um dos instrumentos fundamentais da implantação do capitalismo industrial e do tipo de sociedade que lhe é correlativo (FOUCAULT, 2010, p. 32).

Ao apresentar estas outras imagens ou roupagens do poder e da soberania, Foucault nos provoca a pensar a respeito da figura do sujeito de direito, que, invariavelmente, é pensada e compreendida como fundamento e algo central no edifício teórico, a dar sustentação a um sistema de direitos forjado democraticamente, servindo estes direitos como forma de oposição contra qualquer e eventual ação violenta e agressiva, inclusive estatal. Também, ainda podem ser entendidos como garantias que se apresentam em defesa da vida humana em outro tipo de violência, talvez mais velada, como a exploração econômica da força de trabalho, servindo, aqui, como exemplo, toda parte do ordenamento jurídico que se refere ao direito do trabalho. Foucault, no entanto, a partir de seu diagnóstico biopolítico, tenta demonstrar como a teoria da soberania, na realidade, constitui um ciclo de sujeição, ou seja, como o indivíduo dotado de direitos e de capacidades pode ser tornar sujeito no sentido de uma sujeição a uma relação de poder (FOUCAULT, 2010, p. 37).

Nesse momento não só com Foucault, mas indica Oswaldo Giacoia Junior, ser possível verificar a presença, no pensamento de Agamben, de um diálogo com certa perspectiva do pensamento marxista, evidenciado, principalmente, pela presença de Benjamin, para pensar essa relação poder soberano, forma jurídica e vida em seus desdobramentos históricos. De tal modo, Agamben entende que a história da política ocidental pode ser compreendida nos cruzamentos e oposições de dois paradigmas, quais sejam: o econômico e o político (AGAMBEN, 2005, p.9). Para refletir sobre a forma jurídica da política moderna, a sociedade deve ser pensada como uma sociedade de produtores de mercadorias, dessa forma, leva-se em consideração a realidade do sistema econômico capitalista em “cujas relações sociais no processo de produção assumem uma forma coisificada dos produtos do trabalho; estes por sua vez, aparecem, uns em relação aos outros, como na figura genérica do valor de troca” (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 28).

Considerando a unidade da mercadoria com relação ao valor de troca e de uso identifica-se uma “cadeia ininterrupta de relações jurídicas” (PACHUKANIS, 1989, p. 55). Nesse ínterim, a relação jurídica entre os sujeitos pressupõe a forma jurídica dos sujeitos de direito que se reconhecem direitos e que irão atuar tendo por referência as relações mercantis dos produtos do trabalho e, de acordo com tal perspectiva, ressalta Pachukanis (1989, p. 70) que:

A mercadoria é um objeto mediante o qual a diversidade concreta das propriedades úteis se torna simplesmente a embalagem coisificada da propriedade abstrata do valor, que se exprime como capacidade de ser trocada numa determinada proporção por outras mercadorias. Esta propriedade é expressão de uma qualidade inerente às próprias coisas em virtude de uma espécie de lei natural que age sobre os homens de maneira inteiramente alheia à sua vontade. Porém, se a mercadoria conquista seu valor independentemente da vontade do sujeito que a produz, a realização do valor no processo de troca pressupõe, ao contrário, um ato voluntário, consciente, por parte do produtor de mercadorias.

Portanto, a partir da ideia de que o Estado de Direito e a forma jurídica da política estão conectados com os interesses privados burgueses, interesses estes que, na medida em que a classe burguesa inicia sua participação na política de forma, inclusive, segundo Arendt, imperialista, se tornam “públicos” no sentido de generalizáveis, passando a ser possível, identificar na relação entre os sujeitos no mercado, a manifestação do vínculo entre poder e vida, mascarando o elemento da violência, por meio da relação jurídica exposta na forma da legalidade e da manifestação livre (autônoma) da vontade por meio da ideia de contrato, o que não deixa de configurar uma sujeição a uma relação de poder, por exemplo, do empregado que é explorado pelo proprietário dos meios de produção, bem como portar a imaginável ação violenta em decorrência do descumprimento de um pacto contratual (NAVES, 2005, p. 24).

A respeito da possibilidade de encarar o sujeito de direito não só como um participante do discurso, pelo fato de os cidadãos se atribuírem direitos a fim de poder garantir sua participação na esfera pública democrática e em um circuito ideal de fala, o sujeito de direito é também e, ao que parece, necessariamente, aquele que está inserido nas relações jurídicas de alienação e apropriação; significa dizer, nas formas mercantis em que o produto do trabalho se torna portador de valor ao se revestir das propriedades da mercadoria, tornando-se o indivíduo, então, portador e sujeito de direitos (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 29).

Pachukanis (1989, p. 71-71) destaca que:

[...] O direito subjetivo é o fato primário, pois assenta-se, em última instância, sobre interesses materiais que existem independentemente de regulamentação externa, consciente, da vida social.

O sujeito como titular e destinatário de todas as pretensões possíveis, a cadeia de sujeitos vinculados uns aos outros por pretensões recíprocas, esta é a estrutura jurídica fundamental que corresponde à estrutura econômica, às relações de produção de uma sociedade baseada na divisão do trabalho e de troca.

O indivíduo, a pessoa, o súdito que passa a ser sujeito de direitos é aquele capaz de realizar, de participar da dinâmica das relações mercantis, inclusive com a *disposição de suas próprias forças em forma de mercadoria*; logo, “o sujeito de direito é o proprietário da mercadoria, sobretudo das mercadorias dinheiro e força de trabalho” (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 29).

No momento histórico em que há o desenvolvimento do sistema econômico capitalista é que se coloca em cheque a soberania estatal do antigo regime e dos estados feudais, uma vez que esta última prejudicava os interesses expansionistas da burguesia ascendente, surgindo como inerentes a natureza humana as ideias de liberdade e igualdade (NAVES, 2005, p. 26).

Para Márcio Naves (2005, p. 26), “a emergência das categorias da liberdade e da igualdade faz com que o homem se transforme em um sujeito de direito, o homem – qualquer homem – passa a ser dotado de mesma capacidade jurídica, podendo realizar atos jurídicos, celebrar contratos”.

Do mesmo modo, a forma jurídica da política centrada na ideia de contrato parece estar em íntima conexão com a esfera de atuação do poder estatal e econômico e, dessa maneira, a forma direito “é o duplo social da forma mercantil” (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 29), o que parece não autorizar a possibilidade de existência de um sistema de direitos legitimado pela ausência de elementos de violência, ou força, quando da passagem desta última à esfera de uso e monopólio estatal, no momento de sua formação.

Levando em consideração essa perspectiva, é possível verificar como Agamben irá retomar Foucault para pensar o caráter dual e ambivalente da forma jurídica, conseqüentemente, o *médium* do direito, e como a vida humana é capturada e inscrita nos cálculos e estratégias de poder, inclusive estatal; logo, como a vida é *abandonada* e passa a ser a aposta em jogo na esfera da política. Para tanto, Agamben irá compreender o direito como um dispositivo que opera a relação entre poder (soberano) e vida, na medida em que a

forma jurídica se apresenta como o *médium* das relações sociais ou, se preferirmos, das relações entre mundo da vida e esfera sistêmica.

No entender de Agamben (2009, p. 38), “o termo dispositivo nomeia aquilo em que por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser. Por isso os dispositivos devem sempre implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o seu sujeito”. Ainda, o filósofo italiano (2009, p. 40) apresenta a sua concepção de dispositivo nos seguintes termos:

Generalizando posteriormente a já bastante ampla classe dos dispositivos foucaultianos, chamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes.

Não obstante, passa agora a ser importante o conceito de vida nua que é trabalhado por Agamben e que irá se relacionar com o poder por meio do dispositivo da forma jurídica. Para formular seu conceito de *nuda vita*, o filósofo italiano partirá da distinção já existente na filosofia grega clássica, em especial de Aristóteles, uma vez que a palavra vida não detinha um único significado para os gregos (AGAMBEN, 2007a, p. 9).

Conforme Agamben, os dois termos que se ligam à palavra vida são *zoé*, cuja significação aponta para uma simples forma de vida, ao viver comum, à vida natural de todos os seres viventes e, *bíos*, que exprimia a vida qualificada, a “forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2007a, p. 9).

Para Agamben (2007a, p. 10), “a simples vida natural é, porém, excluída, no mundo clássico, da *polis* propriamente dita e resta firmemente confinada, como mera vida reprodutiva, ao âmbito do *ôikos* [...]”. Por conseguinte, a partir da obra de Aristóteles, Agamben (2007a, p. 10) afirma que:

É verdade que um celeberrimo trecho da mesma obra define o homem como *politikòn zôon* [...], político não é um atributo do vivente como tal, mas é uma diferença específica que determina o gênero *zôon* (logo depois, de resto, a política humana é distinguida daquela de outros viventes porque fundada, através de um suplemento de politização ligado à linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso).

Seguindo, ao que parece, o método de Foucault, que também analisou esta questão e diferença de caracterização do conceito de vida na Grécia para pensar o poder e a política como biopoder e biopolítica, Agamben pretende agora compreender não só como o sujeito de direito representa esta relação entre o poder e a vida, mas, também, como, digamos, a

racionalidade estratégica instrumentaliza a vida humana, colocando-a no centro da esfera de atuação do poder político e da engrenagem de funcionamento do poder econômico (capital), bem como demonstrar como a vida humana pode se tornar a representante e portadora da insígnia da soberania, “do nexo entre violência e direito, aquele que é também portador do *bando* soberano, o que levará ao conceito de *vida nua*” (NASCIMENTO, 2012, p. 157).

Para tanto, Agamben irá se valer de uma definição de Festo, “procurador romano da província da Judéia no século I” (NASCIMENTO, 2012, p. 157), como ideia diretriz de sua análise, a saber:

Homo sacro, portanto, aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que “se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida”. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro (AGAMBEN, 2007, p. 79. Tradução p. 196).

Note-se a conexão com a figura do *wargus* e do *friedlos*, ambos portadores da marca da soberania pelo *abandono* e, ao mesmo tempo, captura exercida pela forma jurídica, ainda que manifestada na figura da punição ao delito, oportunidade em que se aplica o dístico da relação de exceção, por conseguinte, a *exclusão inclusiva*; significa dizer que a eles o ordenamento jurídico aplica-se desaplicando-se. Assim, pode-se dizer que “o *homo sacer* era um estigmatizado errante para fora do direito” (NASCIMENTO, 2012, p. 158).

De acordo com Agamben (2007a, p. 113):

A violência soberana não é, na verdade, fundada sobre um pacto, mas sobre a inclusão exclusiva da vida nua no Estado. E, como o referente primeiro e imediato do poder soberano é, nesse sentido, aquela vida matável e insacrificável que tem no *homo sacer* o seu paradigma, assim também, na pessoa do soberano, o lobisomem, o homem lobo do homem, habita estavelmente na cidade.

Ao articular tal figura do direito romano, Agamben consegue pensar qualquer forma de ordenamento jurídico, colocando em questão a ideia de sacralidade, que ganhou muita força após as atrocidades cometidas no século XX¹¹, em especial no pós 1945, e em decorrência dos direitos fundamentais, pois aquela concepção (vida digna ou dignidade humana) se mostra como o primeiro desses direitos e, ainda, o filósofo italiano demonstra a forma de atuação do biopoder e da biopolítica moderna, na medida em que, é possível não só imaginar, mas, sim, verificar as mais variadas formas de retiradas de direitos, a partir de uma

¹¹ Pode-se verificar uma re-fundação desta concepção no pós 11 de setembro de 2001.

decisão soberana (política), com a conseqüente exposição da vida nua à morte, por se tratar o *homo sacer* de uma vida matável e insacrificável, não cometendo homicídio aquele que o violenta. Sobre esse ponto voltaremos mais adiante.

Agamben (2007a, p. 134) destaca que:

[...] Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania.

Ao se compreender o direito e o Estado como dispositivos de captura da vida natural por meio, inclusive, das relações econômicas de produção, que se apresentam como relações jurídicas e, assim, produzem o sujeito de direito, é possível verificar que este último, na realidade, vincula-se aos cálculos estratégicos do poder soberano, até mesmo com a exposição de sua vida à morte, com a retirada ou o não reconhecimento de direitos no estado de exceção, dada regulamentação jurídica da ação política por parte do Estado, e é, nesse momento, que se identifica o *abandono* da *vida sacra* ou *vida nua*, tratando-se esta relação, para Agamben, do elemento ou relação política originária (AGAMBEN, 2007a, p. 96).

Para Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 39):

Interpretar o ato político originário como contrato social, e não como *exceptio e Bann* constitui o equívoco que impede pensar uma política emancipada de sua relação com o Estado, ou seja, com a soberania jurídico-política tradicional [...].

Essa crítica radical da modernidade política, que opera por um retorno reflexivo às origens míticas do direito, transforma em alvo privilegiado de seus ataques a hipótese da origem contratual da sociedade e do Estado – como se sabe um dos ícones da moderna racionalidade política – denunciando a operação ideológica de ‘racionalização’ que consiste em descrever a gênese do espaço político a partir do ‘mitologema’ do contrato, por encobrimento de sua dimensão religioso-sacrificial.

Destarte, afora as primeiras linhas explicativas da dificuldade que o tema propõe, o pensamento de Agamben, no que diz respeito à forma jurídica da política faz emergir (ou põe à luz) a relação entre soberania, violência e forma direito que atuam sobre a vida nua, por meio da relação de exceção ou do Estado de exceção. Nessa perspectiva reflexão, o filósofo italiano nos auxilia a compreender a passagem dos Estados Democráticos de Direito para as formas estatais totalitárias, bem como sua maneira biopolítica de funcionamento com o surgimento do paradigma do campo de concentração e, ainda, a exceção como forma de governo paradigmática. Dessa maneira, para Agamben (2007a, p. 127):

A contigüidade entre democracia de massa e Estados totalitários não tem, contudo (como Löwith parece aqui considerar, seguindo a trilha de Schmitt), a forma de uma improvisa reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. É como se, a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse sempre uma dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se.

Por fim, a teoria proposta pelo pensador italiano se mostra um fecundo referencial teórico para se pensar as catástrofes (bio)políticas do século XX e sua relação (solidária) com o Estado Democrático de Direito e a forma jurídica; logo, este momento parece apropriado para delimitar (ainda mais) a temática deste empreendimento teórico, uma vez que o embate que se aproxima se dá com a categoria forma jurídica e sua relação com o estado de exceção. Dessa maneira, com o intuito de ir o mais longe possível, à seqüência, serão apresentadas algumas reflexões a respeito da análise mais detida de Agamben sobre a forma jurídica, em especial, acerca de sua compreensão do estado de exceção, para que seja possível um diálogo mais próximo com o pensador italiano e a verificação de suas hipóteses e diagnósticos dos problemas político-jurídicos contemporâneos.

CAPÍTULO 2 – ESTADO DE EXCEÇÃO E FORMA JURÍDICA: FRONTEIRAS DA RACIONALIDADE JURÍDICA

2.1. Poder constituinte e poder constituído: a questão política e modo de instituição da forma jurídica

Nas linhas que seguem, são propostos o exame de alguns temas mais aproximados da teoria do direito e que dizem respeito à forma jurídica especialmente. Tais temáticas fazem parte das preocupações teóricas de Agamben, principalmente quando o filósofo italiano busca compreender os horrores do século XX e como estes últimos aconteceram dentro de estruturas estatais com o selo de Estados Democráticos.

Conforme dito anteriormente, Agamben lança luz sobre pontos, sem dúvida nevrálgicos, da filosofia jurídico-política. No que tange à aproximação da reflexão de Agamben a respeito da forma jurídica, já na epígrafe de seu livro *stato di eccezione (estado de exceção)*, o filósofo italiano se vale de um questionamento (*quare siletis juristae in munere*

vestro?)¹², que é feito aos juristas, quanto a seu silêncio acerca de questões fundamentais da teoria do direito e, porque não dizer, da teoria constitucional, pois, na percepção de Agamben, questões como a do estado de exceção devem ser de interesse dos juristas e da racionalidade jurídica; contudo, muitas vezes, são colocadas de lado sob o argumento de não se tratarem de assuntos pertinentes ao universo jurídico, mas, sim, por representarem temas políticos ou sociológicos, por exemplo.

A partir de sua investigação envolvendo a forma jurídica da política moderna, Agamben tem de analisar a questão do poder constituinte e sua relação com o poder constituído, tendo em vista sua ligação (ou relação) com o pensamento político, observando-se que esse tema deveria ser encarado de forma seminal pela teoria da constituição e a doutrina do direito constitucional.

Para Daniel Nascimento (2012, p. 129):

A interrogação sobre o nexó originário que se estabelece entre direito e violência traz à baila a relação entre poder constituinte e poder constituído. As acepções sobre os elementos de formação do direito embora sejam largamente utilizadas pela doutrina do direito constitucional, sofrem uma constante variação, na medida em que é preciso sempre novamente justificar as fontes do direito.

Não obstante, não parece exagero pensar que, até nossos dias, a tentativa de aproximação do pensamento ou da racionalidade jurídica com a política parece colocar a forma jurídica já próxima de uma de suas mais bem guardadas fronteiras e, no entender de Gilberto Bercovici (2004, p. 19), “a política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado ao segundo plano”.

Segundo Paulo Bonavides (1996, p. 33):

A legitimidade, a soberania, o poder constituinte e o direito natural inserem-se numa esfera de temas que o positivismo formalista tem procurado com todo afincó desterrar da Ciência do Direito, para fazê-lo unicamente objeto de especulação metafísica, mas sempre circunscrito num espaço vedado à investigação jurídica de natureza científica propriamente dita. Forma-se, assim, aquela categoria de temas suspeitos a uma metodologia que se presume de inspiração estritamente científica.

Nesse sentido, difíceis questões como a da relação entre direito e violência são colocadas à margem da discussão do ponto de vista da teoria jurídico-constitucional, mas, invariavelmente, apresentam-se quando a reflexão jurídica se depara com a necessidade de

¹² O questionamento de Agamben é uma sutil e erudita inversão do sentido da frase de Alberico Gentile, presente em sua obra sobre o *Direito de guerra (Vós, teólogos, deveis calar sobre o dever dos outros)* (GIAOCIA JUNIOR. 2008, p. 305)

pensar a maneira de institucionalização da forma jurídica e sua relação com a política, ou, ainda, quando é colocada de frente ao que Schmitt chama de *situações limite*.

Com isso, então, a teoria do direito tem de enfrentar a complexa questão da relação existente entre a política e a sua forma jurídica, o que irá desencadear um processo de reflexão de alguns autores, que aqui poderíamos citar Carl Schmitt, Hans Kelsen e, para nos mantermos nos trilhos do pensamento de Agamben, Walter Benjamin. No que diz respeito aos dois primeiros, seu debate acerca da constituição de Weimar contribuiu muito para a teoria da constituição, pois a argumentação gravitou, em linhas gerais, em torno da necessidade de se afastar as questões políticas da esfera jurídica, pois o Estado é o ordenamento jurídico, e a normatividade é derivada de forma escalonada de uma norma fundamental pressuposta de cunho transcendental, inserindo todas as demais questões que se referem à política na teoria do estado (Kelsen); ou, como para Schmitt, há uma também necessária busca, contudo, é a de reabilitar o político “na análise dos temas da teoria constitucional” (BERCOVICI, 2004, p.8).

Gilberto Bercovici (2010, p. 29) destaca que:

A doutrina do poder constituinte é, antes de mais nada, um discurso sobre o poder constituinte, exercendo o papel de mito fundador e legitimador da ordem constitucional, mesmo se excluído do direito. O conceito de poder constituinte é a resposta à questão sobre a origem da constituição, sendo de difícil manuseio pelos juristas, pois tem um duplo significado, jurídico e político, que não podem ser separados.

Deste diagnóstico, parece possível, mais uma vez, identificar o interesse de Agamben pela relação entre poder constituinte e poder constituído, pois, de acordo com Bercovici, este tema está relacionado à questão do mito fundador da ordem jurídica e do Estado, e Agamben propõe um reexame da tradição do contrato social.

Linhas atrás, buscou-se demonstrar o deslocamento da imagem da soberania, de seu detentor ou titular da figura de um soberano individualizado e monopolizador do poder, passando à titularidade a ser concentrada no povo, a partir da construção da ideia de uma soberania popular, o que colocaria em evidência a necessidade de legitimação do poder e da forma jurídica; outrossim, Gilberto Bercovici (2010, p. 29) destaca que “o poder constituinte é manifestação da soberania. É um poder histórico, de fato, não limitado pelo direito”.

Dirá então Nelson Saldanha (1986, p. 50):

As possibilidades de compreensão jurídica do conceito de poder correspondem às possibilidades jurídicas do social, pois o social se concentra - fática, ou seja, ajuridicamente, - no poder. Na medida em que o jurídico é prestigiado pelo social, os alcances do poder se aproximam do direito; na medida em que o jurídico inclui o poder e o penetra, o poder se alça e adquire investimento jurídico. O fato do poder se integra na órbita do direito

quando se embebe da consciência e da intenção de justiça que caracterizam a este, quando se faz domesticar por este [...].

Ora, o que chama a atenção de Agamben para o tema da relação entre poder constituinte e poder constituído é, como também entende Daniel Nascimento, exatamente a relação entre direito e violência que se apresenta nas situações de manifestações fáticas do poder. Quando revisitamos o mito fundacional do contrato e o colocamos em conexão com o estado de exceção, é possível verificar que não há uma disjunção necessária entre direito e violência ou direito e força.

Se compreendermos que, na origem, há uma situação de exceção, há também uma modificação de percepção no que diz respeito ao vínculo entre direito e violência, pois, verifica-se a permanência desta última como elemento estrutural da soberania e da forma jurídica. Então, a soberania se torna imagem ou detentora da violência, pois a violência, conforme destaca Benjamin, tem uma referência com as esferas da ética e da justiça para que não seja um mero dado da natureza.

Segundo Andityas Costa Matos (2012, p. 75):

Na exceção – declarada ou não – o que está em jogo é a origem do direito, entendida não como ponto cronológico do qual se parte para se superar a violência fundadora de qualquer existência social, mas sim como *constante presença destrutiva* que exerce funções sistêmicas de retroalimentação autorreferenciada [...]. O direito é, muito além das mitologias coletivas postas pelo soberano para normalizar a realidade social – para *endireitá-la* -, violência *constante, fecunda e originária*.

Nas situações limite ou de manifestações fáticas do poder, como podemos considerar o caso das chamadas revoluções liberais ou burguesas da França e dos Estados Unidos da América do Norte, que sempre são levadas em consideração pelo constitucionalismo liberal, há possibilidade de se verificar, em maior ou menor grau, o elemento da violência, inclusive, em certo sentido, como forma de uma ação política soberana e violenta (soberania popular). Logo, ao final da citação de Nelson Saldanha, destaca-se que o poder constituído irá, então, domesticar a ação marcada pela violência original, o que também é feito pelo poder soberano em Hobbes, que deve extinguir a guerra de todos contra todos, dessa forma, pôr fim à existência violenta das relações entre os indivíduos, fazendo-o na forma da lei.

No entanto, não se pretende afirmar que há um único modo de se pensar o poder constituinte, como poder ou manifestação fática da soberania, pois, de acordo com Gilberto Bercovici (2010, p. 30-31):

O poder constituinte pode ser pensado em termos diretamente fáticos, ou seja, como o povo, em sua totalidade e sem intermediários, cria a constituição para si e permanece como instância decisiva para a manutenção, alteração ou substituição da constituição, instituindo, segundo Müller, uma democracia plebiscitária sem restrições. No Estado Constitucional, no entanto, o poder constituinte nunca é pensado como um poder diretamente proveniente e exercido pelo povo, mas apenas em termos indiretos, representativos, como um poder exercido de forma mediada pelo povo. Deste modo, a idéia de que o poder constituinte originário está no povo é inseparável, historicamente, da ideia de representação em assembléia constituinte.

Agamben está bastante consciente deste problema, e, para o filósofo italiano, é no domínio da relação entre poder constituinte e poder constituído que o paradoxo da soberania se põe a luz (AGAMBEN, 2007a, p. 47).

Conforme Agamben (2007a, p. 47):

Daí a impossibilidade de compor de modo harmônico a relação entre os dois poderes, que emerge, em particular, não somente quando se trata de compreender a natureza jurídica da ditadura e do estado de exceção, mas também a propósito do poder de revisão, frequentemente previsto no próprio texto das constituições. Contra a tese que afirma o caráter originário e irreduzível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum condicionado e constringido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na constituição e põe de lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do qual nasceu a constituição.

Agamben irá retomar o texto de juventude de Benjamin (*Zur Kritik der Gewalt*), escrito no armistício entre guerras (1921), a fim de pensar a relação entre poder constituinte e poder constituído em diálogo com a política, com o objetivo de refletir a propósito da forma jurídica da política, uma vez que Benjamin indica nesse texto a regulamentação que é feita pelo jurídico da ação política. De tal modo, o filósofo italiano irá partir do argumento benjaminiano sobre a violência fundante e mantenedora do direito; além do texto do pensador frankfurtiano exercer uma função diretriz nesta temática, auxiliando Agamben a detectar como problema fundamental a ser observado a tentativa de uma disjunção entre poder constituinte e poder soberano, o que implica, também, na distinção entre direito e violência (AGAMBEN, 2007a, p. 48-49).

Levando em consideração o indispensável auxílio de Benjamin, vejamos sua caracterização da violência-poder que funda o direito e uma violência que o conserva. Nas palavras de Benjamin (1986, p. 167):

Todo poder enquanto meio é ou instituinte ou mantenedor do direito. Não reivindicando nenhum desses dois atributos, renuncia a qualquer validade. Portanto, qualquer poder enquanto meio, mesmo no caso mais favorável, tem a ver com a problemática geral do direito [...].

O dualismo apresentado por Benjamin, no tocante à essência da relação entre violência e direito, mostra-se como uma forte crítica ao Estado de Direito liberal, pois a fundamentação do jurídico estaria vinculada a esta dialética perversa da relação entre a violência-poder que institui o direito e a violência-poder que o conserva.

Tal perspectiva estaria caracterizada no movimento dialético da instituição do direito por meio da violência que, pode ser fundado através de movimentos revolucionários com o estabelecimento de um novo direito, de uma nova ordem jurídica e, contudo, este poder instituinte e sua força vão se apagando, na medida em que há o reconhecimento de uma espécie de normalidade garantida por uma violência-poder conservadora do direito, a fim de que se possa assegurar o monopólio jurídico da violência-poder (uso legítimo da força), como exemplo Benjamin (em tom crítico) cita o parlamento (BENJAMIN. 1986, p. 167)¹³. Nas palavras de Benjamin (1986, p. 167):

[...] Quando a consciência da presença latente da violência dentro de uma instituição jurídica se apaga, esta entra em decadência. Um exemplo disso, no momento atual, são os parlamentos. Eles oferecem um espetáculo notório e lamentável porque perderam a consciência das forças revolucionárias às quais devem sua existência. [...] Falta-lhes o sentido para o poder instituinte de direito, representado por eles; assim, não é de estranhar que não consigam tomar decisões que sejam dignas desse poder, mas cultivem, com a prática dos compromissos, uma maneira supostamente não violenta de tratar os assuntos políticos.

Ainda, a respeito dos poderes instituinte e mantenedor do direito:

[...] A função do poder-violência, na institucionalização do direito, é dupla no sentido de que, por um lado, a institucionalização almeja aquilo que é instituído como direito, como o seu fim, usando a violência como meio; e, por outro lado, no momento da instituição do fim como um direito, não dispensa a violência, mas só agora a transforma, no sentido rigoroso e

¹³ Segundo Gilberto Bercovici (2008, p. 168), “o desejo de ‘terminar a revolução’, ou seja, de afastar a figura ameaçadora do soberano, é marcante nas constituições liberais do século XIX. A questão da soberania é omitida, está oculta, em tese resolvida. Ao equilibrarem-se entre rei e parlamento, as constituições liberais reduziram o seu espaço de abrangência, buscando sistematizar as relações entre os órgãos constitucionais e garantir os direitos individuais dos cidadãos”.

imediatamente, num poder instituinte do direito, estabelecendo como direito não um fim livre e independente de violência (*gewalt*), mas um fim necessário e intimamente vinculado a ela, sob o nome de poder (*macht*). A institucionalização do direito é institucionalização do poder e, nesse sentido, um ato de manifestação imediata da violência (BENJAMIN, 1986, p. 172)

Partindo do diagnóstico deste dualismo dialético, que Benjamin qualifica como perverso, o pensador frankfurtiano parece propor a existência de uma violência-poder fora do direito, o que ele chama de *violência divina* e, na perspectiva do mundo da vida, poder revolucionário (AGAMBEN, 2004, p. 84), o que romperia com a dialética de dominação do poder instituinte e mantenedor do direito. Para Derrida (2007, p. 89), não é possível a existência de um poder fora do jurídico que venha a romper com o movimento dialético do poder instituinte-conservador, pois a própria violência da instauração do direito deve necessariamente envolver a violência de sua conservação, uma vez que aquilo que é instituído deve ser conservado, pois uma fundação é uma promessa e, aqui, talvez estejamos diante da promessa do liberalismo (DERRIDA, 2007, p. 89).

No entanto, segundo Agamben (2004, p. 84), o objetivo do ensaio é garantir a possibilidade de uma violência [...] absolutamente “fora” (*aussenhalb*) e “além” (*jenseits*) do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética que funda o direito e a violência que o conserva. Aqui, parece clara a objeção à teoria schmittiana, pois, para o jurista alemão não é admissível a ideia de um poder fora da esfera da ordem legal vigente, pois, Schmitt pretende inscrever a violência ou garantir o monopólio desta última pelo *nómos* (SCHMITT, 1996, p. 88).

O monopólio jurídico da violência-poder está fundamentado em uma desconfiança do direito (ou seja, regulamentação jurídica das relações políticas em termos benjaminianos) para com o poder. Segundo Benjamin (1986, p. 172):

Este princípio tem uma aplicação de conseqüências muito sérias no direito constitucional. Pois, na sua área, o estabelecimento de limites, antecipado pela “paz” de todas as guerras na era mítica, é o arqui-fenômeno do poder instituinte do direito. Ali fica patente que a função primordial de todo poder instituinte do direito é a garantia do poder em si, muito mais do que a obtenção dos maiores lucros. Onde se estabelecem limites, o adversário não é simplesmente aniquilado, mas concedem-se direitos a ele, mesmo quando o vencedor dispõe do mais amplo poder. De uma maneira demoníaca e ambígua, tratam-se de direitos “iguais” para ambas as partes contratantes, é a mesma linha que não pode ser transgredida.

Há, nessa passagem, mais uma dura crítica ao Estado de Direito liberal e sua imagem de decorrência histórica de avanço do processo civilizatório, com sua ideia constitucional de instituição de direitos por dimensões (muitos conquistados a duras penas), bem como pelo reconhecimento primevo de liberdades públicas. Dessa forma, o Estado de Direito consiste na apresentação e conservação de uma dada ordem político-jurídica, e o poder (violência) mantenedor do direito é um poder (violência) ameaçador (BENJAMIN, 1986, p. 165). Assim, a desconfiança liberal do direito para com o poder (violência), no tocante à dimensão da esfera da regulação da política, faz com que se apresente a forma do Estado de Direito para que o jurídico mantenha o poder (violência) sobre seu monopólio.

Daniel Nascimento (2012, p. 130) ressalta que:

[...] O direito se mostra, desde tempos imemoriais, aficionado pela regulação de tudo o que encontra e a sua maior desconfiança seria estar de frente com algo que escape aos seus domínios. À pretensão do direito de regular toda a vida, citada por Agamben e enfatizada por Benjamin, corresponde o desejo de monopolizar a violência. Se não é possível eliminar a violência do mundo, é preciso ao menos guardar para si o monopólio de sua posse e do seu uso

Agamben afirma, ao analisar a relação ambígua entre poder constituinte e poder constituído, por meio das teses da doutrina constitucional que dizem respeito aos argumentos de que o poder constituinte é um poder fático não limitado ou controlado pela juridicidade, uma espécie de “transcendência soberana” em relação com toda ordem constituída, que esta caracterização se mantém no risco de permanecer aprisionada no paradoxo da soberania que fora apresentado; de que o poder constituinte se encontra, ao mesmo tempo, dentro e fora da lei, pois, no entender do filósofo italiano o poder constituinte não possui em si nenhum aspecto legitimador, mesmo quando compreendido como violência que põe o direito (tradições democrático-revolucionárias), e aqui se mostra sua ambiguidade e seu relacionamento com o poder constituído e a falta de um critério de distinção do poder constituinte e do poder soberano (AGAMBEN, 2007a, p. 48).

De acordo com Agamben (2007a, p. 48):

Nesta perspectiva, a célebre tese de Sieyès, segundo a qual “a constituição supõe antes de tudo um poder constituinte”, não é, como tem sido observado, um simples truísmo: ela deve ser entendida sobretudo, no sentido de que *a constituição se pressupõe como poder constituinte* e, desta forma, exprime no modo mais prenhe de sentidos o paradoxo da soberania. Como o poder soberano se pressupõe como estado de natureza, que é assim mantido em relação de *bando* com o estado de direito, assim ele se divide em poder

constituente e poder constituído e se conserva em relacionamento com ambos, situando-se em seu ponto de indiferença.

Agamben pretende demonstrar a impossibilidade de eliminação da violência da estrutura da soberania, mesmo quando se pensa o poder constituinte como uma forma de legitimação do ordenamento jurídico, por meio do reconhecimento de liberdades públicas, em especial liberdades positivas de participação, com atuação mediante a ideia de soberania popular que reconhecem a constituição como o pacto social originário (DIAZ, 1987, p. 350). Todavia, a manifestação do aspecto violento do poder soberano se mantém na engrenagem do ordenamento jurídico pela sua prerrogativa de conservação, por meio do poder que deverá conservar o direito e não apenas se expressar como um poder legitimador da ordem jurídica e do sistema de direitos via um procedimento democrático.

O filósofo italiano também destaca em seu argumento a relação do poder soberano com ambas as imagens ou maneiras de instituição da forma jurídica (poder constituinte e poder constituído) em relação de *bando*; significa dizer, em uma relação de *exclusão includente* que irá demonstrar a possibilidade de exclusão do ordenamento por meio de sua suspensão e a inclusão do poder soberano no limiar da exceção, que aqui entendemos como sendo o ponto de indiferença ressaltado por Agamben.

Levando em consideração o regime liberal e constitucional, que irão garantir as estruturas de funcionamento do sistema capitalista, Gilberto Bercovici (2010, p. 45) destaca que:

[...] para a surpresa dos liberais, ao realizarem suas revoluções, um novo ator político entrou em cena: o poder constituinte do povo, incontrolável e ameaçador. As experiências de fundação dos regimes constitucionais inglês, americano e francês demonstram os esforços das classes dominantes em limitar e fazer desaparecer o poder constituinte do jogo político. A política necessita de paz e estabilidade, a revolução permanente não é possível [...]. O sucesso da revolução é sua conclusão com uma construção positiva, uma nova ordem política. Este discurso “normaliza” tudo por meio da redução da legitimidade à legalidade. Com o discurso exclusivo da legalidade, a distinção entre normalidade e exceção perde o sentido, pois a exceção, ao ser legal, assume as vestes da normalidade. A forma institucional disto foi o constitucionalismo. O constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte, buscando limitá-lo. A separação de poderes, por exemplo, foi pensada menos para impedir a usurpação do poder executivo do que para barrar as reivindicações das massas populares.

Nesse sentido, a função de todo poder constituinte é garantir o monopólio jurídico do poder, assegurar para si a possibilidade de utilização da violência que, ao se manifestar por meio da forma jurídica (direito), irá ser encarada como um necessário uso legítimo da força

para normalizar (“pacificar”) a esfera do mundo da vida. No que diz respeito ao poder constituído, esta categoria parece não apenas se vincular ao conceito de poder constituinte derivado da teoria constitucional, mas, também, a toda esfera de instituições, inclusive as instâncias de decisão, como é o caso do Poder Judiciário, na medida em que este é o árbitro que aplica o direito que é, em termos kelsenianos, a organização da força.

Conforme Daniel Nascimento (2012, p. 134):

A função de todo poder constituinte do direito é garantir o poder em si, com a vantagem de evitar a aniquilação dos adversários, porque isso equivaleria a eliminar a própria relação de poder. Contar com a inclusão do poder em uma forma estável, previsível e sujeita à administração, é certamente bem mais vantajoso que enfrentar a selvageria incontinente (NASCIMENTO, 2012, p.134).

De modo análogo, para Andityas Costa Matos (2012, p. 316) “ao fim e ao cabo, o direito é sempre violência; ou sempre é também violência, tendo que conviver com a constante tentativa de superação e/ou mitologização desse seu caráter abismal”.

Ao se refletir sobre a forma jurídica, a partir da exceção e não da normalidade, Agamben, então, destaca elementos que estão escondidos ou são apagados do universo jurídico e que, aparentemente, para alguns autores, não representam problemas genuinamente jurídicos. No entanto, o vir à tona do estado de exceção e das estruturas estatais totalitárias do século XX colocaram algumas questões desafiadoras à racionalidade jurídica, que pretendem ser resolvidas com um “resgate dialógico-relacional entre direito e moral”, com a estruturação de fórmulas que irão combater a injustiça extrema, como a elaborada por Gustav Radbruch¹⁴. É interessante, porém, notar que os estados totalitários surgiram de formas estatais democráticas e de direito, contudo, as questões postas por Agamben foram negligenciadas pela racionalidade jurídica e, ao que parece, também não fora observado o caráter dual ou ambivalente da forma jurídica; logo, o estado de exceção, espaço onde se manifesta a violência soberana, demonstra que esta última conserva o direito suspendendo-o e põe o direito excetuando-se dele (AGAMBEN, 2007a, p. 72).

De acordo com Vera Chueiri (2011, p. 815):

¹⁴ A fórmula de Radbruch pode ser expressa da seguinte forma: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo afianzado por la promulgación y la fuerza tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley deba ceder como ‘Derecho injusto’ ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea devisoria con tal precisión: donde ni siquiera se pretenda la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo central de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es solo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”. (RADBRUCH, *apud*, ALEXY. 2001, p. 75-76).

[...] Segundo Agamben (2002), Benjamin escancara a relação entre violência pura e violência jurídica, entre Estado de exceção e violência revolucionária do que, para Benjamin, na situação de exceção não se trata, como já disse, de uma lei que está em vigor e não se aplica (conforme sugere Schmitt e Scholem), mas sim uma força (violência) que coincide ou, melhor, confunde-se com a vida (CHUEIRI, 2011, p. 815).

Agamben tenta demonstrar a complexidade da relação entre poder constituinte e poder constituído sob outro aspecto, passando a revisitar a filosofia aristotélica, e para o filósofo italiano, poder constituinte e poder constituído podem ser pensados dentro da dinâmica da relação estabelecida por Aristóteles, que institui potência e ato (*dýnamis e enérgeia*), de tal forma que para Agamben a partir de tal ponto do pensamento de Aristóteles, é possível compreender, autenticamente, o problema da soberania (AGAMBEN, 2007a, p. 52).

Aos objetivos do presente trabalho, que se vinculam a uma reflexão sobre a forma direito e seus fundamentos, torna-se particularmente importante compreender este ponto da reflexão de Agamben que:

[...] A relação do poder constituinte com o poder constituído é como a relação da potência com o ato. E, por isso, a ideia de um poder constituinte que não se dilua por completo no poder constituído é equivalente à ideia de uma potência que não esgota todo seu poder na passagem ao ato (CASTRO, 2012, p. 63).

Agamben pretende demonstrar que o poder constituinte, ao passar para poder constituído, não se esgota totalmente nesse último, mas, sim, coloca-se em uma esfera de não manifestação, de suspensão, o que demonstraria, mais uma vez, o paradoxo da soberania, o *bando* soberano que atua pela relação de exceção; significa dizer que o poder constituinte está ao mesmo tempo dentro e fora da forma jurídica e se relaciona com esta a partir da dinâmica da *exclusão includente*.

Nas palavras de Agamben (2007a, p. 54):

Descrevendo deste modo a natureza mais autêntica da potência, Aristóteles legou, na realidade, à filosofia ocidental o paradigma da soberania. Dado que, à estrutura da potência, que se mantém em relação com o ato precisamente através de seu poder não ser, corresponde aquela do *bando* soberano, que aplica-se à exceção desaplicando-se. A potência (no seu duplice aspecto de potência de e potência de não) é o modo através do qual o ser funda *soberanamente*, ou seja, sem nada que o preceda e determine (*superiorem non recognoscens*), senão o próprio não ser. E soberano é aquele ato que se realiza simplesmente retirando a própria potência de não ser, deixando-se ser, doando-se a si.

Diante disso, Agamben destaca o caráter duplo da soberania, que nos parece já demonstrar a face também ambivalente da forma jurídica se levarmos em consideração a soberania da lei, e a manifestação dual se dá pelo fato do poder constituinte manter-se em suspensão mas em relação de *bando* com o poder constituído, podendo realizar-se como ato (decisão) soberano e absoluto, inclusive por meio da forma jurídica, diante de uma situação limite (AGAMBEN, 2007a, 54).

Destarte, “o exercício da soberania com a deflagração do estado de exceção mantém o nexo entre violência e direito” (NASCIMENTO, 2012, p. 136) e para compreendê-lo parece necessário, segundo Agamben, um exame detido da característica ambivalente da forma jurídica ou da forma da lei, o que será objeto de análise a seguir.

2.2. Forma de lei: vigência sem significado e relação de exceção

Para pensar a forma jurídica em relação com o estado de exceção, Agamben se vale do escrito de Kafka, *Diante da lei*, a fim de ilustrar sua crítica à forma direito, em especial à perspectiva formal-procedimental do jurídico. A preocupação do filósofo italiano com a questão da legalidade é a de demonstrar a relação originária de exceção que sustenta toda forma da lei, bem como a relação desta última com a vida.

Não obstante, devemos considerar que a expressão “Lei” tem um sentido bastante técnico para a teoria do direito. Ainda, pode representar outras manifestações de ordem normativa ou que sugiram regramento; de tal modo, “a lei é apenas uma das formas de expressão da norma jurídica” (HERKENHOFF, 2006, p.154).

De um ponto de vista mais geral, a expressão lei admite uma ampla gama de compreensões e pode estar ligada a concepções de outras áreas de conhecimento, como, por exemplo, às ciências naturais. Segundo Luiz Fernando Coelho (2003, p. 214):

É possível falar em lei natural e lei positiva, lei divina e lei humana, lei física, lei ética e lei jurídica, lei lógica, lei matemática, lei científica, etc, tendo em comum a idéia de que algo ocorre em consequência de um princípio, seja ele a expressão das relações necessárias imanentes nos seres da natureza, seja ele algo dimanado da vontade de um ser metafísico – Deus, ou deuses, o Logos – seja ainda como manifestação da vontade dos homens.

A lei jurídica adquire o sentido de expressar ou representar a forma direito como regramento que se dirige a sociedade, ou, como dito linhas atrás, trata-se da organização

jurídica da política, e a ideia de Lei pode mesmo significar a mais alta expressão do direito, fonte formal deste último, ordenamento normativo que se reveste de certa forma (MATA-MACHADO, 1986, p. 22).

Conforme Luiz Fernando Coelho (2003, p. 213):

A dogmática jurídica passa então a elaborar uma teoria da lei, não a partir da observação empírica de como se processam as relações reais que determinam a elaboração e aplicação das normas consideradas jurídicas; mas mediante a abstração desses mesmos conteúdos. Não obstante, a palavra *lei* envolve um sentido amplo, como sinônimo de norma jurídica ou regra de direito, e em sentido estrito, como norma efetivamente expressa por signos e símbolos, principalmente a linguagem escrita. Mais prosaicamente a lei *stricto sensu* é a norma jurídica escrita emanada de um dos poderes do Estado, o legislativo. Mas esse significado estrito está subordinado ao conceito amplo de norma jurídica, enquanto estrutura lógica dos atos intersubjetivos de conduta que constituem as relações sociais regulados pelas mesmas normas.

Observamos que, aqui, não ingressaremos na discussão a respeito da possibilidade de compreensão da norma jurídica como sendo composta ou desmembrada em regras e princípios, pois não se tem a pretensão de uma investigação mais aproximada dos contextos das teorias da argumentação jurídica ou de variantes de teorias hermenêuticas relacionadas ao direito. Desse modo, para nos mantermos nos trilhos da proposta de Agamben, convém nos concentrar nas linhas de força de seu pensamento e as considerações mais gerais acerca da teoria jurídica da lei se mostram suficientes.

Realizadas tais considerações, ressaltamos que Agamben se vale do escrito *Diante da lei*, de Kafka, para pensar a forma da lei em relação com a exceção. O filósofo italiano afirma que este texto kafkiano demonstra, de maneira exemplar, a estrutura do *bando* soberano (AGAMBEN, 2007, p. 58). No entender de Agamben, observando as interpretações de Kafka propostas por Derrida e Massimo Cacciari, não há nada que impeça o camponês de ingressar pela porta da lei, nem mesmo a recusa do guardião, “senão o fato de que esta porta já está sempre aberta e de que a lei não prescreve nada” (AGAMBEN, 2007a, p. 57).

Para Agamben (2007a, p. 57):

Vista sob esta perspectiva, a lenda kafkiana expõe a forma pura da lei, em que ela se afirma com mais força justamente no ponto em que não prescreve mais nada, ou seja, como puro *bando*. O camponês é entregue à potência da lei, porque esta não exige nada dele, não lhe impõe nada além da própria abertura. Segundo o esquema da exceção soberana, a lei aplica-se-lhe desapplicando-se, o mantém em seu *bando* abandonando-o fora de si. A porta aberta, que é destinada somente a ele, o inclui excluindo-o e o exclui

incluindo-o. E este é precisamente o fastígio supremo e a raiz primeira de toda lei.

Agamben entende por *Lei* todo o texto da tradição “no seu aspecto regulador, quer se trate da *Torah* hebraica ou da *Shariah* islâmica, do dogma cristão ou do *Nómos* profano” (AGAMBEN, 2007, p. 59). Para as pretensões desta investigação, torna-se particularmente importante a caracterização indicada por Agamben a respeito da forma de lei no que diz respeito ao *nómos* profano, pois o filósofo italiano empreenderá sua análise, como visto, a partir da relação de exceção, a fim não só de uma crítica à tradição do contratualismo, mas, também, para compreender o estado originário da lei e a sua relação com a vida.

Iniciando sua análise por meio da correspondência trocada entre Scholem e Benjamin, Agamben irá propor que a estrutura da forma jurídica ou a forma da lei pode ser compreendida como uma vigência sem significado que expõe, de maneira clara, sua relação com o *bando* soberano (AGAMBEN, 2007a, p. 58).

Agamben (2007a, p. 59) destaca que:

Vigência sem significado (Geltung ohne Bedeutung): nada melhor do que esta fórmula, com a qual Scholem caracteriza o estado da lei no romance de Kafka, define o *bando* do qual o nosso tempo não consegue encontrar saída. Qual é, de fato, a estrutura do *bando* soberano, senão aquela de uma lei que *vigora*, mas não *significa*? Por toda parte sobre a terra os homens vivem hoje sob o *bando* de uma lei e de uma tradição que mantém unicamente como “ponto zero” do seu conteúdo, incluindo-os em uma pura relação de abandono. Todas as sociedades e todas as culturas (não importa se democráticas ou totalitárias, conservadoras ou progressistas) entraram hoje em uma crise de legitimidade, em que a lei vigora como puro “nada da Revelação”. Mas esta é justamente a estrutura original da relação soberana, e o niilismo em que vivemos não é nada mais, nesta perspectiva, do que o emergir à luz desta relação como tal.

Para o filósofo italiano, é possível verificar, por meio da análise da estrutura originária da lei, como problema de legitimidade da forma jurídica, sua relação com o *bando* soberano e também com a relação de *exclusão includente* que caracteriza a exceção, pois, segundo António Bento, na correspondência trocada entre Benjamin e Scholem a respeito de Kafka, “é igualmente esta analogia estrutural entre a lei, tal como ela se revela no seu estado originário, e o estado de exceção, que está no centro da correspondência” (BENTO, 2013, p. 13).¹⁵

¹⁵ A respeito da correspondência entre Benjamin e Scholem sobre Kafka e que foi o material utilizado por Agamben, Vera de Chueiri (2011, p. 812) destaca, a partir de Derrida, que o texto kafkiano expõe como revelação os personagens, ou seja, “[...] o *textum* que Kafka tece com funcionários, salas escuras, tribunais,

De acordo com Agamben, já no pensamento kantiano está representada a ideia de pura forma de lei e, no entender do pensador italiano, esta se caracteriza como uma vigência sem significado, nessa perspectiva, é em Kant que a forma da lei se apresenta na modernidade (AGAMBEN, 2007, p. 59).

Ainda, nas palavras de Agamben (2007a, p. 59):

Aquilo que na crítica da razão prática ele chama de “simples forma de lei” [...] é, de fato, uma lei reduzida ao ponto zero de seu significado e que, todavia vigora como tal [...]. Uma vontade pura, isto é, determinada somente mediante uma tal forma de lei, não é “nem livre nem não livre”, exatamente como o camponês kafkiano.

Ao se valer do exemplo do camponês em *Diante da Lei*, Agamben pretende demonstrar que a lei se apresenta em vigor, porém, não significa, não prescreve nada ao personagem, levando-se em consideração que a questão da significação possa estar ligada à própria aparição do personagem na trama. O surgimento do camponês ou da lei pode representar uma revelação, “neste momento algo é enunciado e tem validade, ainda que sem levantar dogmas, crenças ou ideias” (CHUEIRI, 2011, p. 812), o que demonstraria a relação existente entre a forma da lei e a vida do personagem kafkiano.

Segundo Vera de Chueiri (2011, p. 812):

[...] Retomando a interpretação de Scholem (e pensando em Schmitt), aquilo que aparece, ainda que privado de significado, está em vigor. A lei, assim, que aparece (está diante) do homem do campo, destituída de conteúdo, não significa a sua ausência, mas a impossibilidade da sua aplicação e, por isso mesmo, gera alguma possibilidade para o futuro.

Agamben entende que a pura forma da lei moral de Kant, além de representar ao mesmo tempo, a riqueza e o limite da ética kantiana, vigora como um princípio vazio na esfera da ética, e o correspondente deste princípio, no que diz respeito à teoria do conhecimento, é o objeto transcendental que no entender do filósofo italiano, “o objeto transcendental não é, de fato, um objeto real, mas uma ‘pura ideia da relação’” (AGAMBEN, 2007a, p. 59).

A crítica de Agamben se dirige à concepção da lei como procedimento de avaliação e fundamentação do agir, como processo de legitimação universal da vontade, pois “ela não diz

senhorias, guardiões [...] não tem significado, vale dizer, o que conta é a revelação, o ato em que os personagens aparecem”.

o que fazer, diz que se deve agir por respeito a ela, o que quer que façamos e o que quer que decidamos fazer” (LYOTARD, 2000, p. 62).

Neste ponto, ao retomarmos a estratégia de investigação de Agamben e seu problema que é pensar a origem da lei, com uma crítica à perspectiva que fundamenta o Estado de Direito e a norma jurídica em um contrato social a partir da exceção, pode-se verificar que sua crítica a Kant, compreendida do ponto de vista de uma reflexão sobre a teoria da soberania em relação com a teoria do direito, pode ser estendida enquanto oposição teórica e crítica as teorias de Kelsen e de Habermas acerca do direito e do Estado Democrático.

Ao se questionar sobre o que é a forma da lei, Agamben pretende compreender, conjuntamente com este problema, qual é a forma de vida que corresponde a essa forma jurídica, e como se estabelece a relação entre lei e vida. Precedentemente, já se ressaltou que, especialmente após a Segunda Guerra Mundial e as barbáries do século XX, há um aumento na preocupação com o reconhecimento de direitos e uma retomada, do ponto de vista da teoria jurídica, de uma perspectiva que diz respeito a se pensar a forma jurídica não mais como normatividade “apenas” logicamente abstrata, mas, como para Habermas, de um direito (forma jurídica) em relação com a moralidade (lei moral), como maneira de legitimação do sistema de direitos.

Não obstante, a perspectiva de Kelsen, mesmo que não desconsidere a questão dos valores¹⁶ (KELSEN, 1956, p. 19), pensa o direito como uma ordem normativa abstrata da conduta humana, normatividade alicerçada em uma regra transcendental que Kelsen chamou de norma fundamental, ou seja, “com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira” (KELSEN, 1991, p. 4).

Ainda, convém lembrar, a fim de se evitar equívocos conceituais, que Kelsen tem por objetivo um tratamento científico da forma direito, o que irá conduzi-lo ao método puro para defender a autonomia da ciência do direito e que irá marcar toda sua teoria; significa dizer que Kelsen pretendeu neutralizar elementos políticos, ideológicos e metafísicos do conceito de direito. Ao entender o Estado como ordenamento jurídico, o jurista de Viena está aplicando o

¹⁶ A confusão a respeito de valores e fatos parece a grande responsável pelas acusações sofridas pela teoria kelseniana em vista das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, o que não parece razoável, uma vez que, pelo menos no combinado nazi-fascista, não era o positivismo jurídico a teoria predominante e, nesse sentido, com razão, Andityas Matos afirma que “a confusão entre fato e valor nos parece inaceitável. Ela é a grande responsável pela absurda acusação que recai sobre o positivismo jurídico, no sentido de que teria legitimado e encorajado os regimes totalitários ou de qualquer modo autoritários do século passado. Se Kelsen pôde dizer que o regime nazista era jurídico, isso não quer dizer que o tenha referendado (MATOS, 2009, p. 22-23).

método da Teoria Pura do Direito, inclusive no que diz respeito à ideia de soberania, pois soberana é a norma fundamental.

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2010, p. 156):

Portanto, a primeira tarefa a ser enfrentada, para um tratamento científico e adequado do conceito de soberania consiste em aplicar-lhe o preceito metodológico da purificação, ou seja, tratá-lo como um conceito inserido no âmbito *normativo* do direito, regado pela noção de dever-ser e pela categoria de imputação, infenso, portanto, ao âmbito do ser, bem como do princípio da causalidade natural – com isso, percebemos que a intenção de Kelsen é, desde o início de seu trabalho, corrigir o anarquismo metodológico produzido, no campo da ciência jurídica, pela instabilidade semântica das definições de soberania.

Kelsen propõe uma compreensão que coloca a soberania em relação com o conceito de norma, e a legitimidade do sistema normativo se dá pela norma fundamental pressuposta de forma transcendental, como dito, soberana é a norma fundamental que não extrai sua validade de nenhuma outra norma ou conjunto de normas ou poder soberano que possam ser anteriormente pressupostos, assim, a “anterioridade é entendida em acepção puramente lógica” (GIACOIA JUNIOR, 2010, p. 157).

Para Oswaldo Giacoia Junior (2010, p. 158):

Delineia-se, assim, com toda clareza a ascendência neokantiana da teoria pura do direito de Kelsen. A condição lógica de possibilidade a ser satisfeita para que a soberania tenha sentido acessível à racionalidade jurídica, consiste em sua vinculação com a ideia da totalidade da ordem jurídica formada pelo direito internacional público, cuja validade não é derivada de nenhuma norma positiva, mas da validade essencialmente jurídica de uma norma fundamental pressuposta como exigência lógica fundante da unidade sistemática.

Destarte, é razoável compreender que a crítica de Agamben a forma da lei moral em Kant pode ser oponível ao pensamento normativista de Kelsen, em especial se considerarmos que o filósofo italiano irá partir de Schmitt para pensar o estado de exceção e a possibilidade da relação deste último com as democracias liberais, pois, segundo Schmitt, o pensamento kelseniano é um representante do liberalismo e o ‘puramente formal reduz-se então à palavra vazia e à etiqueta ‘lei’, revelando sua relação com o Estado de Direito” (SCHMITT, 2007, p. 21).

As considerações críticas de Agamben também podem ser dirigidas à teoria político-jurídica de Habermas, tendo em vista que o pensador frankfurtiano também pensa a forma jurídica, em certo sentido, a partir de Kant e, dessa maneira, pela forma da lei moral.

Outrossim, Habermas propõe uma teoria do direito e da democracia de matriz procedimental, a fim de que seja garantida a legitimidade do sistema de direitos pela possibilidade de participação de todos os concernidos, isto é, a fim de que seja observado o princípio de universalidade por meio do agir comunicativo, pois para Habermas “o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito” (HABERMAS, 2003, p. 191).

O procedimento discursivo de formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nos parlamentos tem por objetivo relações que buscam o entendimento (consenso), isentas de violência, e esta perspectiva é o que Habermas chama de sentido prático de produção das relações de entendimento (HABERMAS, 2003, p. 191).

No entender de Habermas, “para ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, normatizado politicamente, tem que estar, ao menos, em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica” (HABERMAS, 2003, p. 351).

Verifica-se do ponto de vista de Habermas, que não é estranho a teoria kelseniana, levar-se em consideração a relação entre forma jurídica (direito) e a questão da moralidade e da política na busca por legitimar o sistema de direitos. No entanto, ambos pensam a forma jurídica, na origem, como um contrato e, assim, considerando a dominação que pode ser exercida por meio do direito, o filósofo frankfurtiano propõe a racionalidade comunicativa e a teoria discursiva do direito como formas de bloqueio da ação estratégica e da negação desta possível dominação.

Todavia, o método de pureza de Kelsen parece não resistir à pergunta de Agamben sobre como a forma jurídica se relaciona com a vida (a polêmica da relação entre o dever-ser e o ser kelseniano), pois, se o homem é sujeito de direito pelo fato da autodeterminação, isto é pelo fato de ser livre (KELSEN, 1990, p. 183) a relação jurídica originária do contrato exige a presença de relações que antecedem a norma fundamental, significa dizer, que impõe a existência dos contratantes que se relacionam com a forma direito; logo, a pura forma de lei como vigência sem significado se justifica enquanto crítica a Kelsen, uma vez que, se a forma jurídica for compreendida como conjunto ideal de normas esta última passa a ser uma abstração sem vida (PACHUKANIS, 1986, p. 55), ou melhor, que se relaciona com a vida no momento em que a normaliza.

A concepção normativista acerca da forma pura da lei já havia sofrido críticas por parte da perspectiva do materialismo dialético, bem como do conservadorismo schmittiano. Do ponto de vista da teoria geral do direito, expressão contundente da abordagem crítica se faz presente no pensamento do jurista Pachukanis. Oportuno notar que, a aproximação do

pensamento do autor russo faz todo sentido ao considerarmos que seu ponto de vista tenta pensar a relação entre norma, sujeito e mercadoria, por exemplo. Ademais, pelo fato de Agamben também se valer de uma constelação de autores da tradição do marxismo, em especial, das reflexões benjaminianas.

Ao pensar o que chama de “fetiche da norma”, Pachukanis analisa o normativismo considerando a relação jurídica como o duplo da relação mercantil de troca entre os sujeitos, o que não parece estar longe do horizonte crítico de Agamben, quando este último reflete sobre a pura forma de lei e a relaciona com a exceção, pois expõe a relação de exceção (*exclusão includente*), o *bando* soberano e a forma jurídica como dispositivos de captura da vida nua na medida em que para a dogmática normativista “todos os elementos existentes na relação jurídica, inclusive o próprio sujeito, são criados pela norma” (PACHUKANIS, 1986, p. 63). Entrementes, o problema da inscrição da vida nos cálculos de poder do Estado será objeto de análise a seguir; antes, porém, vale considerar que Agamben não deixa de lado a influência do ponto de vista e da ação estratégica econômica em suas análises, afirmando, inclusive, que estes interesses podem ter consolidado o estado de exceção como paradigma de governo da atualidade, ponto que retomaremos adiante.

Pachukanis (1989, p. 63) destaca que:

[...] Na realidade, a existência de uma economia mercantil monetária é naturalmente a condição fundamental sem a qual todas estas normas concretas não possuem qualquer significado. É somente sob esta condição que o sujeito de direito possui um *substrato* material na pessoa do sujeito econômico egoísta que a lei não cria, mas que encontra diante de si [...].

Se a relação entre os sujeitos de direitos ou os cidadãos parceiros na comunidade jurídica é o substrato material da forma jurídica, parece correto o ponto de vista de Agamben de que a pura forma de lei expõe claramente a estrutura do *bando* soberano e, também, se considerarmos a relação de exceção na forma da *exclusão includente*, aumentam as possibilidades de acesso da racionalidade jurídica ao estado de exceção, com a consequente inclusão da vida nua na esfera da soberania.

É a vida dos indivíduos que se encontra no limiar entre a regra e a exceção, pois, do ponto de vista do normativismo, a pretensão é de *exclusão* da vida da esfera de produção da forma jurídica; no entanto, encontra-se *incluída* no campo de atuação de uma lei que vigora sem significar. Na perspectiva normativo-procedimental, o indivíduo se caracteriza como

cidadão que tematiza as suas expectativas de vida e participa, politicamente, da produção do ordenamento jurídico por meio do próprio *médium* da forma jurídica.

Para Agamben (2007a, p. 60):

Dado que a vida sob uma lei que vigora sem significar assemelha-se à vida no estado de exceção, na qual o gesto mais inocente ou o menor esquecimento podem ter as conseqüências mais extremas. E é exatamente uma vida deste gênero, em que a lei é tão mais disseminada enquanto carente de qualquer conteúdo e na qual uma pancada distraidamente dada em uma porta desencadeia processos incontrolláveis, aquela que Kafka descreve. Assim como o caráter puramente formal da lei moral fundamenta para Kant a sua pretensão universal como aplicação prática em qualquer circunstância, do mesmo modo, na aldeia kafkiana, a potência vazia da lei vigora a tal ponto que se torna indiscernível da vida. A existência e o próprio corpo de Josef K. coincidem, no fim, com o Processo, *são* o processo.

O objetivo de Agamben é demonstrar a relação indiscernível entre forma de lei e vida, que se dá por meio da exceção. Reconhecendo em Schmitt o autor que teve a pretensão mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção, ausente da teoria do direito, em especial do direito público, Agamben irá se valer das reflexões schmittianas a respeito do estado de exceção a fim justificar sua hipótese.

Partindo dos textos *Die Diktatur*, de 1921, e *Politische Theologie*, de 1922, Agamben irá argumentar que o estado de exceção não só é acessível à racionalidade jurídica, mas, também, demonstra a relação entre lei que não significa e formas de vida. Analisando o texto sobre a ditadura, o filósofo italiano destaca a distinção schmittina entre ditadura comissária, “que visa defender ou restaurar a constituição vigente” (AGAMBEN, 2004, p.53), e a ditadura soberana que se apresenta como uma possibilidade de ruptura com a ordem constitucional, ou seja, “visa principalmente a criar um estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição” (AGAMBEN, 2004, p. 55).

A teoria schmittiana torna-se, particularmente, interessante a Agamben, na medida em que permite a reflexão que aproxima o estado de exceção e a ordem jurídica, e, nas palavras do filósofo italiano, “trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 54).

Destaca, ainda, Agamben (2004, p. 54) que:

O operador dessa inscrição de algo de fora no direito é, em *Die Diktatur*, a distinção entre normas do direito e normas de realização do direito (*Rechtsverwirklichung*) para a ditadura comissária, e a distinção entre poder constituinte e poder constituído para a ditadura soberana.

Não obstante, ressalta o autor italiano que o objetivo das duas obras de Schmitt é demonstrar a possibilidade de acesso da racionalidade jurídica ao estado de exceção, isso significa dizer “a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 54) e, nesse caso, “a fórmula vigência sem significado aplica-se perfeitamente” (BENTO, 2013, p. 14).

Para Vera Chueiri (2011, p. 801):

Isto, pois, para Schmitt há duas peculiares situações: a da ditadura comissária e a da ditadura soberana. No primeiro caso, a constituição (a norma) vigente pode ser suspensa até que volte a normalidade, isto é, a norma pode ser suspensa sem deixar de estar em vigor. Ela resta em vigor, mas estando suspensa, por conseqüência, não se aplica.

No segundo caso, ela não vige mais, isto é, a constituição (a norma) deixa de existir, todavia, o poder constituinte enquanto tal já produz uma normatividade suficiente, ainda que esta não esteja formalmente em vigor.

Ao que nos parece, a forma da lei como vigência sem significado expõe, de maneira clara, a relação com a exceção e com o *bando* soberano, na medida em que garante ao soberano a possibilidade de suspensão parcial ou total do ordenamento jurídico, e a figura da ditadura comissária (como suspensão da constituição) sem que esta última deixe de vigorar, pode muito bem representar a forma da lei exposta por Agamben e, ainda, a suspensão irá implicar uma relação direta e indiscernível entre poder soberano e vida *nua*, o que também poderá representar a articulação do conceito de biopoder e demonstrar a possibilidade do estado de exceção ser instrumentalizado (dispositivo) como técnica biopolítica de controle sobre a vida (RUIZ, 2011, p. 36).

Analisando a questão da forma da lei no que diz respeito ao messianismo, António Bento (2013, p. 14) argumenta que:

Consequentemente, avançamos a hipótese de que a fórmula “vigência sem significado” define não só o estado da Torah diante de Deus, como ainda, e sobretudo, a nossa presente relação com a Lei, i.e., o estado de exceção, no qual, de acordo com Benjamin, vivemos, ou seja, a exceção tornada norma. O que é, na verdade, o estado de exceção, senão uma lei que vigora, mas que não significa? Com efeito, a auto-suspensão da Lei, que se aplica ao caso singular excluindo-se dele, parece-nos uma figura exemplar da *Geltung ohne Bedeutung*.

Nesse sentido, a forma de lei como vigência sem significado pode demonstrar a definição da exceção incluída ou em relação com o ordenamento jurídico como a retirada total ou parcial da norma, sua *exclusão* e, com isso, expõe-se ou é *incluída* a vida nua, a vida

natural (*zoé*). “É uma vida nua, desprotegida, fragilizada e exposta ao princípio da arbitrariedade da vontade soberana” (RUIZ, 2011, p.36), significa dizer que a exceção retira a identidade do sujeito de direitos e do cidadão.

Segundo Agamben (2004, p. 56), na *Teologia Política*, Schmitt destaca que:

[...] O operador da inscrição do estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre dois elementos fundamentais do direito: a norma (Norm) e a decisão [...]. Suspendendo a norma, o estado de exceção revela (*offenbart*) em absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão.

Diante do que restou dito até aqui, nesse ponto, a pretensão foi analisar a questão da forma da lei e sua relação com a exceção; a partir de agora será interessante observar mais de perto o entendimento de Agamben a respeito do estado de exceção e de sua articulação com a vida, conforme verificamos preliminarmente, nas linhas anteriores. Contudo, parece conveniente explorar um pouco da crítica do filósofo italiano às declarações de direitos e, em certa medida, ao constitucionalismo, pois estes, juntamente com a exceção, representam os dispositivos de captura da vida nua, o que denota que o estado de exceção possui um “significado imediatamente biopolítico como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 14). Logo, os direitos humanos na forma da lei serão o objeto de análise a seguir.

2.3 Direitos Humanos na Forma da Lei: crítica às declarações de direitos e ao constitucionalismo a partir da exceção

O olhar do filósofo italiano Giorgio Agamben no que diz respeito à temática dos direitos humanos se apresenta de forma bastante crítica no que tange às discussões que vêm sendo travadas com relação ao tema na teoria e filosofia do direito contemporâneas, tendo em vista que Agamben não tem por objetivo apenas analisar os discursos de justificação ou de aplicação dos direitos humanos ou, ainda, uma possível tensão interna entre direitos humanos e soberania popular. Levando em consideração uma constelação de precursores poderosos como Foucault, Benjamin e Marx, por exemplo, mas, nesse ponto, em especial, de Hannah Arendt, a preocupação do autor italiano se encontra centrada no vínculo entre poder soberano e vida nua, conexão esta que parece se articular por meio da ideia de direitos humanos, uma vez que, segundo seu entendimento, estes direitos (e não só eles) podem levar os cidadãos a terem suas vidas inscritas nos cálculos estratégicos de poder do Estado pela via de sua

institucionalização ou mesmo de sua negação, desde sua positivação/suspensão no ordenamento jurídico pela forma da lei.

Antes mesmo de ingressar na reflexão de Agamben, convém considerar que a meditação sobre a temática dos direitos humanos pode ser encontrada já na Antiguidade Clássica, no texto de Sófocles - *Antígona* -, dentro da perspectiva do confronto claramente existente entre lei natural e lei positiva, que é protagonizado pela heroína trágica que dá nome à obra e Creonte. Nessa linha argumentativa, já de algum tempo, estabeleceu-se um debate com a participação de juristas e filósofos acerca dos direitos humanos, muito especialmente em torno da questão da fundamentação última destes direitos.

No entanto, segundo Oswaldo Giacóia Junior (2008, p. 267):

Esse tema recebe uma inflexão decisiva na aurora da modernidade política, no século XVII, depois do esfacelamento do poder espiritual concentrado no papado romano, por força dos movimentos de reforma protestante, assim com o surgimento dos modernos estados nacionais, surgidos em decorrência do desmoronamento da autoridade ainda centralizada na unidade política do sacro império romano-germânico. Começa a se firmar, então, com Grotius e Hobbes, a teoria jusnaturalista dos direitos do homem, cuja sede e fundamentação seria a natureza racional e afetiva – a *humanitas* do *homo humanus*

Não é forçoso reconhecer que e a lei natural evocada por Antígona em defesa do sepultamento de seu irmão toma a forma temporal ou histórica dos direitos naturais racionais defendidos por autores como Hobbes e da tradição do contratualismo, chegando o debate e a investigação até nossos dias. Ainda, de acordo com Oswaldo Giacóia Junior (2008, p. 268):

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode-se constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade, entre direitos naturais e direitos humanos – de modo que os deveres impostos pelas leis não escritas de *Antígona* acabaram por assumir a forma histórica dos direitos humanos, ou dos direitos políticos fundamentais.

Ao se verificar que, desde o século XVII, há uma transição possível no que tange à racionalidade entre direitos naturais e direitos humanos, ou seja, que a lei natural evocada por *Antígona* tenha, historicamente, tomado a forma do moderno direito natural e, posteriormente, dos direitos humanos, bem como dos direitos políticos fundamentais, que o constitucionalismo convencionou chamar de direitos de primeira dimensão, torna-se possível afirmar que grande parte da filosofia política contemporânea e do constitucionalismo vem se detendo em uma análise dos direitos humanos, em especial com relação à forma de sua fundamentação e sua relação com a democracia, o que pode ser verificado pela obra *Direito e*

Democracia de Jürgen Habermas, em que o pensador alemão destaca a tensão interna do direito entre faticidade e validade, e analisa a questão da relação entre direitos humanos e soberania popular, pelo viés discursivo (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 268; RAMIRO; SOUZA, 2013, p. 81).

Outrossim, antes da análise dos argumentos críticos de Agamben, é importante notar que esses direitos, reconhecidos como direitos do homem ou humanos, historicamente vem cumprindo um papel de salvaguarda da pessoa humana ou do sujeito de direito, no que diz respeito ao relacionamento com o poder soberano. Note-se, por exemplo, que os chamados direitos de primeira geração ou dimensão podem ser caracterizados como as liberdades públicas subjetivas de conteúdo negativo dos primórdios do Estado de Direito de que falamos linhas atrás, com nítida característica de limitação do poder estatal.

Para Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 268):

São esses direitos, constitucionalmente assegurados como liberdades públicas, que, desde sua positivação, demarcaram as trincheiras de resistência do cidadão contra os excessos de arbítrio do poder soberano. Neles se encontram as razões da verdadeira justiça contra a violência, mesmo que revestida de legalidade.

Esses direitos, intimamente vinculados à pretensão democrática dos Estados nacionais do ocidente, ao tomar a forma histórica, são positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito e vinculam-se “inicialmente nas constituições brotadas dos movimentos revolucionários inspirados no ideário filosófico da *Luzes*, no final do século XVIII” (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 269). Sobre isso, atestam-no as declarações da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da constituinte francesa de 1789 (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 269).

São essas declarações e os desdobramentos da positivação de tais direitos que serão objeto de análise de Agamben. Não obstante, o elenco desses direitos se modifica, “e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc” (BOBBIO, 2004, p.38).

Ao considerarmos as reflexões de Bobbio a esse respeito, quando o jusfilósofo turinês retoma a perspectiva kantiana em filosofia da história, sua abordagem acerca dos direitos humanos fará um diagnóstico do presente, da situação de tais direitos, com um olhar para o futuro, inserindo-se, aqui, sua tentativa de “reconstituição do desenvolvimento histórico dos direitos do homem, na qual se entrecruzam as linhas de sucessão cronológica –

que considera tais direitos do ponto de vista objetivo” (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 270). Dessa forma, retomando a passagem da situação política do homem de súdito a cidadão, com o deslocamento da soberania da figura do príncipe como *legibus solutus* para a autolegislação da soberania popular, verifica-se não só a eclosão da figura do sujeito de direito, mas, também, o surgimento de um verdadeiro, parafraseando Arendt, “direito a ter direitos”, que se vincula à ideia de cidadania.

Nesse horizonte de perspectiva é que o constitucionalismo moderno começa, então, a reconhecer as gerações ou dimensões de direitos, e, em apertada síntese, os primeiros estão ligados aos direitos de liberdade com tendência a limitar o poder soberano, caracterizando-se como direitos civis, marcados por uma propriedade negativa de defesa do indivíduo em relação ao poder soberano; e políticos, e aqui a ideia dos direitos passa também a considerar uma perspectiva positiva que será representada pela possibilidade de participação e reivindicação política (autonomia). Posteriormente, em virtude da Revolução Industrial e das reivindicações ligadas às correntes teóricas do socialismo, há o reconhecimento de direitos sociais (econômicos e culturais), expressando exigências sociais novas como a do bem-estar, por exemplo, com esses direitos pertencendo à segunda geração ou dimensão. Por fim, os direitos coletivos ou de titularidade difusa, que se desvinculam do indivíduo enquanto sujeito de direito passando a proteção de grupos ou coletividades humanas.

De acordo com Norberto Bobbio (2004, p. 41):

[...] Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em *liberdades*, também os chamados direitos sociais, que consistem em *poderes*. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.

Com base no pensamento do jusfilósofo turinês, Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 270-271) bem apresenta a cronologia dos direitos:

Nesse sentido, viveríamos a *era dos direitos*, cuja primeira geração centrada sobre a pessoal moral, seria constituída pelos direitos civis e políticos, que, como direitos de liberdade, asseguram *ex parte populi* a delimitação das prerrogativas *ex parte principis*, como restrições legais à discricionariedade e autocracia da tradicional razão de estados. Daí seria decorrente a relação entre direitos humanos e democracia, direitos humanos e estado de direito. [...]

A segunda geração dos direitos humanos, com titularidade centrada na pessoa social, é constituída pelos direitos econômicos, sociais e culturais,

cuja positividade resulta tanto dos imperativos de justiça social surgidos no curso do desenvolvimento do capitalismo industrial, na passagem do século XIX para o XX – com sua exigência de igualdade concreta em contrapartida ao formalismo jurídico característico da conquista dos direitos civis – quanto dos movimentos políticos que levaram ao socialismo real, e da influência moral e política exercida pela doutrina social da Igreja Católica. Trata-se, em verdade, de uma especificação da titularidade dos direitos humanos que marca a passagem do plano abstrato do destinatário genérico – “o homem”, o gênero humano – para categorias concretas ou grupos sociais específicos (trabalhador, idoso, mulher, criança, adolescente, deficiente, consumidor, etc).

Numa terceira geração surgem os direitos coletivos, de solidariedade ou de titularidade difusa, sendo também o momento histórico em que predomina a tendência à internacionalização dos direitos humanos. Ocorre, então, a positividade, tanto no plano das constituições dos Estados nacionais, quanto principalmente naquele do direito internacional público, da proteção aos direitos que concernem solidariamente à humanidade.

Nesse tema, convém levar em consideração que, para Bobbio, atualmente, o problema fundamental dos direitos do homem não está mais ligado especificamente a necessidade de justificação absoluta de tais direitos, mas, sim, de protegê-los. Nas palavras de Bobbio “trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 43). Ademais, para Bobbio (2004, p. 49):

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois, e postas na base de uma nova concepção de Estado - que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência -, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos. O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado.

Entrementes, parece que esta proposta do jusfilósofo turinês a respeito da necessidade de uma aplicação prática das declarações, de uma defesa ou reconhecimento real dos direitos se dá em virtude de alguns fenômenos ocorridos no século XX, em especial à barbárie das duas guerras mundiais e dos campos de extermínio. Note-se que a abordagem de Hannah Arendt, em sua reflexão sobre o totalitarismo, vincula o destino dos direitos do homem ao futuro do Estado - nação, que, certamente, entra em crise, muito por tais eventos ocorridos em solo europeu, o que colocou diante das democracias e Estados de direito liberais do ocidente a figura do “homem de direitos”, a figura das minorias, dos apátridas, dos

refugiados, de sujeitos desnacionalizados; significa dizer que o reconhecimento de direitos restou condicionado ao reconhecimento da cidadania.

Conforme Hannah Arendt (1979, p. 348):

Antes que a política totalitária conscientemente atacasse e destruísse a própria estrutura da civilização européia, a explosão de 1914 e as suas graves conseqüências de instabilidade haviam destruído a fachada do sistema político – o bastante para deixar à mostra o seu esqueleto. Ficou visível o sofrimento de um número cada vez maior de grupos de pessoas às quais, subitamente, já não se aplicavam as regras do mundo que as rodeava. Era precisamente a aparente estabilidade do mundo exterior que levava cada grupo expulso das suas fronteiras, antes protectoras, parecer uma infeliz exceção a uma regra sadia e normal, e que, ao mesmo tempo, inspirava igual cinismo tanto às vítimas como aos observadores de um destino aparentemente injusto e anormal.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, surge, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), na tentativa de consolidar o reconhecimento e, mais do que isso, a defesa e o respeito por parte dos Estados desses direitos, o que, para Bobbio, caracteriza uma terceira fase da *era dos direitos*, pois sua afirmação deve se dar de forma universal; significa dizer que os destinatários dos direitos não são mais os cidadãos de um Estado, mas, sim, os homens no sentido de sua efetiva proteção, até mesmo em face dos Estados (BOBBIO, 2004, p. 49-50).

Ocorre que, Agamben, ao partir das reflexões de Arendt, destaca que em nossos dias, é possível verificar que a pretensão (ou necessidade nos termos de Bobbio) de efetiva proteção dos direitos do homem não parece ter conseguido êxito. Agamben compreende que um dos paradoxos que demonstram a insuficiência dos direitos do homem ou dos direitos humanos, apresentado por Arendt e que permanece atual, é o da figura do refugiado, pois “deveria encarnar por excelência o homem dos direitos, [mas] assinala em vez disso a crise radical deste conceito” (AGAMBEN, 2007a, p. 133).

Para o filósofo italiano, permanece atual a vinculação crítica feita por Hannah Arendt do destino dos direitos humanos ao conceito de cidadania, ou seja, o reconhecimento da inalienabilidade e da sacralidade de direitos que são inerentes a todo e qualquer homem, levando em consideração apenas a sua natureza humana, em realidade, acompanham os destinos da cidadania do sujeito de direito; significa dizer que dependem de seu pertencimento ao corpo político de um Estado-nação.

Assim, nas palavras de Agamben (2007a, p. 133):

[...] No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado. Isto está implícito, se refletimos bem, na ambigüidade do próprio título da declaração de 1789: *Déclaration des droits de l'homme et Du citoyen*, onde não está claro se os dois termos denominam duas realidades autônomas ou formam em vez disso um sistema unitário, no qual o primeiro já está desde o início contido e oculto no segundo; e, nesse caso, que tipo de relações existe entre eles.

Em forma de um pequeno excursão, importa considerar que o argumento de Agamben parte das reflexões de Arendt, contudo, aproxima-se das meditações do jovem Marx a respeito da *Questão Judaica*. Marx pretendia demonstrar o caráter ideológico das declarações de direitos, pois pensar a política e as relações sociais por meio da forma direito (jurídica) irá acarretar a constituição do Estado político e o desmembramento da sociedade em indivíduos com interesses egoísticos e privados; tal diagnóstico também dá ensejo a uma distinção entre o homem (enquanto membro da sociedade burguesa, indivíduo, egoísta) e o cidadão (como homem político, artificial, moral)¹⁷ (MARX, 1991, p. 50).

Ao que parece Marx foi o pioneiro em analisar criticamente o texto da Declaração de direitos do Homem e do Cidadão e apontar, por meio de sua análise das relações existentes na sociedade civil burguesa, o que, de fato, poderia significar a existência do conectivo “e”, ou seja, do homem “e” do cidadão, o que poderia representar (tanto para Marx quanto para Agamben) uma ambigüidade existente nos textos das declarações, uma vez que estas últimas mascaram uma relação de dominação, a saber: os direitos humanos “seriam a expressão simbólica e jurídica do domínio econômico e da hegemonia política da burguesia, a tradução legal do princípio dominante da sociedade - o princípio dos egoísmos privados [...]” (GIACCOIA JUNIOR, 2008, p.276).

Ao pensar a emancipação política, de um lado como a redução do homem a integrante da sociedade burguesa dos interesses egoístas e privados, e, por outro lado, o “cidadão do Estado” como a pessoa moral (MARX, 1991, p. 51), de acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 277), Marx pretende demonstrar que, “nessas condições, os direitos do homem, contrapostos aos do cidadão, fariam parte do dispositivo jurídico que, ao mesmo

¹⁷ A respeito da distinção, vejamos as palavras de Marx (1991, p. 50-51): “[...] Finalmente, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, é considerado como o *verdadeiro* homem, como *homme*, distinto do *citoyen* por se tratar do homem em sua existência sensível e individual *imediata*, ao passo que o homem *político* é apenas o homem abstrato, artificial, *alegórico*, *moral*. O homem real só é reconhecido sob a forma do indivíduo *egoísta*; o homem *verdadeiro*, somente sob a forma do *citoyen abstrato*”.

tempo, legítima e acoberta as relações de dominação sob a capa da igualdade formal de todos perante a lei universal”.

Segundo Daniel Nascimento (2012, p. 186):

Tanto Giorgio Agamben quanto Karl Marx concebem uma relação funcional entre os caracteres de homem e cidadão. Para o filósofo italiano é especialmente relevante o fato que o homem somente se torne um homem se for cidadão. Para o filósofo alemão, que a cidadania seja um simples meio para a realização dos direitos do homem, não fundado no simples fato de ser humano ou na vida natural, mas na circunstância de ser integrante da sociedade burguesa. Aparecem aqui os traços da simbiose entre homem e cidadão, nascimento e nação. Por qualquer ângulo que se aproxime, sobressai uma relação de instrumentalização.

De tal modo, parece que Agamben também se vale, mesmo que indiretamente, das reflexões do jovem Marx para pensar o caráter ambíguo das declarações de direitos e, porque não dizer, demonstrar a marca de dualidade ou ambiguidade da própria forma jurídica.

Agamben propõe uma análise crítica das declarações de direitos como forma de uma melhor compreensão de seu significado histórico e em suas palavras:

[...] é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação. As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação (AGAMBEN, 2007, p. 134).

Se um dos objetivos de Agamben, como mencionado no início de *O poder soberano e a vida nua*, era fazer dialogar as análises de Hannah Arendt e Foucault, nesse momento, o filósofo italiano está aproximando o pensamento destes dois poderosos precursores, pois, por meio do conceito de vida nua Agamben articula as reflexões de Arendt ao pensamento de Foucault, ao compreender as declarações de direitos como dispositivo jurídico de captura da vida natural, de tal forma que esta última não era significativa para a política no antigo regime (AGAMBEN, 2007, p. 134), tornando-se, agora, uma categoria política por meio da forma jurídica dos direitos humanos.

Agamben (2007a, p. 134) destaca que:

[...] Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania.

Ao analisar o texto da declaração de 1789, Agamben argumenta que o princípio de natividade como surgimento do sujeito de direito demonstra sua hipótese de inscrição da vida nua na ordem político-jurídica do Estado, e o fato do nascimento como pressuposto do sujeito portador de direitos demonstra o deslocamento da soberania para a figura do indivíduo, portanto, “a vida nua natural que, inaugurando a biopolítica da modernidade, é assim posta à base do ordenamento, dissipando-se imediatamente na figura do cidadão, no qual os direitos são conservados” (AGAMBEN, 2007a, p. 134).

De tal maneira, a declaração de 1789 atribui a soberania à nação, na medida em que reconhece o sujeito de direito, a partir do princípio de natividade e de pertencimento ao corpo político do Estado-nação, dessa forma, a ideia de soberania aqui vai se ligar à questão da autonomia e da autolegislação, ou, ainda, ao conceito de soberania popular; logo, “a nação, que etimologicamente deriva de *nascere*, fecha assim o círculo aberto pelo nascimento do homem” (AGAMBEN, 2007a, p. 135).

De acordo com Agamben (2007a, p. 135):

As declarações de direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien regime*. Que, através delas, o “súdito” se transforme, como foi observado, em “cidadão”, significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas conseqüências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania.

É importante considerar que esta crítica não quer, de maneira alguma, negar o caráter de resistência ao arbítrio dos direitos humanos ou fundamentais, contudo, pretende lançar luz ao elemento biopolítico existente nas declarações. Aspira demonstrar o caráter dual da forma jurídica, na medida em que as declarações não representam apenas conquistas dos cidadãos, no que diz respeito à limitação do poder estatal, como quer o constitucionalismo liberal, mas, também, podem significar a inscrição da vida nua nos cálculos e nas estratégias de poder do Estado. Importa lembrar que Agamben coloca a ideia de exceção na origem, portanto, não há um contrato externo à relação natural, a passagem para o estado civil ou Estado de Direito se faz por meio da decisão soberana que estabelece a normalidade (poder-violência constituinte). Destarte, é possível ao filósofo italiano reconhecer tanto o direito (forma jurídica) quanto à política como mecanismos de controle da vida humana.

No entender de Castor Ruiz (2011, p. 35):

[...] A inserção da vida humana na arena política se origina pela criação de verdades e discursos. O discurso dos direitos humanos se emancipou como um discurso político moderno que defende a vida humana do mesmo poder que a controla. O discurso dos direitos humanos é moderno porque nele a vida adquire, por primeira vez, o reconhecimento de categoria política. Ela se insurge como uma alteridade que julga eticamente o Estado e o mercado. A vida humana e o próprio discurso dos direitos humanos encontram-se submetidos aos jogos de poder em que as verdades se constroem segundo interesses em conflito.

Agamben irá vincular seu argumento a respeito do princípio de natividade aos critérios que, desde o direito romano até a atualidade do direito internacional público, servem para determinar a cidadania, ou seja, a inscrição da vida no ordenamento estatal (AGAMBEN, 2007, p. 136), quais sejam: o *ius soli* (nascimento em determinado território) e o *ius sanguinis* (a cidadania determinada pela nacionalidade dos genitores), a fim de demonstrar que, após a Revolução Francesa, estes critérios que nada significavam no antigo regime passam a determinar a cidadania do sujeito e seus direitos (AGAMBEN, 2007a, p. 136).

Dirá então Agamben (2007a, p. 135) que:

O princípio de natividade e o princípio de soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao *sujet*, ao súdito), unem-se agora irrevogavelmente no corpo do “sujeito soberano” para constituir o fundamento do novo Estado-nação. Não é possível compreender o desenvolvimento e a vocação “nacional” e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX, se esquecemos que em seu fundamento não está o homem como sujeito político livre e consciente, mas, antes de tudo, a sua vida nua, o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, é investido como tal pelo princípio de soberania. A ficção aqui implícita é a de que o *nascimento* torne-se imediatamente *nação*, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão.

Inclusive, se levarmos em consideração a lógica da soberania exposta por Agamben e apresentada no primeiro capítulo desta investigação como o dispositivo da exceção soberana que atua no sentido de operar como uma *exclusão includente* (perspectiva da decisão soberana sobre o ordenamento) ou de uma *inclusão excludente*, nesse último aspecto pode-se verificar a objeção de Agamben a qualquer forma de tentativa de reconstrução do discurso dos direitos humanos por meio de uma pretensão universalizante da forma da lei, significando dizer que, podemos colocar Agamben em resistência a proposta de Habermas, na medida em que as

reivindicações de reconhecimento de direitos feitas por minorias, por exemplo, no caso da polêmica de Habermas com Taylor, a respeito dos francófonos (HABERMAS, 2003), conseguiram apenas inscrever, por outra via, ao que parece a do reconhecimento, a vida humana na ordem (bio)político-jurídica do Estado e do mercado, marcada pela racionalidade instrumental, uma vez que a pretensão será a de regulamentação jurídica da ação política tematizada no contexto do mundo da vida.

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2006, p. 97), “nesse sentido, aquilo que talvez falte no debate atual sobre direitos humanos e fundamentais seja precisamente uma consciência mais apurada no tocante a essa relação entre direito, soberania e estado de exceção”.

Como já mencionado, Agamben investe contra o caráter dual da forma jurídica representada nas declarações de direitos, contudo, não objetivando negar sua importância, mas pretendendo demonstrar o lado oculto de sua relevância histórica, a saber: a partir da relação de exceção, compreender a forma jurídica das declarações também como um dispositivo de *abandono* da vida humana para otimizar a pretensão estratégica do Estado e do mercado de controle sobre a vida nua.

Conforme Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 284):

No debate atual sobre direitos fundamentais, faz-se antes de tudo necessário tomar consciência da função histórico-política do trinômio: nação/nacionalidade, soberania e poder jurídico sobre a vida. Quero dizer que, ao lado da função emancipatória das declarações de direitos fundamentais, seria também indispensável perceber que elas integram o dispositivo de *abandono* da vida nua à violência dos mecanismos de poder.

Assim, levando em consideração que a forma da lei trata-se de uma vigência sem significado, as pretensões universais de efetivação dos direitos humanos que partem do pressuposto de um procedimento vazio tendem, apenas, a servir, a partir da reflexão agambeniana sobre a exceção, como o dispositivo de *abandono* ou captura da vida nua para inscrevê-la dentro da racionalidade instrumental e das estratégias de poder mercantil e do Estado, o que nos faria melhor compreender a possibilidade da passagem dos Estados Democráticos para a figura dos Estados totalitários do século XX, ou, ainda, a possibilidade de existência de novas formas de totalitarismo camufladas nas estruturas democráticas pela forma jurídica, o que será objeto de análise a seguir.

2.4 Força de lei: sobre a possibilidade de justificação do estado de exceção permanente

Em primeiro lugar, nota-se que Agamben destaca, já no início do segundo capítulo de *Estado de Exceção*, que se mostra necessário observar as teses fundamentais do pensamento schmittiano sobre o Estado de exceção, pois fora de “Carl Schmitt a tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção” (AGAMBEN, 2004, p. 54). É interessante observar que os pontos, anteriormente apresentados, da argumentação do filósofo italiano irão ressurgir, novamente, quando da discussão sobre a possibilidade de justificação do estado de exceção permanente.

Apesar de reconhecer a tentativa de Schmitt, o filósofo italiano destaca a falta de uma teoria do estado de exceção no direito público, a fim de ressaltar que esta ausência se dá pelo fato de “tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quaestio facti* do que como um genuíno problema jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 11).

Ademais, argumenta Agamben a respeito da dificuldade conceitual apresentada em torno do termo estado de exceção, bem como a negação de legitimidade a uma teoria do estado de exceção no direito público, tendo em vista a confusão com o estado de necessidade, pois os autores afirmam que o estado de exceção se baseia no estado de necessidade e este último não pode ter forma jurídica por se encontrar no limiar entre direito e política (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Para nos mantermos próximos do pensamento de Agamben (2004, p. 15), levaremos em consideração sua metodologia e terminologia, a saber:

À incerteza do conceito corresponde exatamente a incerteza terminológica. O presente estudo se servirá do sintagma “estado de exceção” como termo técnico para o conjunto coerente dos fenômenos jurídicos que se propõe a definir [...].

Nesse sentido, a escolha da expressão “estado de exceção” implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à lógica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de “estado de sítio” e de “lei marcial” se revelam, entretanto, inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno [...]. O estado de exceção não é um direito especial (como o direito de guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar e seu conceito limite.

A transcrição expõe o argumento do filósofo italiano a respeito de seu entendimento à preferência pelo termo estado de exceção, ao invés de estado de sítio ou estado de necessidade, pois a exceção, em termos schmittianos, demonstra um conceito ou situação limite que demandará uma decisão.

Desse modo, de acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2010, p. 159) é possível, então, tomar o significado de estado de exceção no pensamento de Agamben como sinônimo de estado de emergência e estado de sítio ou, no mínimo, imaginar que estes últimos estão contidos no conceito de estado de exceção, muitas vezes se apresentando como tais, mas significando, de fato, o conceito limite da excepcionalidade.

Feitas estas considerações, importa observar que Agamben, ao retomar o pensamento de Schmitt, partindo dos dois textos da década de 1920 *Die Diktatur (A Ditadura)* e *Politische Theologie (Teologia Política)*, pretende apresentar as imagens conceituais do estado de exceção que estão ali contidas de formas diferentes. No texto de 1921, sobre a ditadura, Agamben afirma que “o estado de exceção é apresentado através da figura da ditadura. Esta, que compreende em si o estado de sítio, é, porém, essencialmente estado de exceção” (AGAMBEN, 2004, p. 53).

Agamben apresenta a distinção schmittiana entre ditadura comissária (suspensão da ordem jurídica para a defesa ou restauração da Constituição vigente) e ditadura soberana (criação de um estado de coisas e fatos para a criação de uma nova constituição), de tal modo que no caso da ditadura soberana, é interessante ressaltar que o “operador que permite ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, nesse caso, a distinção entre poder constituinte e poder constituído” (AGAMBEN, 2004, p. 55).

No livro de Schmitt de 1922, *Teologia Política*, há um deslocamento do foco segundo Agamben, e os termos estado de sítio e ditadura serão postos de lado para serem substituídos por estado de exceção, “enquanto a ênfase se desloca, pelo menos aparentemente, da definição de exceção para a de soberania” (AGAMBEN, 2004, p. 54).

Nas palavras de Agamben (2004, p. 54):

O aporte específico da teoria schmittiana é exatamente o de tornar possível tal articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica. Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica [...]

Dos argumentos schmittianos em *A Ditadura*, Agamben destaca que o operador da inscrição de algo que está fora no direito (note-se aqui a relação de exceção) é “a distinção

entre normas do direito e normas de realização do direito (Rechtsuenwirklichkeit) para a ditadura comissária, e a distinção entre poder constituinte e poder constituído para a ditadura soberana” (AGAMBEN, 2004, p. 54).

O primeiro ponto fundamental a ser percebido da exposição das teses schmittianas por Agamben é a existência da relação de exceção. A forma jurídica mantém-se em relação com o estado de exceção a partir de uma *inclusão excludente* que se estabelece por meio da decisão soberana.

De acordo com Agamben (2004, p. 57):

Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oximoro êxtase-pertencimento

Aqui se pode aproximar novamente a conhecida polêmica entre Schmitt e Kelsen a respeito da soberania e da gênese ou do fundamento da ordem jurídica. Para o primeiro (Schmitt) a ordem jurídica se funda na decisão soberana sobre a exceção e, para o jurista de Viena (Kelsen), ao contrário, todo ordenamento se fundamenta em uma norma hipotética (transcendental) fundamental, o que não é estranho ao pensamento de Agamben.

Segundo o filósofo italiano (2007a, p. 33):

[...] O direito tem caráter normativo, é “norma” (no sentido próprio de “esquadro”) não porque comanda e prescreve, mas enquanto deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real, *normalizá-la*. Por isto – enquanto, digamos, estabelece as condições desta referência e, simultaneamente, a pressupõe – a estrutura originária da norma é sempre do tipo: “se (caso real, p. ex.: *si membrum rupsit*) então (conseqüência jurídica, p. ex: *tálio esto*)”, onde um fato é incluído na ordem jurídica através de sua exclusão e a transgressão parece preceder e determinar o caso lícito.

Percebe-se a presença dos outros pontos deste capítulo na citação supra, o que irá, em última análise, demonstrar a relação pretendida e a ser estabelecida entre a soberania e o vivente por meio da norma ou da forma jurídica, por meio da decisão soberana sobre a exceção, pois, segundo Agamben (2007, p. 33), “a decisão não é aqui a expressão da vontade de um sujeito hierarquicamente superior a qualquer outro, mas representa a inscrição, no campo no *nómos*, da exterioridade que o anima e dá sentido”.

Para Agamben, ao se valer da oposição entre norma e decisão, o importante é apresentar o modo como o Direito se relaciona com a vida ou, ainda, entendida a forma jurídica e a exceção como dispositivos, o meio pelo qual o poder soberano produz a

subjetividade que a ele se refere como sujeito de direitos, importando considerar que, na decisão soberana sobre o estado de exceção, o que se coloca em jogo, com a suspensão ou a completa anulação da norma, “é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma” (AGAMBEN, 2004, p. 58).

É no estado de exceção que se pode verificar a separação da norma e de sua aplicação; no entanto, a exceção pode significar o estado que se configura para tornar possível novamente a situação de normalidade, de aplicação da norma, e a excepcionalidade “introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real” (AGAMBEN, 2004, p. 58).

De acordo com Vera de Chueiri (2011, p. 801), “a esta situação (de exceção) na qual a norma existe e não se aplica ou não existe, mas se aplica, Agamben relaciona o sintagma *força de lei*, a partir da memorável fala de Derrida na Cardozo Law School, em Nova Iorque, em outubro de 1989 [...]”.

Ao analisar a expressão *força de lei*, parece que o objetivo de Agamben é demonstrar a possibilidade da decisão soberana sobre o estado de exceção estar inserida no contexto do ordenamento jurídico ou mesmo que este último tenha um elo com a exceção por meio da própria forma jurídica, essa expressão está inclusa na tradição do pensamento jurídico ocidental desde o direito romano, passando pelo medieval e “tem o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar” (AGAMBEN, 2004, p. 59).

No entanto, de acordo com Agamben (2004, p. 59-60):

[...] É apenas na época moderna, no contexto da Revolução Francesa, que ele começa a indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembleias representativas do povo [...]. Nesse sentido, a doutrina moderna distingue a *eficácia da lei*, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, e *força de lei*, que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo).

Todavia, o interesse de Agamben é caracterizar que, mesmo em sentido técnico, a expressão *força de lei*, desde a doutrina romana até a moderna, refere-se aos decretos e regulamentos promulgados pelo Poder Executivo que não se configuram como Lei, mas que detêm a sua força, podendo estes decretos ser utilizados pelo executivo na normalidade dos Estados Democráticos de Direito, e tem especial uso no estado de exceção.

Conforme Agamben (2004, p. 60)

[...] O conceito “força de lei”, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua “força”.

O filósofo italiano destaca que, em seu estudo sobre o estado de exceção, teve oportunidade de encontrar muitos exemplos desta confusão entre atos do Poder Executivo e do Legislativo, o que significa dizer que tal confusão deve ser compreendida como uma das características fundamentais do estado de exceção, citando como exemplo extremo a fala de Eichmann, a respeito da força de lei contida nas palavras do Führer (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Também no entender de Vera de Chueiri (2011, p. 801):

[...] *força de lei*, da forma como a tradição do direito ocidental se apropriou, desde os romanos, relaciona-se às medidas ou aos atos do poder executivo que se diferenciam da lei, pois carecem da força a qual, por isso, lhes deve ser atribuída para que possam ser aplicados. Vale dizer medidas e atos que não decorrem do regular processo legislativo e que, assim, não são formalmente leis, todavia, demandam força para que possam ser aplicados e, por conseguinte, obrigar.

Esta aproximação ou análise do conceito de *força de lei* não apenas demonstra a possibilidade da decisão soberana em colocar o soberano “legalmente fora da lei” (AGAMBEN, 2004), mas, também, a probabilidade de confusão entre os poderes executivo e legislativo. No entanto, no entender de Agamben, o que importa do ponto de vista teórico e técnico é não só considerar o estado de exceção como sendo esta confusão das esferas ou funções do poder, mas, sim, “o isolamento da ‘força de lei’ em relação a lei” (AGAMBEN, 2004, p. 61).

O esforço de Agamben caminha na direção de caracterizar este isolamento da lei em relação a sua força, no estado de exceção, como querendo significar que, neste último, pode haver, de fato, a existência de uma *força de lei sem lei*, tendo em vista a vigência sem significado da lei, que não se aplica por se aplicar em sua própria suspensão (carecendo de força) e atos, decretos ou regulamentos que não são formalmente leis, mas possuem a sua força.

Segundo Vera de Chueiri (2011, p. 803), este entendimento pode ser assim caracterizado:

No estado de exceção, o divórcio, entre a aplicação da lei e a lei, refere-se a este estado de isolamento da lei em relação a sua força, na medida em que naquele a lei existe, está em vigor, mas não se aplica (porque carece de

força) ou a lei não existe formalmente (há apenas atos que não tem valor de lei – a força constituinte, por exemplo), mas tem força.

Assim, conforme Agamben (2004, p. 61):

No caso extremo, pois, a “força de lei” flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de *lei*). Tal força de *lei*, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento mítico, ou melhor, uma *fictio* por meio do qual o direito busca se atribuir sua própria anomia.

A partir de tal caracterização do estado de exceção como uma *força de lei sem lei* e, ao que parece, a força de *lei* como canal de veiculação da decisão pelo soberano, por meio dos decretos e atos do executivo, torna-se possível a reflexão sobre o estado de exceção como um paradigma de governo (AGAMBEN, 2004) ou, em tintas bejaminianas, poderíamos dizer, que a exceção tornou-se a regra.

Alguns elementos surgem como fundamentais para Agamben pensar o estado de exceção como paradigma de governo, como por exemplo a relação entre o Estado Democrático de Direito liberal e o modo de produção capitalista, bem como, atualmente, o retorno da questão da segurança à seara política e, principalmente, a suspensão do ordenamento jurídico, no que diz respeito aos direitos fundamentais; todos tidos como elementos centrais para a manutenção da ordem nas democracias ocidentais.

Ao se falar de um estado de exceção permanente ou como paradigma de governo, que, para Agamben, se torna mais nítido desde o término da 1ª Guerra Mundial, o filósofo italiano acredita que “os dois campos de investigação que Foucault deixou de lado, o direito e a teologia, são extremamente importantes para compreender nossa situação presente” (AGAMBEN, 2006, p. 133). É no campo dessa “terra de ninguém” entre a contingência da vida política e o direito público, que Agamben irá explorar a hipótese de que, em nossos dias, a exceção se tornou a regra (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Agamben também destaca a dificuldade de definição conceitual do estado de exceção. Contudo, quando pensa a exceção como paradigma de governo, afirma que tal dificuldade se manifesta agora pela proximidade do conceito de estado de exceção com a ideia de guerra civil, de insurreição e de resistência (AGAMBEN, 2004, p. 12). No entanto, Agamben afirma que, no século XX, foi possível vislumbrar o paradoxal fenômeno de uma guerra civil legal, citando o exemplo do Estado nazista (AGAMBEN, 2004, p.12).

No capítulo que Agamben destina à sua reflexão sobre o estado de exceção como paradigma de governo, há uma breve notícia histórica sobre o surgimento e a utilização do estado de exceção, ao longo do tempo, em países como França, Itália, Alemanha, Suíça e Estados Unidos da América, por exemplo, a fim de ressaltar alguns aspectos comuns do instituto dentro da tradição jurídica das democracias ocidentais que, em última instância, apresenta-se marcado pela ideia do perigo ou ameaça e pela questão, quando decretado, da provisoriedade; trata-se de uma medida governamental provisória.

Com feito, argumenta Agamben (2004, p. 22):

Um exame da situação do estado de exceção nas tradições jurídicas dos Estados ocidentais mostra uma divisão - clara quanto ao princípio, mas de fato muito mais nebulosa - entre ordenamentos que regulamentam o estado de exceção no texto da constituição ou por meio de lei, e ordenamentos que preferem não regulamentar explicitamente o problema.¹⁸

De acordo com Daniel Nascimento (2012, p. 149):

Notemos que do ponto de vista eminentemente jurídico, o estado de exceção moderno possui suas peculiaridades. A sua deflagração difere do golpe de estado, que pode ser definido como tomada do poder por quem lá já se encontra ou possui ao menos certo grau de poder institucional (como a organização militar), e da revolução, tomada do poder por um grupo de oposição, em princípio desprovido de qualquer distinção institucional, ainda que a sua bandeira possa ser usada como instrumento de manobra tanto num caso como no outro

Ainda, em nossos dias, também é possível verificar uma utilização estratégica do estado de exceção como dispositivo, quando da aproximação das esferas do Estado e do mercado, que também se aproximam estrategicamente, visando a um maior controle (disciplinar) das vidas humanas, dos cidadãos; o primeiro sob o argumento de necessidade da segurança e o segundo com sua racionalidade instrumental que visa à maximização de resultados, significa dizer a maior lucratividade possível (RUIZ, 2011, p. 30).

Então, dirá Castor Ruiz (2011, p. 30):

O Estado e o mercado são as duas grandes estruturas que definem o conjunto das instituições modernas. O Estado nacional desenvolveu uma burocracia de controle sobre a vida dos cidadãos; o mercado legitimou a lógica da eficiência lucrativa como fim justo que utiliza a vida humana como recurso

¹⁸ Aqui vale a pena notar a reflexão de Daniel Nascimento (2012, p. 148-149) que, acompanhando o percurso de Giorgio Agamben, destaca que os Estados ocidentais que estabelecem regras para o estado de exceção, no texto constitucional ou por meio de leis são: “à França, a Alemanha e o Brasil”. Já aqueles que não regulamentam o estado de exceção por meio da ordem jurídica são: “a Itália, a Suíça, e Inglaterra e os Estados Unidos”.

produtivo. Dentro desses dois grandes marcos se desenvolveu um conjunto de instituições, que foram mudando ao longo do tempo

Note-se, mais uma vez, a racionalidade instrumental ou estratégica (que visa fins), marcando toda a aproximação entre Estado e mercado que irão se valer da exceção e da forma jurídica como *dispositivos* de captura biopolítica da vida humana, a fim de transformá-la em objeto útil; ou, ainda, a vida é capturada “na lógica de meios e fins como um meio útil para um fim necessário” (RUIZ, 2011, p. 30).

Segundo Agamben, quando o estado de exceção torna-se a regra, ele deixa apresentar sua natureza de ato constitutivo do direito (exceção na origem), bem como seu caráter de paradigma de governo, que se relaciona com a vida nua e refere-se ao vivente (AGAMBEN, 2004, p. 18).

Nessa linha argumentativa, considere-se que a lógica da soberania enquanto exceção é uma criação das revoluções liberais do ocidente, para Agamben (2004), em especial, da conjuntura francesa; portanto, uma criação da modernidade. Conforme Castor Ruiz (2011, p. 38):

O paradoxal do estado de exceção é que foi criado pelos governos constitucionais dentro do Estado de direito para outorgar ao Estado poderes soberanos quando necessário. Os governos absolutistas não necessitavam da exceção, pois a norma se identificava com a vontade do soberano.

Ora, se concordarmos com a hipótese de Agamben, ela nos demonstra que temos diante de nós uma situação de vigência normal daquilo que não poderia ter forma legal. Uma vigência normal da exceção que então “perde sua condição de medida excepcional para transformar-se em técnica de governo, que fornece o paradigma constitutivo da nova ordem jurídica” (GIACOIA JUNIOR, 2008, p. 297).

É importante considerar que há uma modificação estratégica ou uma estratégia para se garantir uma exceção permanente que consiste na retirada de seu caráter de provisoriedade por meio do aumento da presença do Poder Executivo na formação da legislação com a expedição dos decretos e medidas com força de lei. Nesse sentido, com a atrofia do Poder Legislativo, a democracia passa a funcionar com uma anormalidade constante, uma vez que o poder competente para legislar apenas ratifica os projetos do Poder Executivo e, dessa anormalidade, se pode verificar, portanto, que não há necessidade de uma decretação formal do estado de exceção, mas, sim, que este último torna-se a regra pela ação estratégica e paulatina do executivo.

Conforme Oswaldo Giacoia Junior (2008, p. 297):

Em tempos de crise (em particular de crise econômica), ocorre uma hipertrofia (supostamente excepcional) do executivo e uma erosão do legislativo, como meio de neutralização do perigo via de regulamentação, o que torna o executivo mais forte, aumentando seu poder de governo e restringindo direitos dos cidadãos.

A partir de tal diagnóstico, se pode reforçar a tentativa de demonstração de que Agamben, em última análise, apresenta uma forte objeção às teorias reconstrutivas com pretensão de universalidade dos direitos humanos, e que pretendem a inscrição destes últimos na forma jurídica, pois pela ideia de exceção, o filósofo italiano explica o predomínio da racionalidade estratégica ou instrumental que caracteriza a biopolítica estatal e do mercado, de modo que deve se reconhecer que estas duas esferas (Estado e economia) em muitos casos irão agir em conjunto, a partir da “terra de ninguém” da exceção, ou seja, a ação se dará em uma anomia ou espaço vazio de normatividade, em que tudo se torna possível em detrimento da vida nua, conforme se verá a seguir.

Gilberto Bercovici (2004, p. 83) ressalta que:

Afinal, os requisitos destas atribuições extraordinárias (estado de exceção, perigo considerável à segurança e ordem públicas) também poderiam estar fundadas em uma situação de necessidade econômica e financeira ou em perigo que dela derivasse. O caráter inicialmente econômico e financeiro da situação, assim, não excluiria a aplicação das medidas extraordinárias.

Acompanhando o raciocínio de Agamben (2004), que destaca a possibilidade de atrelamento ou modificação de uma estratégia de utilização do estado de exceção que sai da esfera estritamente militar (defesa do Estado) para uma vertente econômica, argumenta Gilberto Bercovici (2004, p. 175-178) que:

[...] Desta forma, a soberania territorial se transformou em um espaço vazio para os processos sócio-econômicos. O conteúdo social e econômico da integridade territorial não é reconhecido mais, tornando-se aquele Estado um espaço de poder econômico do Estado controlador, bem diferente do Estado soberano pleno [...]. Deste modo, a América Latina, além da crise econômica interna é vítima de fatores externos de instabilidade econômica. Os poderes discricionários do Executivo são mais plausíveis, especialmente, para os países dependentes de decisões do Fundo Monetário Internacional e da Organização Mundial do Comércio, que constituem poderes de exceção sem qualquer contrapartida.

Isto posto, verifica-se a possibilidade de justificação do estado de exceção permanente que, na maior parte das vezes, passa despercebido dos cidadãos, justamente

aqueles que têm suas vidas diretamente afetadas por tal dinâmica de controle do poder soberano.

Uma das características fundamentais do estado de exceção é a indistinção provisória entre as funções do poder (executivo, legislativo e judiciário); a exceção, portanto, como dito, apresenta forte tendência de se tornar prática governamental e, assim, governar a vida humana (AGAMBEN, 2004, p. 19).

Nessa perspectiva, para Castor Ruiz (2011, p. 40) atualmente:

A ameaça não é de um modelo de Estado, mas da lógica biopolítica das instituições modernas. Não é só o Estado que ameaça a vida humana controlando-a, as grandes corporações multinacionais tendem a manipular, controlar, instrumentalizar a vida como um mero recurso privado para seus interesses. Estas se regem num marco geral do direito, porém num espaço limitado por regulamentações e normas internas.

Desse modo, pode-se dizer que o poder econômico enquanto imagem possível do poder político se vale da exceção para dinamizar suas pretensões biopolíticas, fazendo-o por meio da forma jurídica que se pode relacionar com a decisão soberana e com a vida nua.

Sob outro aspecto, mas não disjuntivamente, um modo de justificação da exceção permanente ou de justificar o tornar-se regra da exceção, na leitura de Agamben, está atrelado ao argumento da segurança, ou seja, ao perigo considerável à segurança e à ordem públicas, que pode estar relacionado tanto à garantia do Estado como a dos cidadãos.

Segundo Agamben (2012, p. 1), “a segurança como princípio condutor da política de Estado remonta ao nascimento do Estado moderno. Ela é já mencionada por Hobbes como o oposto do medo, o qual compele os seres humanos a se reunirem no interior de uma sociedade”. Não nos esquecendo que o objetivo do filósofo italiano é revisitar criticamente a tradição do contratualismo, o exemplo da segurança como meio de justificação da exceção permanente terá por objetivo fazer com que possamos vislumbrar o movimento de imersão e surgimento (reaparecimento) da biopolítica, praticado pela lógica da soberania quando pensada como exceção, de modo que esta última, devemos considerar, não se trata, em tintas schmittianas, da anarquia ou do caos, mas, sim, do estado que se faz necessário, a partir da suspensão da ordem jurídica, para garantir que, posteriormente, seja criado pelo soberano (decisão) a situação de normalidade.

Conforme Agamben (2012, p. 1):

Hoje nos deparamos com desenvolvimentos extremos e muito perigosos quanto a ideia de segurança. Durante uma época de gradual neutralização da política e abandono progressivo das tradicionais funções do estado, a

segurança se torna o princípio básico da atividade do estado. O que antes era apenas uma entre várias medidas definitivas de Administração Pública, até a primeira metade do século vinte, agora se torna o único critério de legitimação política. A ideia de segurança traz consigo um risco essencial. Um Estado que faz da segurança sua única tarefa e fonte de legitimidade é um organismo frágil; ele é sempre passível de ser provocado pelo terrorismo, até se tornar ele mesmo terrorista.

Ainda, destaca Castor Ruiz (2011, p. 28) que:

Os novos totalitarismos, para fugir dos marcos jurídicos pré-modernos do poder soberano, transmutam-se numa lógica de normalidade através de técnicas e táticas de governo da vida. Para preservar a vida, se transforma a segurança num objetivo maior. Como técnica de segurança, se estabelecem rígidos controles sobre a mesma vida que se pretende assegurar. Em nome da segurança se controla; pelo medo à insegurança se consente em ser controlado. Um outro aspecto do controle é justificado pela eficiência. A vida humana, quanto mais controlada, mais eficiente. O método de gerenciamento produtivo de suas qualidades humanas se torna também uma justificação social do seu controle.

Ao longo de sua revisita à história do Estado de exceção, Agamben cita inúmeros exemplos das urgências e emergências que tem, estrategicamente, servido de fundamento para a decretação da exceção ou para a utilização indiscriminada dos decretos com força de lei, portanto, aqui, não necessariamente, haverá decretação formal do Estado de exceção.

Talvez o exemplo mais simbólico seja a caracterização biopolítica que Agamben identifica na “Military Order”, promulgada pelo então presidente dos Estados Unidos da América, em 13 de novembro de 2001, George W. Bush. Nesse fato, para Agamben, é possível identificar o “estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 14).

O filósofo italiano cita outros exemplos históricos e, no que diz respeito aos Estados Unidos da América, destaca, especialmente, o período compreendido entre os anos de 2001 e 2004¹⁹, dando ênfase ao *USA Patriot Act*, que autoriza a manutenção da detenção de estrangeiros suspeitos de atividades terroristas, afirmando este como o mais emblemático exemplo de um estado de exceção permanente, de um *dispositivo* que cria um *campo* em que

¹⁹ Aqui é importante notar a observação de Ramon Brávo (2013, p. 9), que ao analisar os conceitos de soberania e exceção em Schmitt, e impulsionado por Agamben, afirma que “não cabe dúvida de que os Estados Unidos de G.W.H.Bush erigirão nos anos de 2001-2004 um novo direito de exceção ‘personalizado’ extraterritorial para os não norte-americanos”.

a forma jurídica, a política e a vida se indeterminam, como no caso de Guantánamo²⁰ (AGAMBEN, 2004, p. 14).

USA Patriot Act significa: “To deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes”. Tem como título resumido: “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”, e a legislação ficou “popularmente conhecida apenas por USA Patriot Act, título correspondente a abreviação das iniciais de todas as palavras (TEIXEIRA JUNIOR, 2011, p. 445).

No tocante ao processo legislativo a que foi submetido o USA Patriot Act, Geraldo Teixeira Junior (2011) destaca a celeridade do procedimento, em especial a rápida discussão simultânea do projeto na Câmara e no Senado. De acordo com Geraldo Teixeira Junior (2011, p. 444):

O Patriot Act é uma lei elaborada após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, e, em sua maior parte, surge como uma reação do Congresso americano àqueles atentados. Havia um projeto de lei correndo na Câmara ao mesmo tempo em que outro era discutido no Senado.

É interessante notar que no momento em que foram propostos os projetos de legislação do Patriot Act, aumentaram os debates acerca desse recurso legal, bem como o cenário político foi dominado pela discussão jurídica sobre os projetos, que se referiam ao aumento dos poderes do Executivo.

Conforme Geraldo Teixeira Junior (2011, p. 450):

O recurso ao âmbito legal, no entanto, não deve ser visto como simples postura reativa do governo Bush. Pelo contrário – e esse é certamente o motivo pelo qual o governo insistia nas intermináveis discussões jurídicas –, foi propondo o debate jurídico, muitas vezes por meio da negação de preceitos legais amplamente reconhecidos, que a administração Bush conseguiu aumentar significativamente o poder do Executivo. Prova disso é o Patriot Act, considerado por muitos como o principal instrumento legal de Bush na - guerra contra o terror. O debate que surgiu sobre a lei, antes, mas, principalmente, depois de sua aprovação, foi certamente o único meio pelo

²⁰ A exceção *estadunidense* atua como dispositivo no sentido de criar a figura dos “detentos em campo de batalha” ou “combatentes ilegais”, retirando o caráter de sujeitos de direitos daquelas vidas, em sua grande parte afegãos e paquistaneses, que se encontram destituídos de qualquer direito vinculado à cidadania, mantendo apenas sua identidade de árabes e suspeitos de serem terroristas. Segundo Judith Butler (2007, p. 224), “o termo proposto pelo governo norte-americano, ‘detentos em campo de batalha’, designa um lugar que ainda não está sob a lei ou que, com efeito, está à margem da lei de modo relativamente permanente”.

qual o governo foi capaz de tornar permanente o poder que pretendia adquirir.

Assim, convém entender que, ao menos em parte, a postura negativa/reativa do governo Bush de negar o cumprimento de leis internacionais e até mesmo da legislação interna, apresentava, como a outra face da moeda, uma postura positiva/proativa que buscava modificar não cada lei discutida específica que era discutida, mas o próprio sistema jurídico. Como dissemos, em âmbito internacional essa postura dos EUA de rejeitar as normas para —moldar o direito já se apresentava, em maior ou menor grau, havia muito tempo. Internamente, porém, o fato parece possuir maior ineditismo.

No entanto, o debate jurídico em torno da lei do Patriot Act não significa um debate político ou que envolva a questão da legitimidade, mas, sim, uma discussão em torno da ameaça terrorista, que implicaria em responsabilidade do Parlamento em caso de não aprovação da lei que aumentava os poderes do Executivo, inclusive, desrespeitando a própria Constituição (TEIXEIRA JUNIOR, 2011).

Dirá, então, Geraldo Teixeira Junior (2011, p. 473/474):

Apesar de produzir alguns pontos inovadores, o Patriot Act utilizou-se de elementos bem conhecidos do pensamento político, e das práticas anteriores do governo americano: o recurso ao terror como forma de domínio e de atingir determinados interesses. O medo e a necessidade se juntam no agir conforme a razão de Estado. Não fosse pelo medo, a nova lei certamente não seria possível, assim como não havia sido em momentos anteriores. E, se o terror já seria uma reação espontânea diante dos acontecimentos – não apenas pelos atentados de 11 de setembro, mas também devido às cartas com Antraz destinadas aos congressistas – a aprovação da lei exigia mais medo.

Como se os próprios fatos não bastassem, a mídia noticiava continuamente as declarações do governo de que novos ataques poderiam ocorrer. Novamente, Ashcroft foi peça importante no processo de disseminar ou fomentar o medo: —Talk Will not prevent terrorism. We need to have action by the Congress. Era este o argumento por trás da demanda por produtividade. Algo a ser notado é que o discurso estava meticulosamente articulado com as demais estratégias do governo para aprovar a lei. A citação anterior é de apenas um dia depois que o governo havia rejeitado o acordo que resultava de negociações de dez dias com alguns congressistas. Isto é, um acordo previamente aceito é repentinamente rejeitado, o que retardaria o processo de negociação. No entanto, pretende-se fazer com que a culpa do — atraso da lei recaia sobre a parte que havia aceitado o acordo. Assim, exige-se um menor tempo de — conversa no Legislativo, sustentando que a legislação é necessária, e declarando que novos ataques podem ocorrer: —Time is of the essence in light of the increased threat the F.B.I. has announced against the United States and its citizens.

Ainda, no que diz respeito à afronta a Constituição, destaca Geraldo Teixeira Junior (2011, p. 460):

O fato de contrariar a Constituição não surge apenas da análise das leis, mas era uma das intenções do governo – intenção que foi mantida em segredo, claro. Segundo Nancy Chang, do *Center for Constitutional Rights*, durante a tramitação da lei, Daniel J. Bryant, Secretário de Justiça Assistente (*Assistant Attorney General*), chegou a trocar correspondências com membros do Congresso a fim de argumentar que, no combate ao terrorismo, o governo deveria estar isento das exigências da 4ª Emenda da Constituição americana.

Destarte, segundo Agamben (2004, p. 13):

[...] O totalitarismo moderno pode ser definido [...] como 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. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.

Como elemento da exceção permanente, podemos notar a possibilidade de captura das pessoas não integráveis ao sistema político, que tomam o sentido das *displaced persons* de Arendt, de tal modo que a figura dos talibãs presos em Guantánamo pode ser assemelhada a dos judeus desnacionalizados no *Lager* nazista, ou mesmo aos apátridas que surgiram nos pós-guerras, pois, ao perderem a cidadania, deixaram de deter a identidade de sujeitos de direito e, dessa forma, passam a ser *vida nua* e *bando*; encontram-se *abandonados* ao poder soberano e, assim, “o estado de exceção apresenta-se [...] como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”. (AGAMBEN, 2004, p. 12-13).

No entender de Castor Ruiz (2011, p. 43):

Para proclamar um estado de exceção, invoca-se, em geral, a necessidade de defender e proteger a vida dos cidadãos e, correlativamente, a segurança do Estado. A defesa da vida é, na verdade, um argumento ideológico que oculta o motivo principal: a segurança do Estado ou dos interesses do mercado. Tudo aquilo que se apresenta como uma ameaça para a segurança do Estado ou contra os interesses do mercado é imediatamente ressignificado e devolvido para a sociedade como uma ameaça contra a vida das pessoas. Consequentemente, o Estado faz uma identificação simbólica de sua segurança e dos interesses do mercado com a defesa da vida.

Conseqüentemente, parece chegado o momento de se verificar mais de perto a estrutura de funcionamento do estado de exceção na perspectiva do campo, na medida em que, até aqui, parece estar claro que a forma jurídica, reconhecido seu caráter ambivalente, é instrumentalizada pelo poder soberano e pela economia ao se relacionar com a política de maneira pretensamente neutra, o que lança luz, ao se partir da exceção como origem, sobre a

possibilidade da decisão soberana acerca da exceção, mesmo nos Estados Democráticos de Direito (imagem da “íntima solidariedade” entre democracia e totalitarismo), de modo que para Agamben (2012, p. 2) não é irrazoável pensar que a política, pensada estrategicamente, instrumentaliza a forma jurídica para, secretamente, produzir emergências e legitimar, assim, o estado de exceção como regra, fazendo com que a soberania e seu elemento estrutural de violência se relacionem com a vida. Os problemas e as variáveis dessa relação é também outro dos assuntos que serão examinados no capítulo a seguir.

CAPÍTULO 3 – O VAZIO NORMATIVO: POR UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO ESTADO DE DIREITO A PARTIR DA EXCEÇÃO

3.1 Agamben e a luta de gigantes acerca de um vazio

Giorgio Agamben inicia o quarto capítulo de “*Estado de Exceção*” indicando que retomará o debate entre Walter Benjamin e Carl Schmitt, em especial a parte chocante da década de 1920, sob a perspectiva de leitura que visualiza o estado de exceção permanente como um paradigma ou estratégia de governo. De acordo com Castor Ruiz (2011, p. 36), ao revisitar esta temática, Agamben ressalta “à pertinência desta problemática para pensar o totalitarismo inerente às sociedades modernas”. Além disso, convém mencionar que o título do presente capítulo se inspira na qualificação por Agamben do estado de exceção como um espaço vazio de normatividade, em virtude da *exclusão* do ordenamento jurídico por meio de sua *suspensão*, o que não significa dizer que o reconhecimento da origem da relação política como um estado de exceção signifique uma origem vazia; pelo contrário, o espaço da exceção é atravessado por forças em conflito.

De saída, Agamben destaca a diversidade do diálogo entre Benjamin e Schmitt e, acima de tudo, a formação do dossiê esotérico deste debate, tendo em vista o escândalo ocasionado pelo interesse de um pensador da Escola de Frankfurt pelo pensamento e a obra de um teórico do conservadorismo alemão, *Kronjurist* do reich nazista. Aqui, parece importante considerar uma sutileza histórica que envolve este enfrentamento, pois, Carl Schmitt ocupava importante posição dentro da estrutura hierárquica do Estado alemão, enquanto Benjamin não conseguiu sedimentar sua carreira acadêmica, apesar de seu brilhantismo, ou, nas palavras de Jean Marie Gagnebin (1982), pode-se caracterizar Benjamin como um “fracasso exemplar”,

precisando, invariavelmente, do auxílio de amigos e parentes e, ainda, segundo Rolf Wiggershaus, Benjamin se tornou um distante colaborador da revista do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, oportunidade em que ganhava “quinhentos francos por mês, isto é, um ordenado inferior ao mínimo vital e não o tornava independente de diversos auxílios” (WIGGERSHAUS, 2006, p. 219).

A respeito do escândalo do dossiê esotérico de Benjamin-Schmitt, Agamben (2004, p. 83) argumenta que:

Entretanto, o dossiê esotérico é mais extenso e ainda está por ser explorado em todas as suas implicações. Na verdade, tentaremos mostrar que, como primeiro documento, deve-se apontar no dossiê não a leitura benjaminiana da *Politische Theologie*, mas a leitura schmittina do ensaio benjaminiano “Crítica da violência: Crítica do poder”.

Para Agamben, é possível tal leitura e retomada do debate entre o frankfurtiano e Schmitt, levando em consideração a leitura schmittiana de Benjamin, pois o texto “Crítica da violência” foi publicado em 1921, no nº 47 da *Archiv für Sozialwissenschaften und sozialpolitik*, periódico do qual Schmitt era assíduo leitor e colaborador, com a publicação de inúmeros artigos entre 1924 e 1927. Desse modo, “Schmitt dificilmente deixaria de notar um texto como ‘Crítica da violência’ que abordava [...] questões para ele essenciais” (AGAMBEN, 2004, p. 84).

Não obstante, Agamben entende que o texto sobre a “Crítica da violência” de Walter Benjamin se faz, ainda hoje, uma premissa necessária e uma leitura diretriz para quem se dedica ao estudo da soberania, uma vez que, neste texto, Benjamin expõe, sem reservas, o nexos existente entre direito e uso instrumental da violência (AGAMBEN, 2007a, p. 71).

Ainda, o filósofo italiano ressalta sua estratégia de leitura do dossiê esotérico escandaloso que envolve o debate entre Benjamin e Schmitt, e, para Agamben, “invertendo os termos do escândalo, tentaremos ler a teoria schmittiana da soberania como uma resposta à crítica benjaminiana da violência” (AGAMBEN, 2004, p. 84).

Nesta investigação, já consideramos o enfrentamento entre Benjamin e Schmitt em capítulos precedentes, por serem os dois pensadores importantes interlocutores de Agamben. Nesse ponto do trabalho, importa considerar a revisão deste debate pelo filósofo italiano a fim de demonstrar a característica de espaço vazio do estado de exceção. Assim, convém seguir Agamben no percurso de alguns pontos do debate.

Como dito, o ensaio benjaminiano apresenta a relação entre direito e violência e expõe o caráter violento como integrante e elemento estrutural da soberania que surge ou se mostra no momento de instauração do Direito ou naquele de sua conservação, sempre levando em consideração a referência à ética e a justiça.

Outro objetivo do ensaio de Benjamin é demonstrar a possibilidade de existência de uma violência totalmente fora do contexto ou de relação com o direito, que Benjamin chama de violência pura ou divina, “e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda o direito e violência que o conserva” (AGAMBEN, 2004, p. 84).

A respeito da violência pura e soberana, destaca Agamben (2007, p. 72) que:

[...] A violência soberana e o estado de exceção que ela instaura não aparecem, portanto, no ensaio, e não é fácil dizer onde eles poderiam colocar-se com relação à violência que põe o direito e aquela que o conserva. A raiz da ambigüidade da violência divina deve, talvez, ser buscada justamente nesta ausência. Com toda evidência, de fato, a violência que é exercitada no estado de exceção não conserva nem simplesmente põe o direito, mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se dele. Nesse sentido, a violência soberana, como a divina, não se deixa integralmente reduzir a nenhuma das duas formas de violência, cuja dialética o ensaio se propunha a definir.

Ainda, o filósofo italiano sublinha que “o que o direito não pode tolerar de modo algum, o que sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir, é a existência de uma violência fora do direito; não porque os fins de tal violência sejam incompatíveis com o direito [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 84-85), mas, sim, por se apresentar como uma ameaça à sua própria existência institucional.

Citando Benjamin, Agamben conclui que a desconfiança se dá com a existência de uma violência simplesmente fora de relação com o direito. No entender do pensador italiano, “a doutrina da soberania que Schmitt desenvolve em sua obra *Politische Theologie* pode ser lida como uma resposta precisa ao ensaio benjaminiano” (AGAMBEN, 2004, p. 85).

Para Agamben, o essencial em jogo é observar que, no entender de Benjamin, é possível imaginar (e mesmo justificar) uma violência pura ou anômica, fora de relação com o direito (que, na esfera humana, é entendida como a violência revolucionária); enquanto, para Schmitt, “trata-se, ao contrário, de trazer tal violência para um contexto jurídico” (AGAMBEN, 2004, p. 85); significa dizer que, Schmitt pretende justificar o controle e o monopólio jurídico da violência, inscrevendo-a como elemento estrutural da forma jurídica.

Glauco Basalini (2012, p. 114), analisando a questão, pondera que:

Segundo Benjamin, o que incomoda o direito não é a *violência*, mas a *violência* que está fora dele. Isso porque o seu objetivo é o de exercer a *violência*, mas toda ela, não aceitando a possibilidade de restar fora dele, qualquer forma de *violência*. A existência de uma *violência* fora da esfera jurídica é compreendida pelo direito, como uma séria e intolerável ameaça a ele próprio

Dessa maneira, no entender de Agamben, é, no estado de exceção, que Schmitt tenta estabelecer a relação entre direito e violência, e o espaço da exceção seria o dispositivo de captura da violência pura benjaminiana, que é, dessa forma, inscrita ou passa a ser monopolizada pela forma jurídica.

Para Agamben (2007a, p. 72):

Dado que a violência soberana abre uma zona de indistinção entre lei e natureza, externo e interno, violência e direito; não obstante, o soberano é precisamente aquele que mantém a possibilidade de decidi-los na medida em que os confunde. Enquanto o estado de exceção se distingue do caso normal, a dialética entre violência que põe o direito e violência que o conserva não será verdadeiramente rompida, e a decisão soberana aparecerá aliás simplesmente como o meio em que se realiza a passagem de uma a outra (nesse sentido, pode-se dizer que a violência soberana põe o direito, já que afirma a licitude de um ato de outra forma ilícito, e simultaneamente o conserva, já que o conteúdo do novo direito é somente a conservação do velho).

Perceba-se que o objetivo de Agamben é uma releitura e, ao que parece, sua pretensão vai no sentido de demonstrar que nesse debate estava em jogo a inscrição da violência na estrutura do direito que se tornaria seu monopolizador (Schmitt), fazendo-o por meio da exceção; significa dizer, a relação de exceção (*exclusão – includente*) colocaria o direito em relação com a violência e o estado de exceção lançaria luz sobre o elemento estrutural da sanção jurídica ou do uso legítimo da força (violência). Destarte, de acordo com Andityas Matos (2012, p. 297) “o paradoxo é surpreendente: para desincluir a violência da vivência social, ela precisa ser incluída como exceção soberana no próprio corpo do direito”.

Na interpretação de Agamben (2004, p. 86), para Schmitt:

[...] não seria possível existir uma violência pura, isto é, absolutamente fora do direito, porque, no estado de exceção, ela está incluída no direito por sua própria exclusão. O estado de exceção é, pois, o dispositivo por meio do qual Schmitt responde à afirmação benjaminiana de uma ação humana inteiramente anômica.

No entender de Agamben, Schmitt abandona a distinção entre poder constituinte e poder constituído, apresentada em seu livro sobre a ditadura de 1921, substituindo-a pelo conceito de decisão, a fim de responder à reflexão benjaminiana sobre a possibilidade de existência de uma violência fora do controle ou de uma relação com a forma jurídica. O *jurista da coroa* elabora sua teoria da soberania em *Teologia Política* com o propósito de “neutralizar a nova figura de uma violência pura” elaborada por Walter Benjamin (AGAMBEN, 2004, p. 86).

Segundo Agamben (2004, p. 84):

A violência soberana na *Politische Theologie* responde à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, é em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema. Que esse lugar não seja externo nem interno ao direito, que a soberania seja, desse ponto de vista, um *Grenzbegriff*, é a consequência necessária da tentativa schmittiana de neutralizar a violência pura e garantir a relação entre anomia e o contexto jurídico.

A partir de tais considerações, é importante lembrar que, para Benjamin, o que interessa é romper com a dialética perversa entre violência instituinte do direito e violência conservadora da forma jurídica, por meio, exatamente, da violência pura ou divina, pois, como visto, para Schmitt, a pretensão é de inscrição de toda e qualquer imagem da violência nas estruturas da forma jurídica, que ficam sob a égide do soberano e de sua decisão. O poder soberano poderá afirmar o jurídico mesmo quando se valer da decisão soberana a respeito de sua suspensão, o que traz a tona o espaço anômico da exceção.

Analisando mais detidamente os argumentos do debate Benjamin-Schmitt, Agamben se aproxima de outros textos, em especial do texto benjaminiano sobre o *Drama Barroco*, que para o filósofo italiano pode ser lido “como uma resposta à teoria schmittiana da soberania” (AGAMBEN, 2004, p. 87). Agamben observa as considerações de Sam Weber a respeito das modificações terminológicas de Benjamin em relação à teoria schmittiana, que demonstra a existência do diálogo e a defesa de Benjamin de uma “teoria da indecidibilidade” ou da “indecisão soberana”, e “exatamente aqui se faz mais estreito o entrecruzamento entre leitura e contra-leitura” (AGAMBEN, 2004, p. 87).

Conforme Agamben (2004, p. 88):

A cisão entre o poder soberano e seu exercício corresponde exatamente à cisão entre normas do direito e normas de realização do direito, a qual, no *Die Diktatur*, era a base da ditadura comissária. Ao contra-ataque com que Schmitt, na obra *Politische Theologie*, à crítica benjaminiana da dialética entre poder constituinte e poder constituído – havia introduzido o conceito de decisão, Benjamin responde criticando a distinção schmittina entre a norma e sua realização. O soberano, que, a cada vez, deveria decidir a respeito da exceção, é precisamente o lugar em que a fratura que divide o corpo do direito se torna irrecuperável: entre *Macht* e *Vermögen*, entre poder e seu exercício, abre-se uma distância que nenhuma decisão é capaz de preencher.

É, nesse sentido, que, em tintas benjaminianas, Agamben afirma que “o paradigma do estado de exceção não é mais, como na *Politische Theologie*, o milagre mas, sim, a catástrofe” (AGAMBEN, 2004, p. 88)

Ainda, para o filósofo italiano:

É essa escatologia branca – que não leva a terra a um além redimido, mas a entrega a um céu absolutamente vazio – que configura o estado de exceção barroco como catástrofe. E é ainda essa escatologia branca que quebra a correspondência entre soberania e transcendência, entre monarca e Deus, que definia o teológico-político schmittiano (AGAMBEN, 2004, p. 89).

Nessa linha argumentativa, Agamben destaca uma nova característica do estado de exceção, para além do limiar entre um dentro e um fora, uma *exclusão inclusiva*, entre anomia e forma jurídica, articulada pela força de lei, ou seja, por uma lei que, em sua suspensão, se aplica por inteiro ou está em vigor, mas, sim, o estado de exceção “é, antes, uma zona de absoluta indeterminação entre anomia e direito [...]”. (AGAMBEN, 2004, p. 89).

Para Agamben (2004, p. 90), “o documento decisivo no dossiê Benjamin-Schmitt é, certamente, a oitava tese sobre o conceito de história [...]”. Importa notar que a relevância desse escrito de maturidade de Benjamin não está na possível leitura, no sentido de que o filósofo frankfurtiano teria radicalizado com sua teoria da indecisão, ao afirmar a exceção como regra, mas, sim, que tanto Benjamin como Schmitt estavam diante de um Estado (o Reich nazista) em que a exceção decretada em 1933 durou mais de uma década.

Após analisar mais algumas questões e considerações apresentadas por Benjamin e Schmitt, Agamben volta a destacar que o essencial, em jogo, neste debate, é o reconhecimento da exceção como um espaço anômico que lança luz sobre a relação entre direito e violência e que se relaciona com a vida humana, reconhecendo, ainda, “em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana” (AGAMBEN, 2004, p. 92).

Ao revisitar o debate, como diz Agamben, e ao se valer de outro debate que envolve questões metafísicas e que configurou as linhas de investigação a respeito do tema, de gigantes, o filósofo italiano tenta demonstrar como é que, por meio de uma zona anômica, configura-se a exceção; como é que por meio de sua suspensão, a forma jurídica se relaciona como dispositivo e inclui a vida nua no centro da arena política, nas palavras de Agamben (2004, p. 93) “tudo acontece como se o direito e o *logos* tivessem necessidade de uma zona anômica (ou alógica) de suspensão para poder fundar sua referência ao mundo da vida”.

O título do presente capítulo, portanto, acompanha a reflexão de Agamben, na medida em que ao suspender a vigência da norma, abre-se um “espaço vazio: anomia, *vacuum* jurídico”, de tal modo que “para o direito, esse espaço vazio é o estado de exceção como dimensão constitutiva. A relação entre norma e realidade implica a suspensão da norma” (AGAMBEN, 2004, p. 93). Assim, de acordo com Vera Chueiri (2005, p. 93) “o Estado de exceção estabelece uma relação escondida, porém fundamental entre o direito e a ausência de direito, espaço este ou vazio, o qual é constitutivo do próprio direito”.

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2010, p. 159)

Isso significa que o estado de exceção – que nesse sentido tomo como sinônimo de estado de emergência e estado de sítio – constitui aquele vácuo normativo, que não é nem deve ser considerado pelo jurista como um pressuposto, ou como uma condição lógico-transcendental da teoria constitucional, mas como a situação excepcional que precede a ordem, que deve ser antes criada e garantida para que justamente não se configure um caos, posto que nenhuma norma pode ser aplicada ao caos. A decisão sobre o estado de exceção cria aquela situação média homogênea, aquela configuração normal das relações políticas, que é condição efetiva e real de possibilidade (não em sentido de exigência lógica pressuposta) para aplicação de normas, como validade e sentido do ordenamento jurídico.

Ao tomar os termos do debate entre gigantes, Agamben irá considerar o vazio normativo da exceção que suspende a norma como espaço anômico que, em tintas benjaminianas, representa uma ficção jurídica, pois pretende manter o direito em relação com a anomia pela suspensão da ordem jurídica, por meio dos decretos com *força de lei*, o que, em contrapartida, poderá acarretar a eclosão de guerra civil e violência revolucionária (pura), “isto é, uma ação humana que renunciou a qualquer relação com o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 92).

Ainda, destaca Agamben (2004, p. 93) que:

Mas o que é igualmente essencial para a ordem jurídica é que essa zona – onde se situa uma ação humana sem relação com a norma – coincide com uma figura extrema e espectral do direito, em que ele se divide em uma pura vigência sem aplicação (a forma de lei) e uma aplicação sem vigência: a força de ~~lei~~.

Nesse momento, é possível aproximar a reflexão de Castor Ruiz (2011, p. 36) como uma crítica ao Estado de Direito a partir da exceção, pois o estado de exceção:

[...] se caracteriza por suspender, total ou parcialmente, o direito sobre a vida humana. Ao suspender o direito, a vida humana fica reduzida à mera vida natural, é uma vida desprotegida. No estado de exceção, a vida humana se torna totalmente vulnerável e por isso plenamente controlável

Por fim, segundo os argumentos de Benjamin, apresentados em sua carta datada de 11 de agosto de 1934 e destinada ao seu amigo Scholem, Agamben destaca a forma jurídica e o estado de exceção como dispositivos de captura da vida nua por meio da força de ~~lei~~, que, para Benjamin, não se trata mais de lei, mas, sim, de vida; desse modo, há uma total indistinção entre lei e vida capturada (incluída) pela exceção (exclusão da ordem jurídica). Assim, analisando mais proximamente a exceção como vazio normativo, tentar-se-á uma apreciação da crítica de Agamben ao Estado de Direito e às democracias ocidentais, a partir da exceção, cumprindo um itinerário de investigação acerca de alguns temas pertinentes para este exame, o que será objeto de apreciação a seguir.

3.2 Sujeito de Direito e Vida Nua: exceção, *banimento* e a possibilidade de retirada de direitos do *homo sacer*

Para prosseguirmos com a reflexão a respeito do estado de exceção, bem como da exceção como vazio normativo que, como veremos, a lei irá se confundir com a vida capturada pelos dispositivos de poder, com o biopoder, parece importante retomarmos algumas noções já apresentadas anteriormente.

O que se apresenta como fundamental, neste momento, é observar a possibilidade vislumbrada por Agamben de uma retirada de direitos com a exposição da vida à verossímil violência existente no estado de exceção. Aqui, torna-se particularmente importante a

aproximação, novamente, da ideia de sujeito de direito e sua relação com a vida nua por meio da exceção. A figura do sujeito de direito se apresenta fortemente atrelada ao aparecimento da noção de Estado-nação e, mais ainda, do Estado de Direito cunhada pelo liberalismo.

Nessa linha de análise, é com o surgimento do Estado de Direito liberal e a subida ao poder da burguesia, que se entrelaçam a ideia de necessidade de limitação do poder e intervenção estatal, na ordem dos interesses privados e do mercado e a pretensão expansionista do modo de produção capitalista. Por conseguinte, o indivíduo passa a ser possuidor de direitos e é pensado dentro da abstração universal do sujeito de direito, considerado um fim em si mesmo, adquirindo personalidade reconhecida pelo ordenamento jurídico, bem como a condição formal da igualdade (RADBRUCH, 2004, p. 191).

Segundo Radbruch (2004, p. 192):

[...] Ser pessoa significa ser um fim em si. O homem não é pessoa enquanto ser vivente composto de corpo e alma, mas porque, segundo o ponto de vista da ordem jurídica, representa um fim em si [...]. Certamente, na determinação conceptual filosófico-jurídica do sujeito de direito, este é visto como um “ser”, considerado pelo direito como um fim em si.

Ainda, no que diz respeito à questão do sujeito de direito e do reconhecimento da personalidade jurídica, importa retomar algumas considerações de Kelsen a respeito desse tema, pois, para o jurista tcheco, não é o indivíduo necessariamente que é considerado sujeito de direito, mas, sim, sua conduta. Diante disso, a personalidade jurídica advém do ordenamento jurídico, o que significa dizer que a personalidade jurídica é atribuída e reconhecida pelo ordenamento, e o conjunto de direitos e deveres que integram e constituem essa personalidade, está ligado à conduta do indivíduo, considerada esta última como a unidade complexa dos referidos direitos e deveres. Portanto, “a chamada pessoa física não é, portanto, um indivíduo, mas a unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo”, assim, “também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade” (KELSEN, 1991, p. 185-187).

Segundo Kelsen (1991, p. 187-187):

“Ser pessoa” ou “ter personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos [...]. A pessoa física ou jurídica que “tem” – como sua portadora – deveres jurídicos e direitos subjetivos é estes deveres e direitos subjetivos, é um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos cuja unidade é figurativamente expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão somente a personificação desta unidade.

[...] Somente através da conduta humana pode um direito ser exercido e um dever ser cumprido ou violado. Por isso, não pode a referência ao homem (a conexão com o homem) ser o momento através do qual a pessoa física ou natural se distingue da pessoa jurídica ou artificial. Por isso, também não pode a chamada pessoa física ser definida – em contraposição à pessoa jurídica – como um indivíduo de certo modo qualificado – qualificado, a saber, através do fato de possuir direitos e deveres. Uma tal definição deve ser rejeitada tanto quanto a definição do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido. Assim como o direito subjetivo não é um interesse – protegido pelo Direito -, mas a proteção jurídica de um interesse, assim também a pessoa física não é o indivíduo que tem direitos e deveres mas uma unidade de deveres e direitos que têm por conteúdo a conduta de um indivíduo. [...] Dizer que o homem é sujeito jurídico, isto é, sujeito de direitos e deveres, não significa – como foi expressamente acentuado acima – senão que a conduta humana é conteúdo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, e, portanto, o mesmo que dizer que um homem é uma pessoa ou tem personalidade.

Apesar das diferenças existentes nas posições de Kelsen e Radbruch, importa considerar que, em ambos os casos a ideia de sujeito de direito e/ou pessoa jurídica é o elo de ligação entre a vida natural e o poder político, conexão que é feita pelo *médium* da forma direito, ou se preferirmos, pela imagem do contrato.

Não obstante, ambas as perspectivas teóricas, a normativista de Kelsen, para quem *a pessoa jurídica é o complexo de direitos e deveres unificado por sua conduta*, bem como a de Radbruch, que considera o sujeito de direito apenas uma abstração do indivíduo como detentor de uma personalidade jurídica, que é caracterizada como um fim em si, já receberam duras críticas do ponto de vista que leva em consideração a instrumentalização dos sujeitos históricos pelas estratégias econômicas; de modo que podemos dizer que tal crítica pode ser estendida à forma jurídica colonizada pela racionalidade instrumental do poder e do mercado.

Após a queda do regime feudal, que aparentemente não explicitava plenamente figuras jurídicas completamente desenvolvidas, ou a ideia de um sistema de direitos separado e independentemente da esfera da religião, dos cultos e dos costumes, pode-se firmar o surgimento da figura do sujeito de direito; significa dizer, é no cenário das relações de produção capitalistas que eclode a ideia da defesa das liberdades individuais, tendo como corolário que no mercado, todos são livres para contratar, a saber: o trabalhador, para vender sua força de trabalho, e o capitalista, para compra-lá. Assim, pode-se observar que, na origem da relação estatal, se encontra uma figura que legitima as relações sociais como uma troca ininterrupta de mercadorias e que transforma estas relações em relações jurídicas; o contrato é a figura jurídica que representa esta relação, logo, “toda relação jurídica entre os Sujeitos é o avesso entre os produtos do trabalho tornados mercadorias” (PACHUKANIS, 1989, p. 54).

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 29):

O momento jurídico, a forma direito, cujo núcleo conceitual é formado pela ideia de contrato, é o duplo social da forma mercantil. Sob essas coordenadas, o momento jurídico alcança sua completa determinação como elemento *configurador das relações sociais*. Antes disso, a forma direito existe apenas embrionariamente, indiscernível das esferas da moralidade, dos costumes e da religião.

Percebe-se que o sujeito de direito é relacionado às ideias de liberdade e de propriedade, consistindo esse último sujeito em proprietário das mercadorias força de trabalho (trabalhador) e dinheiro (capitalista) (GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 29).

De acordo com Pachukanis (1989, p. 82), “a propriedade somente se torna fundamento da forma jurídica enquanto livre disposição de bens no mercado. A categoria sujeito serve, então, precisamente, como expressão geral dessa liberdade”. O homem, súdito que se torna cidadão livre e sujeito de direitos por meio de sua autodeterminação, passa também a possuir a propriedade de si mesmo, o que o torna, na perspectiva dos oprimidos (trabalhadores), uma mercadoria dentro do modo de produção capitalista, de tal modo que a forma jurídica encobre a dominação estrategicamente exercida.

Para Pachukanis (1989, p. 89):

[...] Deste ponto de vista, o que é próprio do homem, como ser animado e provido de vontade racional, é ser sujeito de direito. Em realidade a categoria sujeito de direito é evidentemente abstraída do ato de troca que ocorre no mercado. É precisamente nesse ato de troca que o homem realiza praticamente a liberdade formal de autodeterminação. A relação do mercado transforma esta oposição entre o sujeito e o objeto em um significado jurídico particular. O objeto é a mercadoria, o sujeito é o proprietário de mercadorias que delas dispõe no ato de apropriação e de alienação. É precisamente no ato de troca que o sujeito manifesta, primeiramente, toda a plenitude de suas determinações.

Nesse contexto, nota-se que os produtos do trabalho humano transformam-se em mercadorias e se comportam no mercado como sujeitos, pois estes últimos é que levam as mercadorias até o domínio das relações mercantis; logo, os fenômenos sociais, direito subjetivo e valor, que são atribuídos aos objetos enquanto produtos do trabalho, podem se relacionar. Dessa maneira, “o fetichismo da mercadoria é completado pelo fetichismo jurídico” (PACHUKANIS, 1989, p. 90).

Ainda, destaca Pachukanis (1989, p. 94) que:

O sujeito de direito é, em conseqüência, um proprietário abstrato e transposto para as nuvens. Sua vontade, em sentido jurídico, possui seu fundamento real no desejo de alienar na aquisição e de adquirir na alienação. Para que esse desejo se realize é necessário que os desejos dos proprietários de mercadorias concordem reciprocamente. Juridicamente esta relação exprime-se como contrato, ou como acordo entre vontades independentes [...].

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 29):

Assim, o direito é o dispositivo que possibilita e assegura o funcionamento das relações de troca, garantindo a produção de um sobrevalor, o elemento dinâmico do processo de valorização do capital. A mais valia tem origem na exploração do trabalho, na alienação do trabalhador em relação ao produto de seu trabalho e ao próprio processo de produção – então, o direito é a perpetuação sistêmica da exploração, a forma de reprodução mecânica, necessária, inexorável (mítica) da dominação do homem pelo homem. O direito, e o Estado que dele extrai sua substância, representam a expressão mitológica da fetichização das relações humanas. Se as mercadorias relacionam-se entre si como fetiches, como hipóstases de sujeitos humanos; os homens comportam-se entre si, em suas relações sociais, como se fossem exteriorizações das próprias mercadorias.

Portanto, o surgimento da figura do sujeito de direito, como se vê, está ligado à noção de reconhecimento de personalidade; isso significa que a pessoa é quem detém plena capacidade jurídica (reconhecimento como um fim em si e o complexo de direitos e deveres unificado em sua conduta) e, ao mesmo tempo, é o fundamento do conceito abstrato de direito. Do mesmo modo, tratando-se da forma jurídica, deve-se ter em referência a ideia de personalidade e, ainda, notar-se que tais noções se encontram atreladas ao surgimento das relações sociais de produção capitalista, no interior da qual a troca de mercadorias abrange, inclusive, a força de trabalho humana.

Sob essas coordenadas, é curioso observar a existência de mecanismos jurídicos derivados, possivelmente, das declarações de direitos, que objetivam a garantia dos direitos fundamentais conquistados, como é o caso, por exemplo, de institutos como a cláusula de proibição de retrocesso, bem como a garantia do mínimo existencial.

Ocorre que, se levarmos em consideração as hipóteses levantadas por Agamben, que é provocado pela reflexão de Hannah Arendt, a respeito do deslocamento da soberania como monopólio estatal, passando, agora, a figurar na ideia de autodeterminação; ou seja, a soberania se torna popular e, nesta medida, se relaciona com a cidadania, há possibilidade de

verificação de retirada de direitos de pessoas que não se enquadrem nos modos em que se desenvolvem as relações sociais.

Acompanhando Arendt, a reflexão do filósofo italiano quer lançar luz para a possibilidade do reconhecimento de pessoas não integráveis ao sistema social ou econômico, como fora o caso citado por Arendt dos apátridas²¹; por conseguinte, com o reconhecimento da exceção como dispositivo de poder que atua sobre o vivente em conjunto com a forma jurídica, é possível concordar com Agamben a respeito da possibilidade de produção de um corpo biopolítico “fabricado” pelo poder soberano por meio da exceção, na medida em que há uma total retirada de direitos e negação da personalidade destes indivíduos (AGAMBEN, 2007, p. 14).

O argumento de Arendt demonstra a tentativa de cuidar do problema dos apátridas não mais como pessoas sem Estado, mas, sim, como deslocados de guerra, e é possível perceber que Agamben irá pensar esta noção de um ponto de vista mais amplo. Os deslocados de guerra são, agora, pensados, a partir da exceção em sua relação de *bando*: significa dizer que há uma ampliação que não se restringe ao reconhecimento de pessoas que são deslocadas em virtude dos conflitos políticos bélicos, mas, também, para toda sorte de *exclusão includente*, significa dizer, de abandono. Ainda, como o objetivo de Agamben é dar continuidade aos trabalhos desenvolvidos por Arendt e Foucault, neste momento, é importante lembrar que o filósofo italiano retoma a distinção entre *zoé* (vida natural) e *bíos* que indica a vida qualificada pelo político, a fim de demonstrar que há uma zona de indistinção em que estas noções se colocam em relação. Dessa forma, a pretensão de Agamben é demonstrar que, atualmente, o que está em jogo e é lançado ao centro da arena política é exatamente a noção de mera via ou vida nua. Isto posto, a vida natural é capturada pelos dispositivos do biopoder, tanto pela forma jurídica quanto pela exceção, e colocada à base do ordenamento jurídico e à mercê da decisão soberana.

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 28):

A noção de biopoder embasa uma crítica do contrato social, mito de fundação da modernidade, cuja hegemonia atrela as categorias da política à figura do Estado, como organização jurídica da *civitas*. Essa crítica permite pensar o bando, e não o contrato, como forma originária da política moderna, ao mesmo tempo em que a exceção se revela como a estrutura e a verdade da norma; serve de apoio para essa derivação uma homologia estrutural entre

²¹ Segundo Hannah Arendt (1979, p. 362): “Até a terminologia aplicada ao apátrida se deteriorou. A expressão ‘povos sem Estados’ pelo menos reconhecia o facto de que essas pessoas haviam perdido a protecção do seu governo e tinham necessidade de acordos internacionais que salvaguardassem a sua condição legal. A expressão ‘deslocados de guerra’ (*displaced persons*) foi inventada durante a guerra com a finalidade única de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar sua existência”.

bando (de *Bann*, ao mesmo tempo insígnia da soberania e de prerrogativa de banir) e exceção (ex-capere = capturar fora). Soberano é o poder de punir, de banir; banir é excluir um condenado da esfera de proteção, da paz conferida pelo ordenamento jurídico-político. O ban(d)ido é o sem paz (*Friedlos*), aquele a quem a lei se aplica por desaplicação, cujo efeito é uma vinculação negativa, isto é, consiste em ser capturado fora do ordenamento societário. O *Friedlos* do direito germânico arcaico é um ancestral do *homo sacer* [...]

Ao partir Agamben das noções de *bando* e exceção como estatutos jurídico-político originários, torna-se possível uma crítica não só aos discursos dos direitos humanos, mas, também, ao mito de fundação do Estado e a institutos muito caros ao constitucionalismo contemporâneo, como já mencionado no início deste tópico. Ademais, o que se pretende demonstrar é que, levadas em consideração as hipóteses e os argumentos de Agamben, torna-se verossímil a possibilidade de *banimento* daquele que se reivindica sujeito de direito, na medida em que se apresente como uma pessoa não integrável ao sistema e as suas estratégias, em especial ao sistema econômico, significa dizer ao mercado.

Ora, se expressa, novamente, a relação de exceção, ou seja, a possibilidade de uma *exclusão includente*, que anuncia a exclusão do sujeito de direito com a retirada da esfera de proteção da forma jurídica, por meio da inclusão da exceção; significa dizer: a atuação da decisão soberana sobre a exceção, que se apresenta como aplicação do ordenamento na sua suspensão, excluirá as garantias jurídicas do sujeito de direito com a inclusão daquilo que se encontrava fora do ordenamento, mas em relação com ele, que é a zona de anomia ou de vazio normativo que caracteriza a exceção e que faz com que apareça a vida nua.

Diante disso, retomando um ponto do pensamento de Agamben que recebe duras críticas, que diz respeito à sua crítica às declarações de direitos, a partir de tais coordenadas, tornam-se compreensíveis tais abordagens feitas pelo filósofo italiano às declarações de direito, pois ele as compreende “como dispositivo de inserção da vida no campo de incidência da decisão soberana” (GIACCOIA JUNIOR, 2013, p. 28), o que não significa negar sua vertente de garantia das liberdades e limitação do poder soberano; contudo, sua compreensão é de que estas declarações atuam como mecanismos de captura e, portanto, não poderão bloquear a atuação do poder soberano no que diz respeito à produção do corpo biopolítico expresso pela vida nua quando da ocorrência da situação limite, significa dizer, quando por meio da decisão se der o aparecimento do estado de exceção.

Podemos avaliar que Agamben pretende considerar esta inserção da vida no campo de incidência da decisão soberana sobre a exceção como representando um conceito-limite, “uma esfera-limite do agir humano que se mantém unicamente em uma relação de exceção.

Esta esfera é a da decisão soberana, que suspende a lei no estado de exceção e assim implica nele a vida nua” (AGAMBEN, 2007a, p. 90).

É curioso observar que, ao se referir criticamente às declarações de direito, Agamben tem de enfrentar a questão da ideia de direitos sagrados e inalienáveis que corresponde à imagem contemporânea dos direitos humanos, ideia esta mais fortemente ligada à concepção de sacralidade da vida humana materializada na noção de dignidade, que ganha os ordenamentos jurídicos ocidentais, muito especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Seguindo as suspeitas benjaminianas, Agamben (2007a, p. 74) afirma que “suspeito [...] que aquele que aqui é proclamado sagrado seja precisamente o que, segundo o pensamento mítico, é o ‘portador destinado a culpa: a vida nua’, quase como se uma cumplicidade secreta fluísse entre a sacralidade da vida e o poder do direito”.

O filósofo italiano, então, irá se valer da figura do *homo sacer*, existente no direito romano, a fim de justificar sua hipótese da possibilidade de *abandono* da vida nua aos cálculos e estratégias do poder, mais precisamente um abandono da vida à mercê da decisão soberana. Nesta figura, é importante considerar a probabilidade de retirada de direitos e negação de identidade ou personalidade vinculada à ideia de cidadania, tendo em vista a suspensão do ordenamento jurídico, que se aplica para a figura do *homo sacer* por desaplicação, restando, talvez, apenas o caráter sagrado da vida. Contudo, esta característica é observada por Agamben como pertence à noção de conceito-limite, pois do mesmo modo que na exceção soberana a lei se aplica ao fato desaplicando-se, “do mesmo modo o *homo sacer* pertence a Deus na forma da insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade” (AGAMBEN, 2007a, p. 90).

Para Agamben (2007a, p. 91):

[...] Aquilo que é capturado no *bando* soberano é uma vida humana matável e insacriticável: o *homo sacer*. Se chamamos vida nua ou vida sacra a esta vida que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano [...]. Sacra, isto é, matável e insacriticável, é originariamente a vida no *bando* soberano, e a produção da vida nua é, neste sentido, o préstimo original da soberania. A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.

Ora, a sacralidade da vida, tomando a forma de dignidade humana, que é tão cara aos ordenamentos jurídicos ocidentais, servindo mesmo como pilar do Estado Democrático de Direito, pode não representar, de forma insofismável, o colocar a salvo do sujeito de direito, mas, sim, lançar um feixe de luz sobre uma estrutura jurídico-política originária que se

expressa como uma zona de indistinção entre “sacro e profano, entre religioso e jurídico” (AGAMBEN, 2007, p. 81), e, é em tal esfera vazia de normatividade, que atua o poder soberano com a possibilidade de matar sem cometer homicídio e, ao menos, de celebrar um sacrifício e, ainda, “*sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera*” (AGAMBEN, 2007, p. 91).

Para Agamben, a figura do *homo sacer* “trata-se de uma ambigüidade que parece inerente ao vocabulário do sagrado: o adjetivo *sacer* [...] significaria tanto ‘augusto, consagrado aos deuses’, como ‘maldito, excluído da comunidade’”. (AGAMBEN, 2007b, p. 68). Aqui, podemos lembrar a figura do homem lobo (*lobisomem*), do *wargus*, do *friedlos*, do sem paz, vida contra a qual se poderia investir com violência e sua morte não significaria homicídio, bem como, também, não configurava um sacrifício, a relação com esta vida, que é banida, se dá de forma negativa, por meio de uma *exclusão includente*, a saber: a vida do homem lobo é exposta a toda sorte de violência, pois não tem mais a garantia da forma jurídica, uma vez que esta última está sendo aplicada por sua suspensão, tampouco pode significar um sacrifício, na medida em que sua vida é maldita e, por este motivo está banido da comunidade.

A respeito do *homo sacer*, destaca o filósofo italiano que:

[...] na expressão *homo sacer*, o adjetivo parece designar um indivíduo que, tendo sido excluído da comunidade, pode ser morto impunemente mas não pode ser sacrificado aos deuses [...]. Um homem sagrado, ou seja, pertencente aos deuses, sobreviveu ao rito que o separou dos homens e continua levando uma existência aparentemente profana entre eles. No mundo profano, é inerente ao seu corpo um resíduo irreduzível de sacralidade, que o subtrai ao comércio normal com seus semelhantes e o expõe à possibilidade da morte violenta, que o devolve aos deuses aos quais realmente pertence; considerando, porém, na esfera divina, ele não pode ser sacrificado e é excluído do culto, pois sua vida já é propriedade dos deuses e, mesmo assim, enquanto sobrevive, por assim dizer, a si mesma, ela introduz um resto incongruente de profanidade no âmbito do sagrado (AGAMBEN, 2007a, p. 81).

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2013, p. 30):

Direitos inalienáveis (“sagrados”) seriam a expressão simbólica do domínio econômico burguês, a tradução legal do princípio dos egoísmos privados. O que se encontra em jogo no projeto *Homo Sacer* é o seqüestro da “vida nua” nos cálculos e estratégias do poder biopolítico, formulada na gramática e no léxico dos direitos do ser humano universal

Com referida caracterização, é possível afirmar que a vida do *homo sacer* se situa no limiar, entendido aqui como fronteira da exceção, entre a matabilidade e a insacrificabilidade de sua vida, fora, portanto, tanto do direito humano quanto do direito divino (AGAMBEN, 2007a, p. 81). É, nesse sentido, que podemos compreender a inclusão das vidas que não são incluídas como adequadas ao conceito de sujeito de direito universal, que não se adéquam à ideia de personalidade garantida pela forma jurídica e ao sistema econômico vigente como semelhantes à vida do *homo sacer*; significa dizer que a vida dos oprimidos, das minorias e dos refugiados, por exemplo, são verdadeiramente vidas nuas.

O sequestro da vida nua estaria, desse modo, ligado à atuação da decisão soberana com o reconhecimento da situação de exceção por meio dos decretos com força de lei que suspendem o ordenamento jurídico, bem como por meio da atuação da forma jurídica enquanto normatividade que reconhece direitos, contudo, tem sua vigência enquanto pura forma de lei, sem nenhuma implicação prática do ponto de vista de garantia ou de efetividade desses direitos.

Para Castor Ruiz (2011, p. 42), o exemplar da vida nua é o excluído social, pois:

Nele, a correlação ordem exceção se inverte a ponto de que não é a exceção que suspende a ordem, senão que a própria exceção se torna a ordem, ou seja, a exceção é seu modo normal de vida. Para o excluído social, a exceção se tornou sua norma, criando o paradoxo jurídico e político de que, para ele, ascender à ordem social, ou seja, usufruir os direitos constitucionalmente reconhecidos se torna uma forma excepcional de vida, já que esses direitos lhe são negados de fato na sua condição de exceção normalizada.

Assim, podemos afirmar que, do ponto de vista jurídico, a vida nua se assemelha aos *displaced persons* de Arendt; é a forma de vida que decorre da retirada de direitos, da privação de cidadania (desnacionalização), pela qual a falta de reconhecimento gera a exposição à violência, colocando a vida num vazio normativo, sem nenhuma garantia ou salvaguarda jurídico-política (NASCIMENTO, 2012, p. 169). Podemos ainda levar em consideração a perspectiva schmittiana da relação amigo-inimigo como o critério do político, e, nessa linha argumentativa, caracterizar a relação política como uma luta inevitável, em que se farão presentes essas duas figuras (SCHMITT, 1968, p. 16-17): o inimigo é compreendido como *hostis*, portanto, como inimigo político (público), o que também autorizaria a eliminação de sua *persona*, isso significa dizer, de seus direitos fundamentais, fazendo surgir à vida nua, exposta a violência e a morte.

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2004, p. 16):

A vida nua, que desde sempre esteve em jogo como contraface e figura gêmea do poder bio-político - enquanto se abria como espaço de emergência da decisão soberana-, exhibe também hoje, sua aterradora fragilidade nos campos de refugiados palestinos, asiáticos e africanos, por exemplo, mas também emerge, em sua realidade pungente, dos porões sombrios da prisão símbolo de Abu-Ghraib. É o fenômeno da vida nua que se expõe também nos macabros depósitos de corpos humanos confinados em presídios brasileiros, trazendo à memória que a materialidade do poder sobre os corpos dos indivíduos e das populações simplesmente *sempre esta aí* – mesmo nas origens do moderno estado democrático de direito

Por fim, seguindo o exemplo de Castor Ruiz e Giacoia Junior que dizem respeito aos oprimidos, podemos somar outros exemplos, como o caso dos judeus exterminados pelo *Reich* nazista, oportunidade em que os hebreus eram aprisionados em campos de extermínio e expressavam a figura da vida nua, pois haviam sido cuidadosamente retirados todos os direitos “sagrados” desse sujeito de direito universal, bem como direitos ligados à ideia de cidadania, uma vez que, mesmo sua eventual cidadania de segunda classe foi negada, com a manutenção apenas de sua identidade de judeu; esta é, segundo Agamben, a mesma condição com a qual devemos olhar o problema dos refugiados políticos, afirmando ser preciso “desembaraçar resolutamente o conceito de refugiado (e a figura da vida que ele representa) daquele dos direitos do homem, e levar a sério a tese de Arendt, que ligava os destinos dos direitos àqueles do Estado-Nação” (AGAMBEN, 2007a, p. 140). Para o filósofo italiano, a vida do refugiado expressa o conceito-limite para o qual se deve repensar a figura do homem de direitos ou sujeito de direito universal, reconhecido pelo ordenamento jurídico no que diz respeito à sua personalidade e, nesta exata medida, inscrito nos cálculos e nas estratégias do poder soberano e do mercado, que, como visto, faz da relação jurídica o duplo das relações mercantis, bem como, com a retomada da manifestação do poder soberano enquanto decisão soberana, em forma de *fazer viver e deixar morrer*.

Após a exposição dos argumentos anteriores na tentativa de se pensar a proximidade verossímil do sujeito de direito e do *homo sacer*, este último representando a vida abandonada pela forma jurídica no centro do cenário político e do vazio normativo da exceção, parece importante determo-nos sobre as reflexões de Agamben acerca do estatuto jurídico não só da possibilidade de retirada de direitos dos oprimidos, mas, também, na caracterização da exceção, enquanto vazio normativo, como uma zona de indistinção entre fato e direito que colocará em destaque a indeterminação entre lei e vida, a ser doravante analisada.

3.3 Fato e direito: estatuto teórico da exceção e a indistinção entre lei e vida

Inicialmente, destaca-se que são muitas e diversas as opiniões a respeito do estatuto teórico da exceção, em especial no âmbito da teoria do estado e do direito público, uma vez que há uma enorme discordância se a exceção é uma questão de fato ou se pode ser caracterizada como um problema jurídico. Uma das questões que se mostra importante no estudo da exceção, de acordo com Andityas Matos (2012, p. 285) “é a que procura saber se o estado de exceção representa uma estrutura jurídica, política ou factual”.

Agamben destaca que, ao analisar a questão do estado de exceção nas tradições jurídicas ocidentais, verifica-se uma divisão tanto entre ordenamentos jurídicos quanto no nível da teoria, no que diz respeito à previsão ou regulamentação do estado de exceção pela ordem jurídica no texto constitucional ou por meio de leis, bem como autores que defendem esta possibilidade “e outros, dentre os quais se destaca Carl Schmitt, que criticam sem restrição a pretensão de se regular por lei o que, por definição não pode ser normatizado” (AGAMBEN, 2004, p. 22).

No contexto europeu, ressalta o filósofo italiano, houve um momento de especial destaque para a teoria do estado de exceção, decorrido no período entre os anos de 1934 e 1948, devido ao “desmoronamento das democracias européias” (AGAMBEN, 2004, p. 17). Alguns autores se notabilizam na investigação acerca deste tema como Herbert Tingsen, Frederick Watkins, Carl Friedrich e Clinton Rossiter, todos eles, de uma forma ou de outra, partindo da teoria da ditadura constitucional schmittiana, surgida no livro de Schmitt sobre a ditadura de 1921 (AGAMBEN, 2004, p. 17-18).

Ainda, entre os autores que se põem a pensar uma teoria do estado de exceção, bem como incluir este no ordenamento jurídico, o pensador italiano cita como referenciais Santi Romano, Hauriou e Mortati. Não obstante, compreendendo o estado de exceção como direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua autopreservação, destacam-se Hoerni, Ranelletti e Rossiter. No que diz respeito aos autores que compreendem o estado de exceção como um fenômeno político ou, no mínimo, extra-jurídico, Agamben elenca os nomes de Biscaretti, Ballardore-Pallieri e Carré de Malberg (AGAMBEN, 2004, p. 38).

Andityas Costa Matos (2012, p. 287) considera que:

Todavia, em todas as definições dessas correntes se mostra o caráter propriamente fluido do estado de exceção, que, podemos dizer, *é algo* na mesma medida que o *nega*. Daí o desacerto daqueles que pretendem reconduzir a exceção a um pólo extremo seja o da juridicidade ou o da

factualidade. Parece-nos que a exceção constitui, mais do que um híbrido entre direito e fato, uma realidade movediça que se põe enquanto *medida* entre o jurídico e o factual, estando, como bem se expressa Sante-Bonnet, no centro da relação entre pressão dos fatos e estabilidade jurídica, mediando – e problematizando – as possibilidades acabadas do Direito Público e do fato político. Assim, o estado de exceção se mostra como algo menos do que a revolução, mas mais do que simples luta política.

É importante notar que, ao se revisitar, nesse momento, o estatuto teórico da exceção, apontando em direção à polêmica questão de sua caracterização como uma situação factual ou de direito, o que se pretende pôr em destaque é a necessidade de se observar algumas questões já apresentadas na primeira parte desta investigação e que reaparecem aqui. Para seguirmos o percurso de Agamben devemos considerar o paradoxo da soberania (“o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora da lei”) e a questão decisional que se relaciona com a forma de direito como criação de um espaço de relação de *exclusão includente* em que se aproximam fato e direito ou a lei e a vida.

Segundo Vera Chueiri (2005, p. 97):

[...] O Estado de exceção não só sublinha a constituição aporética do direito mas, ao mesmo tempo, torna possível a instituição de um *lócus* (uma localização) para o estabelecimento da ordem jurídica, ainda que ele mesmo, o Estado de exceção, não seja localizável. Ele demarca uma linha entre o caos e a situação normal, embora não seja ele mesmo demarcável. A ordem (*o nómos*) e sua localização (a terra, o mundo), isto é, o *nómos da terra* não podem ser pensados em termos de uma relação meramente geográfica, de uma apropriação da terra, mas sim, o limiar entre o caos e a situação normal, o externo e o interno: eis a (situação de) exceção

Para analisar a polêmica existente na tradição jurídica ocidental acerca do estatuto teórico da exceção, Agamben também irá partir de Schmitt, em especial do texto *Teologia Política*, valendo-se do argumento schmittiano de que todo direito é um direito de situação, sendo a normalidade em que vigora a forma jurídica criada e garantida pela decisão soberana que não necessita do direito para criar o direito (SCHMITT, 1996b, p. 93).

Nas palavras de Schmitt (1996b, p. 92-93):

A exceção é o que não se pode acrescentar; ela subtrai-se à constituição geral, mas ao mesmo tempo revela um elemento formal jurídico específico, em sua pureza absoluta, que é a decisão. O caso excepcional só entra em sua forma absoluta quando, primeiro, é criada uma situação na qual as normas jurídicas possam ser válidas. Toda norma geral exige uma condição normal das relações de vida, nas quais ela tem que encontrar a sua aplicação tipificada e submetê-la à sua regulamentação normativa. A norma precisa de um meio homogêneo. [...] Não existe norma aplicável ao caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada

uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse estado normal é realmente predominante. Todo direito é um direito “situacional”. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão. É nisso que reside a essência da soberania estatal que, portanto, define-se corretamente 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. O caso de exceção revela com maior clareza a essência da autoridade estatal. Nesse caso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (formulando-a paradoxalmente) a autoridade prova que, para criar a justiça, ela não precisa ter justiça.

A transcrição se justifica na medida em que expõe os elementos que Agamben utiliza para apresentar a sua proposta teórica sobre o estatuto teórico do estado de exceção, quais sejam: a decisão soberana e a questão situacional da forma jurídica.

Com base em Schmitt, Agamben destaca que a decisão sobre a exceção aproxima os pólos factual e jurídico, uma vez que a forma jurídica necessita da exceção soberana para a criação e garantia da situação de normalidade de que precisa para sua vigência (AGAMBEN, 2007a, p. 25).

De acordo com Agamben (2007a, p. 25):

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma 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.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída.

Por meio da decisão soberana, a exceção é inscrita na estrutura da soberania e do *nómos*, o que demonstra que aquilo que – aparentemente - é exterior se mantém em relação com a norma a partir da suspensão desta última, significa dizer que “o particular ‘vigor’ da lei consiste nessa capacidade de manter-se em relação com uma exterioridade” (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Segundo Daniel Nascimento (2012, 116-117):

A decisão soberana representa a inscrição no corpo do *nómos* a exterioridade que o anima e lhe dá sentido. O confronto do *nómos* com a sua exterioridade é só aparentemente um acerto entre realidades antagônicas, uma vez que o que lhe é exterior é bem mais íntimo do que a primeira vista se possa pensar.

Sob estas coordenadas, é possível afirmar que, para Agamben, a situação criada pela exceção soberana não pode ser definida nem como uma situação meramente factual, nem como uma situação unicamente de direito, e, em realidade, a exceção “institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença” (AGAMBEN, 2007a, p. 26). Nas palavras do filósofo italiano, “não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei” (AGAMBEN, 2007a, p. 26).

Ademais, Agamben (2004, p. 39) ressalta que:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito ao patamar, ou a zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.

Dessa forma, a exceção para o filósofo italiano é um limiar de indiferença onde se indeterminam fato e direito, um vazio normativo de indistinção entre lei e vida, uma vez que a regra se refere e se aplica à vida por meio de sua suspensão. Portanto, a decisão sobre a exceção “não concerne nem a uma *quaestio iuris* nem a uma *quaestio facti*, mas à própria relação entre direito e fato” (AGAMBEN, 2007a, p. 33).

Com tais considerações, Agamben destaca o caráter normativo do direito no sentido de esquadro, que atua na realidade fática como poder normalizador, de tal modo que, ressalta-se a atuação da forma jurídica como regulamentadora da ação política a partir da relação de exceção; significa dizer da relação de *exclusão – includente*, em que ocorre a captura da vida do sujeito de direito e, ao mesmo tempo, o *abandono* que o transforma em vida nua, deixando-o a mercê do poder soberano, no centro de uma zona de indistinção entre lei e vida, que se configura como o lugar da soberania, dessa maneira, “o direito é norma no sentido de esquadro, de esquadrinhar a ambiência em que a vida se movimenta” (NASCIMENTO, 2012, p. 117).

Conforme Oswaldo Giacoia Junior (2004, p. 11):

Faz parte da lógica da normalização – e do exercício do poder normalizador fundado na norma – um jogo antitético de inclusão/exclusão, em que os antípodas interagem permanentemente num processo bipolar de inversão. Por meio dele, a norma se define tanto positivamente pela inclusão em seu domínio daquilo que sob ela se subsume, como também negativamente pela exclusão do que não se compreende em seu campo de incidência. Trata-se, todavia, de uma exclusão includente, posto que a norma exige, para sua própria compreensão, assim como para a produção do efeito geral por ela

visado (a partição entre normal e anormal), a referência necessária ao excluído de seu campo de extensão.

Não parece irrazoável levarmos em consideração, neste momento, a ideia que Agamben ressalta a respeito da Forma de Lei. Ao expor o estatuto teórico da exceção e a lógica da soberania, Agamben pretende demonstrar que a exceção soberana, em realidade, pode se apresentar como um espaço vazio de normatividade. Após a suspensão do ordenamento surge uma anomia em que a lei se confunde ou se indetermina com a vida, colocando em evidência a afirmação de que a lei aplica-se por desaplicação. Com o fim de comprovar a possibilidade desta indistinção, Agamben se vale da análise dos escritos e personagens de Kafka, em especial da lenda *Diante da lei* (AGAMBEN, 2007, p. 57).

Já analisamos a questão da forma da lei, que pode ser caracterizada como vigência sem significado, ou, na situação limite, caracteriza-se como indistinção entre lei e vida, na medida em que a pura forma de lei pode se referir à vida do ser vivente, a partir da relação de exceção; significa dizer que “segundo o esquema da exceção soberana, a lei aplica-se-lhe desaplicando-se, o mantém em seu *bando* abandonando-o fora de si” (AGAMBEN, 2007a, p. 57).

A indeterminação entre lei e vida é, para Agamben, uma das características essenciais do estado de exceção e, com o objetivo de justificar sua hipótese, ele analisa duas interpretações a respeito deste estado de coisas, a saber: a de Scholem, que o entende enquanto vigência sem significado e, por outro lado, a interpretação de Benjamin, para quem o estado de exceção “transmutado em regra assinala a consumação da lei e o seu tornar-se indiscernível da vida que devia regular” (AGAMBEN, 2007a, p.61).

Parece-nos que há uma clara predileção de Agamben pela hipótese de Benjamin e, neste momento, podemos tomar a caracterização da indistinção entre lei e vida como o surgimento do estado de exceção que se tornou a regra, possibilidade esta prevista no texto da oitava tese sobre o conceito de história, o que nos leva a retomar que a perspectiva da exceção como regra será percebida pelos oprimidos. Diante disso, a forma jurídica, enquanto pura forma de lei, como estado de exceção virtual, deixa subsistir, diante de si, a vida nua, e Agamben cita como exemplos personagens kafkianos como Josef K., ou as vidas daqueles que vivem na aldeia ao “pé do castelo”. Todavia, partindo de Benjamin e da possibilidade de um estado de exceção efetivo, em que a exceção se tornou a regra, “à lei que se indetermina em vida contrapõe-se, em vez disso, uma vida que, com um gesto simétrico mas inverso, se transforma integralmente em lei” (AGAMBEN, 2007a, p. 62).

Vera Chueiri (2005, p. 102) destaca que:

[...] Segundo Agamben, Benjamin escancara a relação entre violência pura e violência jurídica, entre Estado de exceção e violência revolucionária, do que, para Benjamin, na situação de exceção não se trata de uma lei que está em vigor e não se aplica (conforme sugere Schmitt e Scholem), mas sim de uma força (violência) que coincide ou, melhor, confunde-se com a vida.

Aqui podemos nos valer das reflexões de Primo Levi a respeito dos campos de extermínio nazi, pois Levi destaca o caráter de indistinção entre lei e vida existente nos campos de concentração, e ainda que o *Lager* “foi também, e em notável medida, uma gigantesca experiência biológica e social” (LEVI, 2013, p. 93).

Enfatiza Primo Levi (2013, p. 93) que:

Fechem-se entre arames farpados milhares de indivíduos diferentes em idade, condição, origem, língua, cultura e hábitos, e obriguem-se, nesse lugar, a um regime de vida constante, controlável, idêntico para todos e abaixo de todas as necessidades; é quanto de mais rigoroso um experimentador poderia instituir para estabelecer o que é essencial e o que é adquirido no comportamento do animal-homem perante a luta pela vida.

Além disso, Levi ressalta a figura existente no *Lager* do *muçulmano*, que ele caracteriza como os homens em fase de degradação ou que estão a sentir em maior grau os efeitos da violência extrema. Para se atingir esse estágio “basta cumprir todas as ordens que se recebem, comer só a ração, obedecer à disciplina do trabalho e do campo” (LEVI, 2013, p. 96). Primo Levi demonstra com este argumento que, não só nos campos de extermínio, havia um claro processo de indistinção entre lei e vida, mas, também, que é possível afirmar que o sujeito de direito, que é *abandonado*, capturado fora e incluído na estrutura do campo se torna o *muçulmano*, logo, o campo fabrica o corpo biopolítico do *muçulmano*.

De acordo com Oswaldo Giacoia Junior (2004, p. 11):

Desse modo, o investimento da biopolítica sobre a vida se faz por meio do exercício do poder normlizador, pela inclusão/exclusão de indivíduos e grupos nos processos econômicos, pelo ajustamento dos corpos aos aparelhos de produção, por meio de novas estratégias de gestão e administração de recursos, do capital, dos meios de produção, procedimentos e métodos de intensificação e majoração das forças produtivas, que naturalmente incidem sobre as forças do corpo. Todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global da população como os corpos dos indivíduos, na forma de um bio-poder [...]

Agamben aponta como um dos paradoxos do estado de exceção a situação na qual a transgressão da lei e o seu cumprimento se tornem indistinguíveis, “de modo que o que está

de acordo com a norma e o que a viola coincidem” (AGAMBEN, 2007a, p. 65). Para Agamben, “uma pura forma de lei é apenas a forma vazia da relação; mas a forma vazia da relação não é mais uma lei, e sim uma zona de indiscernibilidade entre lei e vida, ou seja, um estado de exceção” (AGAMBEN, 2007a, p. 66).

Torna-se possível, para o filósofo italiano, pensar que a relação entre o direito e a vida não se dá de outra maneira a não ser pela vida que é capturada pela *exclusão inclusiva* da *exceptio*; de modo que, o direito se nutre desta vida capturada fora, que foi excluída; importa dizer da vida *abandonada* do *homo sacer* e, dessa maneira, “ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta” (AGAMBEN, 2007a, p. 34).

É interessante considerar que para Agamben não são a transgressão e a sanção da lei que operam a relação entre lei e vida ou a captura da vida pela lei, mas a culpa. Segundo Agamben, “a culpa não se refere à transgressão, ou seja, à determinação do lícito e do ilícito, mas à pura vigência da lei, ao seu simples referir-se a alguma coisa” (AGAMBEN, 2007a, p. 34).

Agamben afirma que existe uma figura-limite da vida, em que esta última se relaciona diretamente com a soberania (poder de vida e morte), na perspectiva de uma *exclusão includente*. Parece-nos, assim, que esta figura-limite pode ser entendida como *homo sacer*, vida nua que se relaciona com o direito pela exclusão deste último, por ser *abandonada* pela forma jurídica e exposta à decisão e à exceção soberanas (AGAMBEN, 2007a, p. 34).

Nas palavras de Agamben (2004, p. 34):

Nesta impossibilidade de decidir se é a culpa que fundamenta a norma ou a norma que introduz a culpa, emerge claramente à luz a indistinção entre externo e interno, entre vida e direito que caracteriza a decisão soberana sobre a exceção. A estrutura “soberana” da lei, o seu particular e original “vigor” tem a forma de um estado de exceção, em que fato e direito são indistinguíveis (e devem, todavia, ser decididos)

Para Daniel Nascimento (2012, p. 120), a reflexão de Agamben caminha para a conclusão de que:

O ponto crucial de captura da vida no direito não é a sanção, mas a culpa, precisamente o ser incluído unicamente através de uma exclusão. O mais incrível é que aquele que é abandonado sofra então o fardo de ser portador da culpa de ter sido abandonado. [...] A culpa existe independentemente do

conhecimento ou da transgressão – ela existe porque a lei é vigente. O simples fato de vigência da lei gera culpa, ainda que não seja ainda possível decidir se a culpa fundamenta a norma ou a norma introduza a culpa.

Ora, podemos compreender a afirmação feita por Agamben, e exposta no início deste trabalho, de que a exceção se encontra na origem e é fundamento da ordem, pois, seguindo Schmitt, é a exceção que prova a necessidade da ordem, bem como de que o estado de normalidade vive e retira seu sentido de existência da exceção. Em última análise, a relação de exceção explica a estrutura da relação jurídica originária. Para Agamben, o estado de exceção é o princípio de “toda localização jurídica, posto que somente ele abre o espaço em que a fixação de um certo ordenamento e de um determinado território se torna pela primeira vez possível” (AGAMBEN, 2007a, p. 27).

Por fim, ao se pensar nas possibilidades de localização deste *ilocalizável* (estado de exceção), o nexos existente entre localização (*Ortung*) e ordenamento (*Ordnung*), deve-se levar em consideração esta zona de indistinção ou indiferença entre fato e direito, o que torna mais complexa esta relação do que a forma como foi pensada por Schmitt, pois, “em última análise, acaba necessariamente por agir contra ele como um princípio de deslocamento infinito” (AGAMBEN, 2007, p. 27). Destarte, o destaque de Agamben (2007a, p. 27) fica registrado como uma das teses propostas pelo projeto *Homo Sacer*, a saber: de que o estado de exceção, como estrutura jurídico-política fundamental, torna-se cada vez mais a regra em nosso tempo e, quando nosso tempo, tentou localizar permanentemente o estado de exceção, o *ilocalizável*, o resultado foi aparecimento dos campos de concentração, o que será objeto de análise a seguir.

3.4 O campo como paradigma biopolítico: sobre a indeterminação entre o jurídico e o (bio)político

Diante do fora dito até aqui, em especial sobre a questão da indeterminação entre fato e direito como uma das características do estado de exceção, exposta no último ponto supra, parece importante verificar o argumento de Agamben a respeito do campo de concentração, uma vez que o filósofo italiano destaca este elemento ou figura histórico-teórica como o paradigma biopolítico, bem como *nómos* da modernidade.

Na última parte do primeiro volume do projeto *Homo Sacer*, logo de saída, Agamben destaca que devemos reformular nosso questionamento a respeito dos campos de concentração. Para o pensador italiano não nos devemos perguntar como aconteceram os

campos e seus eventos bárbaros e cruéis de violência extrema, mas, sim, a indagação ou o questionamento correto a fazer, se quisermos compreender o que realmente aconteceu e quais os seus procedimentos, deve ser o que é um campo e qual a sua estrutura jurídico-política (AGAMBEN, 2007a, p. 173).

De acordo com Agamben ao buscarmos os fundamentos estruturais do campo deixaremos de observá-lo apenas como um fato histórico do passado e passaremos a compreendê-lo, “de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos” (AGAMBEN, 2007a, p. 173).

A fim de justificar sua hipótese, portanto, o filósofo italiano parte da discussão existente entre os historiadores a respeito da primeira aparição dos campos, destacando que é nesse espaço onde se realizou a maior condição de inumanidade. A primeira aparição se dá com os campos de concentração espanhóis em Cuba, no ano de 1896, criados “para reprimir a insurreição da população da colônia” (AGAMBEN, 2007a, p. 173). Podemos observar, já neste caso, a característica de regulamentação jurídica da política ou, se quisermos, a vertente de atuação política apenas, com a garantia de opressão dos insurgentes em uma zona de indistinção entre jurídico e político. Além disso, no percurso histórico, o pensador italiano cita os *concentration camps* ingleses, criados no início do século XX, e, que segundo Agamben (2007a, p.173), “o que importa é que, em ambos os casos, trata-se da extensão, a uma inteira população civil, de um estado de exceção ligado a uma guerra colonial”.

Na ótica de Agamben, os campos de concentração surgem do estado de exceção ou da lei marcial e não da legislação ordinária ou de uma mutação do direito carcerário (AGAMBEN, 2007a, p. 173). Dentro da perspectiva histórica, o filósofo italiano analisa os *Lager* nazistas, que podem ser citados como exemplo no sentido de demonstrar o surgimento do campo por meio do estado de exceção; há um fundamento jurídico-político para o aparecimento do campo e este não se dá no direito comum. No caso da Alemanha nazi o embasamento jurídico em seus primórdios está inscrito na *Schutzhaft* (custódia provisória), cuja origem se encontra “na lei prussiana de 4 de junho de 1851 sobre o Estado de Sítio” (AGAMBEN, 2007a, p. 173-174).

Nas palavras de Agamben (2007a, p. 174):

[...] É bom não esquecer que os primeiros campos de concentração na Alemanha não foram obra do regime nazista, e sim dos governos social-democráticos que, em 1923, após a proclamação do estado de exceção, não apenas internaram com base na *schutzhaft* milhares de militantes comunistas, mas criaram também em Cottbus-Sielow um *Konzentrationslager für Ausländer* que hospedava sobretudo refugiados hebreus orientais e que pode,

portanto, ser considerado o primeiro campo para os hebreus do nosso século [século XX] (mesmo que, obviamente, não se tratasse de um campo de extermínio).

Doravante, o filósofo italiano aproxima o alicerce jurídico dos campos, o *schutzhaft*, ao artigo 48 da Constituição de Weimar, texto normativo conhecido por autorizar o Presidente do Reich a suspender provisoriamente os direitos fundamentais em virtude da garantia da ordem e da segurança públicas²². Nesse ponto, parece possível verificar uma de nossas hipóteses, qual seja: o caráter ambivalente da forma jurídica, conjugado com a decisão soberana, pode sustentar o trânsito ou a passagem de Estado Democrático de Direito convertendo-se em Estado de Exceção.

Analisando, também, o modelo nazista, Agamben afirma que, quando estes últimos (nazistas) chegaram ao poder em 1933 “emanaram o *Verordnung zum schutz von volk und Staat*, que suspendia, por tempo indeterminado, os artigos da constituição” (AGAMBEN, 2007a, p. 175), que se referiam aos direitos fundamentais. Apesar de seguirem o modelo de ação política governamental existente em governos anteriores, um elemento novo foi inserido no estado de exceção nazi que é o seu caráter permanente; de acordo com Agamben (2007a, p. 175) “o estado de exceção cessa, assim, de ser referido a uma situação provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma”.

A respeito da relação entre estado de exceção e campo, Agamben (2007a, p. 175) afirma que:

Este nexos constitutivo entre estado de exceção e campo de concentração dificilmente poderia ser superestimado, em uma correta compreensão da natureza do campo. A “proteção” da liberdade que esta em questão na *schutzhaft* é, ironicamente, proteção contra a suspensão da lei que caracteriza a emergência. A novidade é que, agora, este instituto é desligado do estado de exceção no qual se baseava e deixado em vigor na situação normal. *O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra.*

A situação temporal de suspensão do ordenamento passa agora a se tornar uma regra ou a se justificar de maneira permanente, encontrando argumentos jurídicos e políticos para que o estado de exceção possa se apresentar permanentemente ou mesmo se transformar em uma prática de governo, conforme já mencionado (AGAMBEN, 2007, p. 175-176).

²² Dispõe o artigo 48 da Constituição de Weimar: Artikel 48 - Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

Agamben irá chamar a atenção para a necessidade de reflexão acerca da estrutura paradoxal do campo enquanto imagem real do espaço de exceção, pois “ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é por causa disso, simplesmente um espaço externo” (AGAMBEN, 2007a, p. 177).

Aqui podemos e talvez devemos também refletir sobre a questão da Baía de Guantánamo, já que, segundo Judith Butler (2007, p. 228), “é uma terra arrendada pelos Estados Unidos mas não constitui ‘solo norte-americano’”, o que agrava a situação dos árabes detidos na prisão estadunidense, pois não se apresentam como sujeitos de direito por não estarem em solo americano, e o governo dos Estados Unidos os tratam como combatentes ilegais, o que os coloca fora do raio de atuação da legislação internacional. Assim, forçoso é reconhecer que compreendem verdadeiros *homini sacrii*, do mesmo modo que o argumento sobre o campo de Agamben, a partir de sua estrutura paradoxal, pode ser ampliado para caracterizar Guantánamo como um campo de concentração, desta feita, um espaço de exceção.²³

No campo, destaca Agamben (2007a, p. 177) que:

[...] Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, *capturado fora*, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*.

No entender do filósofo italiano o referente da decisão soberana passa da exceção para a produção da situação de fato “como consequência da decisão sobre a exceção” (AGAMBEN, 2007, p. 177). Na estrutura do campo, há uma indistinção entre a questão de fato e a questão jurídica, isso significa dizer que no campo ocorre uma indistinção entre o jurídico e o político. Portanto, “*o campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornam-se indiscerníveis*” (AGAMBEN, 2007a, p. 177).

Retomando o pensamento de Hannah Arendt, Agamben passa a destacar que, a partir da caracterização do campo como o lugar de indistinção entre o político e o jurídico, torna-se possível visualizar, no contexto do campo, a atuação do princípio totalitário de que “tudo é

²³ Analisando a questão de Guantánamo, afirma Daniel Nascimento (2012, p. 207): “Aqueles que não comungam do tipo de racionalidade dominante no mundo ocidental, quer porque se utilizam de táticas de combate diversas, quer porque não chegam a assimilar certos princípios aparentemente universais, têm sua humanidade esvaziada e são, mais adiante, recebidos como figuras do mal. Por tudo isso, os agentes americanos não se sentem obrigados a tratá-los como outros humanos, sujeitos aos mesmos princípios e direitos”.

possível” (AGAMBEN, 2007, p. 177). Para o filósofo italiano (2007a, p. 177), “somente porque os campos constituem, no sentido que se viu, um espaço de exceção, no qual não apenas a lei é integralmente suspensa, mas além disso, fato e direito se confundem sem resíduos, neles tudo é verdadeiramente possível”.

Assim, sob essas coordenadas devemos ter em consideração a característica “espectral” ou fluída do estado de exceção e, por consequência, da estrutura do campo; conforme destaca Agamben, a estrutura do campo se caracteriza por uma espécie de *localização deslocante*, bem como a hipótese do campo pode justificar o argumento inicial do autor italiano no que tange ao poder soberano fabricar os corpos biopolíticos modernos.

A respeito da característica do campo, afirma Daniel Nascimento (2012, p. 200) que:

O campo possui a habilidade de possuir muitas metamorfoses. Toda vez que visualizamos por sobre um aquário a cultura da vida nua, e do contingente estado de exceção, nos encontramos virtualmente diante de um campo. Toda vez que a estrutura da vida nua é reproduzida estamos diante de um campo

De acordo com Daniel Nascimento ao aproximar a ideia do campo do conceito de vida nua, na medida em que esta última surge no contexto mesmo de atuação da decisão soberana sobre a exceção, com nítida relação com a lógica do *bando* soberano; sendo assim, “o deslocamento crescente entre o nascimento (a vida nua) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo, e aquilo que chamamos de *campo* é seu resíduo” (AGAMBEN, 2007a, p. 182).

Logo, segundo Agamben (2007a, p. 177):

[...] A um ordenamento sem localização (o estado de exceção, no qual a lei é suspensa) corresponde agora uma localização sem ordenamento (o campo como espaço permanente de exceção). O sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, mas contém em seu interior uma *localização deslocante* que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas. O campo como localização deslocante é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses.

Não parece exagerado compreender que o texto de Agamben se aproxima do escrito benjaminiano da oitava tese sobre o conceito de história, à proporção em que o filósofo italiano indica que o campo é a imagem real da exceção que se torna a regra e, de certo modo, a atuação da decisão soberana sobre a exceção tem por objeto, por exemplo, aqueles que não

podem ser integrados ao sistema mercantil e, portanto, passam a ser considerados como ban(d)idos.

O campo deve ser entendido como o espaço de exceção em que a vida foi *abandonada* por toda qualificação ou significação jurídico-política e colocada no raio de incidência da decisão soberana de fazer viver ou deixar morrer; apresenta-se no campo a mera vida, o *homo sacer* exposto à violência e à morte. Consequentemente, o campo é, para Agamben (2007, p. 178):

[...] o mais absoluto espaço biopolítico que jamais tenha sido realizado, no qual o poder não tem diante de si senão a pura vida sem qualquer mediação. Por isso o campo é o próprio paradigma do espaço político no ponto em que a política torna-se biopolítica e o *homo sacer* se confunde virtualmente com o cidadão.

A questão que está em jogo agora é que o campo pode aparecer de inúmeras maneiras e passa ele próprio a produzir os corpos biopolíticos como vida nua, e Agamben cita vários exemplos, pois, conforme o filósofo italiano, toda vez que nos depararmos com uma estrutura em que político e jurídico, vida nua e norma, se indeterminem, estamos diante de um campo e, por consequência, há a materialização de um estado de exceção. Com isso, Agamben ilustra seu argumento ao se referir ao estádio de Bari “onde a polícia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses”, e as “*zones d’attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os estrangeiros que pedem o estatuto de refugiados” (AGAMBEN, 2007a, p. 181).

Destarte, o fundamental, para Agamben, é observarmos e refletirmos a respeito da estrutura jurídico-política do campo, pois este materializa um espaço no qual o ordenamento normal está de fato suspenso, expondo a vida nua capturada pelos dispositivos da forma jurídica e da exceção à violência e, até mesmo, à morte. A vida do *homo sacer* encontra-se em uma zona de indistinção entre o jurídico e o político, entre a lei e a vida, bem no âmbito de atuação da soberania, que poderá agir na forma da decisão soberana sobre a vida nua com a retomada do poder de deixar viver e fazer morrer ou fazer viver e deixar morrer, o que Agamben exemplifica com a figura do *muçulmano* que expõe de forma incondicional o macabro cotidiano dos campos, bem como eleva a biopolítica e a exceção a formas paradigmáticas da modernidade política.

CAPÍTULO 4 – ENTRE A REGRA E A EXCEÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O QUE RESTA DA DITADURA BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A partir das coordenadas teóricas apresentadas até aqui, em especial no que diz respeito à forma jurídica do Estado Democrático de Direito e a ideia de Estado de Exceção proposta por Giorgio Agamben, objetiva-se uma aproximação da perspectiva teórico-conceitual do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, uma leitura da ordem constitucional levando em consideração a questão sobre o que resta da ditadura brasileira, tendo em vista a hipótese do filósofo italiano a respeito da solidariedade existente entre democracia e totalitarismo.

No entanto, as aspirações desse momento da investigação estão restritas a algumas considerações sobre institutos constitucionais existentes na Constituição da República de 1988 e que, apesar de suas diferentes nomenclaturas, podem ser abordados a partir do conceito de estado de exceção.

Inicialmente, parece importante levar em consideração ou retomar o aspecto da relação entre forma jurídica e política na configuração de uma aproximação entre Constituição e esfera política, mesmo que tal atitude se apresente de maneira difícil como sugere Gilberto Bercovici (2004). Não obstante, pode-se mesmo afirmar que a relação entre a forma direito e a política pode apresentar dificuldades, contudo, quando nos aproximamos dos fundamentos da reflexão acerca do Estado de Direito e do estado de exceção percebe-se a afinidade existente entre esses elementos, significa dizer entre política e direito e/ou Constituição, tendo em vista a forma jurídica da política moderna.

Entrementes, a pretensão de afastamento entre Constituição (forma jurídica) e política se explica, segundo Gilberto Bercovici, (2004, p. 5) pela:

Questão do primado da Constituição, como norma fundamental do Estado, que garante os direitos e liberdades dos indivíduos, foi desenvolvido no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais nos Estados Unidos e na Europa pós-revolucionários. O constitucionalismo foi utilizado, de um lado, para contrapor ao contratualismo e à soberania popular, ideias chave da Revolução Francesa, os poderes constituídos do Estado. De outro, utilizou-se a Constituição contra os poderes do monarca, limitando-os. Dessa forma, a Constituição do Estado evitaria os extremos do poder do monarca [...] e da soberania popular [...]. Embora liberais, as constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado.

Ao se analisar detidamente a questão do constitucionalismo e da teoria do Estado, verifica-se que grande parte de seus temas e problemas estão relacionados com a questão política, como, por exemplo, as ideias ou conceitos de soberania, povo, Estado ou mesmo a maneira de declaração da vontade política de um povo. Contudo, ainda há autores que defendem a necessidade do afastamento entre Constituição e política ou de que a forma direito não deve se relacionar com a política, não só para que o direito se compreenda autônomo enquanto ciência como defendia Kelsen, mas, sim, por existirem, de acordo com este entendimento, temas que podem ser identificados como jurídicos e outros que são caracterizados como políticos.

Gilberto Bercovici (2004, p. 14) ressalta que:

A Constituição é a declaração da vontade política de um povo, é um ato de soberania, um ato constituinte. Fruto do conflito de forças político-sociais, cuja resolução vem pela superação, não pelo escamoteamento, a Constituição precisa ser desmistificada, sob o risco de se tornar um instrumento de dominação ideológica

Interlocutor importante de Agamben, Carl Schmitt também foi um crítico do constitucionalismo liberal, e teve por principal objetivo pensar uma forma de reabilitar o espaço do político na teoria da constituição. Mesmo que não concordemos com os horizontes aos quais Schmitt levou sua teoria, sua crítica da pretensão de neutralidade política do liberalismo não poderia ficar sem registro nesse momento. De tal modo, Schmitt também denunciava o liberalismo e o constitucionalismo que busca fundamento em suas ideias como antipolítico.

Segundo Gilberto Bercovici (2004, p. 16):

A visão a-histórica da Constituição é fruto do constitucionalismo liberal, com sua pretensão de eternidade. Nesse sentido, Pedro Cruz Villalón destaca o “otimismo constitucional” do liberalismo, ocorrido como a conversão da constituição política em direito constitucional: o poder constituinte foi reduzido à revisão constitucional, a defesa da constituição limitou-se ao controle de constitucionalidade e o estado de necessidade virou o direito de exceção.

A transcrição supra nos aproxima mais de nosso objeto, ou seja, investigar a possibilidade de um vínculo entre Estado Democrático de Direito e Estado de Exceção que é garantido e operacionalizado pela forma jurídica, haja vista a característica dual desta última,

o que também poderia nos apresentar algo do que resta da exceção brasileira no contexto democrático de vigência da Constituição de 1988.

É importante não perder de vista a polêmica acerca da previsão ou da inclusão da exceção no ordenamento jurídico, significa dizer o debate em torno da possibilidade de circunscrever a exceção. A discussão faz sentido na medida em que “a constituição liberal tem dificuldades [...] de enquadrar o estado de exceção, que intencionalmente é excluído dos textos constitucionais” (BERCOVICI, 2008, p. 216).

Além disso, nos flancos do debate há autores que defendem a constitucionalização dos mecanismos de exceção ou a incorporação destes últimos ao ordenamento jurídico por meio de leis (como, por exemplo, as leis marciais) e autores que defendem a hipótese de que a exceção é uma questão de fato e não uma questão jurídica. Em todo o caso, de acordo com Gilberto Bercovici (2008, p. 217), o estado de exceção se transforma em estado de sítio, emergência ou de necessidade como “solução encontrada pelo Estado de Direito burguês para o estado de exceção. É o instituto típico e jurídico desta forma de estado”.

A respeito do assunto diz Canotilho (1998, p. 961) que:

Qualquer que seja o enunciado lingüístico e qualquer que seja a pré-compreensão dos autores relativa ao “direito de exceção”, o leque de questões subjacente à *constitucionalização* do regime de necessidade do estado reconduz-se fundamentalmente ao seguinte: previsão e delimitação normativo constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. Trata-se, por conseguinte, de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, “constitucionalizando” o recurso aos meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o “restabelecimento da normalidade constitucionais”.

Ora, mesmo que o jurista lusitano entenda que a “constitucionalização das situações de necessidade” consagre um “direito de necessidade constitucional” e não um “estado de necessidade desculpante”, o problema do estado de exceção como espaço vazio de normatividade em que atua o poder soberano se mantém, pois o ponto de vista jurídico não enfrenta a questão política, pensando apenas na forma de inscrever a exceção no ordenamento, a fim de que se possa, em tese, limitar a utilização e o tempo da situação excepcional. No entender de Canotilho (1998, p. 962) as situações de exceção não podem significar suspensão ou exclusão da constituição, “mas sim um ‘regime extraordinário’ incorporado na Constituição e válido para situações de anormalidade constitucional”.

Ocorre que é justamente no limbo terminológico que se perde a perspectiva jurídica no que diz respeito a sua leitura da morfologia do poder político, pois a decisão soberana é que vai determinar quais são as situações extraordinárias ou casos-limite, que manifestam-se de forma factual, desse modo, no intuito de prever todas as situações fáticas, a forma jurídica se vale de normas de textura aberta e estas últimas geralmente marcam a posituação da exceção no ordenamento jurídico, tais como: regime extraordinário, situação-limite, segurança e ordem públicas, por exemplo.

Do mesmo modo, podemos levar em consideração que para se configurar o estado de exceção não há necessidade de suspensão total da Constituição, bastando, mesmo, sua suspensão parcial com a exclusão dos direitos e garantias fundamentais.

Logo, para Gilberto Bercovici (2008, p. 218):

[...] Os fins do estado de sítio são restritos: garantir o poder do Estado, a liberdade constitucional e a sociedade liberal burguesa contra os radicalismos dos democratas, comunistas e anarquistas. A reflexão liberal sobre o estado de exceção, geralmente, se refere aos atentados que podem ser cometidos contra a ordem político-social existente não pelo executivo, mas sobretudo pelo legislativo. Os autores liberais têm receio da ameaça à propriedade que pode significar a adoção do “espírito igualitário” pelo legislativo.

Do ponto de vista geral, é no século XIX que ganha força a temática do estado de exceção no que diz respeito ao aumento de investigações acerca do tema no âmbito da teoria do direito, em especial no direito público, significa dizer que é nesse período histórico em que se alarga a questão de pensar a constitucionalização ou a regulação jurídica da exceção. De acordo com Gilberto Bercovici (2008, p. 216), após 1848 o estado de exceção torna-se “um instrumento inseparável do Estado de Direito, que busca tornar a anormalidade uma situação constitucional”.

Para as pretensões desse capítulo importa-nos a análise da temática dentro do constitucionalismo brasileiro, contudo, Bercovici (2008, p.221) destaca que na América Latina foi a “constituição chilena de 1833, que vigorou até 1925, [...] a primeira constituição a prever o estado de sítio em seu texto”.

No contexto brasileiro ocorreram algumas substituições de cartas constitucionais ao longo da história do país e, em oito oportunidades, da independência até nossos dias, podemos citar entre constituições outorgadas e promulgadas as de: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967,

1969²⁴ e 1988. Ao se revisitar a história constitucional do Brasil pode-se verificar certa tendência em reconhecer ou conceber um poder executivo forte, com poderes expressivos.

Conforme Gilberto Bercovici (2008, p. 224):

No Brasil, durante a vigência da Constituição de 1891, o abuso da utilização (e prorrogação) do estado de sítio pelos sucessivos presidentes da república foi à regra. [...] Durante a primeira república, o estado de exceção foi um fenômeno no regime presidencialista brasileiro.

Durante o desenvolvimento constitucional do país, pelo menos de 1891 até hoje, é possível notar a presença do Brasil na tradição de países que pretendem inscrever a exceção no ordenamento jurídico, com a justificativa de poder constitucionalizá-lo para limitar a sua utilização, que deve ser feita com o objetivo precípua de garantia da ordem e segurança públicas, na maior parte dos casos.

Miguel Reale (1991, p. 3-4) destacava que “a constituição brasileira de 1946, que foi inovadora em vários aspectos, sobretudo no que se refere aos direitos sociais, no tocante à defesa do Estado manteve as linhas tradicionais, consagrando exclusivamente o estado de sítio”.

Mesmo que não tenhamos a pretensão de uma reconstrução exaustiva da história do constitucionalismo brasileiro, parece importante nos deter no período pós 1964, pois aqui estamos diante da última quadra da história ditatorial do país, período que antecedeu imediatamente a nova ordem normativa democrática, estabelecida na Constituição de 1988. De tal modo, de acordo com Paulo Bonavides (1990, p. 429) “o período de abril de 64 a dezembro de 66 registra nada menos do que a edição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais”. Conforme destacou-se linhas atrás, o objetivo desta parte da investigação consiste num pequeno balanço do que possivelmente ainda resta da ditadura de 1964 na Constituição de 1988 - e, assim, os institutos que se apresentam interessantes para tal perspectiva de abordagem são aqueles ligados à defesa do Estado e a atividade legislativa do Poder Executivo.

Antes de nos aproximarmos da Constituição de 1967, importa considerar a existência dos Atos Institucionais editados pela ditadura militar, bem como investigar se esses atos permitem reconhecê-los como próprios aos de um estado de exceção.

²⁴ Por não ser objeto do presente trabalho não ingressaremos na polêmica acerca do texto normativo de 1969, se ele se caracteriza como uma constituição ou como uma emenda, no entanto, teve vigência como norma fundamental do país e deve aqui ser registrado.

Paulo Bonavides (1990, p. 429) destaca que os integrantes da “revolução vitoriosa” tinham a preocupação de constitucionalizar o regime estabelecido pelo golpe militar, dessa forma, “Castello Branco preocupava-se intensamente com a recepção e repercussão deste ou daquele ato, desta ou daquela Constituição ‘lá fora’, na Europa e nos Estados Unidos, pois a caracterização do golpe colocaria mal o Brasil no mundo democrático”. Entretanto, conforme o constitucionalista cearense, “essa preocupação não nos impede de constatar que a verdadeira Constituição daqueles anos foram os atos institucionais” (BONAVIDES, 1990, p. 430).

Segundo Bonavides (1990, p. 430):

O Ato Institucional nº 1 incorporou o decurso de prazo; a suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, o direito de suspender os direitos políticos pelo prazo de dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a sua apreciação judicial.

O AI-2 extingue os partidos políticos; dá ao Presidente da República o direito de baixar atos complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional (expressão vaga e elástica que podia significar qualquer coisa), dá a ele o direito de decretar o recesso do Congresso Nacional, das assembleias legislativas e das câmaras de vereadores, em *estado de sítio*²⁵ ou fora dele. Estabeleceu, ainda, que ‘decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar mediante decretos-leis, em todas as matérias previstas na Constituição e na lei orgânica’.

O AI-3 estende o princípio da eleição indireta do Presidente e do Vice-Presidente (estabelecido no AI-2) para a eleição de governadores e vice-governadores. O AI-4 convoca o Congresso Nacional a reunir-se extraordinariamente para discutir e votar um novo texto constitucional. Diga-se, de passagem, que o ato fixava um cronograma tão rígido para a apresentação, discussão e promulgação do texto que mais parecia tratar-se da abertura de uma nova estrada rodoviária ou da construção de mais uma ponte. [...]

O AI-5 englobava todos os itens constantes dos atos anteriores, acrescentando a faculdade de intervir em estados e municípios, detalhando as consequências imputáveis aos que tivessem seus direitos políticos cassados, suspendendo a garantia de *habeas corpus* e concedendo *total arbítrio ao Presidente da República no que se refere à decretação do estado de sítio ou de sua prorrogação*²⁶.

A longa transcrição se justifica, por bem apresentar o conteúdo essencial dos Atos Institucionais daquele período. É importante lembrar que o objetivo do presidente Castello Branco era o de constitucionalizar o golpe militar, e ele o fez por meio do Congresso Nacional, ao outorgar a Constituição de 1967 (SARAIVA, 1995, p. 64). No entanto, de acordo com Bonavides (1990, p. 432) “não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte”, pois de fato houve uma constituinte congressual, o que retirava dos

²⁵ Sem grifo no original.

²⁶ Idem.

parlamentares sua faculdade de constituintes, uma vez que não houve uma legítima participação popular, o que se daria por meio da convocação de uma assembléia que tivesse por objetivo a abertura de um espaço público de participação (BONAVIDES, 1990, p.432). Por fim, os parlamentares “estavam também cerceados pelos atos institucionais” (BONAVIDES, 1990, p. 432).

A este respeito, Afonso Arinos (1981, p. 133) dirá que:

A convocação era autoritária. Pela primeira vez, na história do Brasil, os poderes constituintes eram conferidos à representação popular com as mais severas limitações. A nova Constituição tinha que ser promulgada até 24 de fevereiro, depois de tramitar celeremente o projeto do governo, com prazos inflexivelmente previstos. Caso a votação não estivesse ultimada até o dia 21, as mesas da Câmara e do Senado deviam promulgar a Constituição, na parte votada, ainda que a votação total não fosse terminada. O governo ordenava, assim, ao Congresso que agisse de acordo com suas instruções, e ele se submeteu para evitar mal maior. [...]

A crise pueril entre Congresso e Executivo, provocada intencionalmente por certos grupos e facilitada irrefletidamente por outros, levou ao desfecho de 13 de dezembro de 1968, com a edição do Ato Institucional número 5, que estabeleceu a ditadura.

Na constituição de 1967, e sua emenda de 1969, bem como no AI-5 (1968), havia previsão da exceção, contudo, a ordem de 1969 dispõe a distinção entre estado de sítio e estado de emergência. Analisando as relações civil-militares e o legado autoritário na Constituição Federal de 1988, Jorge Zaverucha chama a atenção para o fato de que a Constituição de 1988, “manteve muitas prerrogativas militares não democráticas existentes na Constituição autoritária passada e chegou a adicionar novas prerrogativas” (ZAVERUCHA, 2010, p. 41).

Nesta ocasião não se tem a pretensão de negar os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais, muito menos apresentar uma linha argumentativa e de reflexão que possa ser caracterizada na perspectiva do ceticismo, todavia, o pensamento de Agamben nos provoca a analisar a nossa ordem constitucional pelo viés da exceção e dos problemas ocasionados pela inscrição desta última no sistema de direitos, com isso, coloca-nos a perspectiva de uma análise crítica da Constituição e do constitucionalismo.

Quando da elaboração da Constituição em vigor, já se apresentavam problemas no que diz respeito à legitimidade do poder constituinte originário, problema este analisado por Eros Grau (1985), Paulo Bonavides (1990) e Nelson Saldanha (1986), haja vista que a transição do regime autoritário para o Estado Democrático brasileiro se deu de forma

negociada - oportunidade em que tivemos novamente uma constituinte congressual - e não por uma ruptura violenta. Tal fato se mostra curioso quando se leva em consideração o ponto de vista de Agamben, que defende uma relação de íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo. Contudo, podemos mesmo reconhecer a legitimidade da constituinte congressual pela grande participação popular no momento de elaboração e debates acerca da Constituição Federal de 1988. O problema, para nossa investigação, é lançar luz ao movimento de imersão do estado de exceção, ou seja, a transição negociada incorporou no texto constitucional elementos autoritários.

De acordo com Paulo Arantes (2010, p. 212):

Na opinião de um especialista em instituições coercitivas, Jorge Zaverucha, pelo menos ao que se refere às cláusulas relacionadas com as Forças Armadas, polícias militares e segurança pública – convenhamos que não é pouca coisa -, a Carta outorgada pela ditadura em 1967, bem como sua emenda de 1969, simplesmente continua em vigor.

Parece-nos que os institutos mais importantes a se reconhecer como as imagens da exceção e da possibilidade do decisionismo soberano estejam mesmo inscritos no título *da defesa do estado e das instituições democráticas*. Importa considerar que os referidos institutos são os mesmos que surgiram em 1969, o estado de defesa e o estado de sítio, e estão previstos no texto constitucional de 1988 nos artigos 136 e 137²⁷.

Miguel Reale, jurista que participou da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida como comissão Arinos, afirma que a carta de 1969 falava “acertadamente em estado de emergência e estado de sítio, designações que deviam ser mantidas” (REALE, 1991, p. 4).

Ao seguirmos o percurso de Agamben na investigação das teorias sobre o estado de exceção, verificamos que este último continua a apresentar-se em documentos fundamentais dos Estados Democráticos de Direito sob diversas nomenclaturas. No entanto, segundo

²⁷ Dispõe os textos normativos: Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Agamben, importa notar a natureza e a estrutura que configuram o estado de exceção e, nesse sentido, que também se farão presentes quando a regra tentar prever o caso excepcional no ordenamento jurídico.

Reale entendia que tais mecanismos de exceção se justificam como ferramentas de autodefesa da democracia. Ainda, destacava o *jusfilósofo* brasileiro que a constitucionalização ou previsão da exceção se dá pela pretensão de durabilidade do Estado de Direito burguês (REALE, 1991, p. 1).

A partir de tais diagnósticos, não parece irrazoável pensar que a exceção constitucionalizada ou prevista no ordenamento jurídico invariavelmente visa garantir as relações de mercado, bem como as afinidades desse último com o Estado, e aqui é curioso observar que mesmo no regime ditatorial brasileiro se falava (e para alguns este é o maior argumento a justificar o período de exceção no país) em expansão econômica e “intervenção cirúrgica” (BONAVIDES, 1990) para colocar o Brasil nos trilhos do progresso, com a manutenção da ordem.

A respeito do estado de defesa, destaca Reale (1991, p. 5) que:

Significa o primeiro grau de autodefesa do Estado, através da ação do poder executivo, independentemente de autorização prévia do Congresso Nacional. Essa medida preventiva ocorre quando houver necessidade de preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional, ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza.

No tocante ao estado de sítio, Reale (1991, p. 5-6) afirmava que:

O Estado de sítio é declarado pelo Congresso Nacional, atendendo a uma proposta do presidente da República, na hipótese de comoção grave de repercussão nacional ou a ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia da medida tomada durante o estado de defesa [...]
Duas cautelas entendeu o legislador-constituente de assumir para evitar abusos do exercício de um ou de outro desses poderes excepcionais conferidos ao presidente da República. E este não poderá agir sozinho, mas deverá ouvir, obrigatoriamente, dois Conselhos: o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Uma certa prevenção que não tinha razão de ser levou a usar a expressão “Conselho de Defesa Nacional”, quando muito mais expressiva e trabalhada pela doutrina era o termo “Segurança Nacional”.

Por fim, o jurista paulista argumentava que a estrutura do instituto do estado de sítio foi mantida no texto constitucional da mesma forma, sem alteração desde a constituição de

1946 (REALE, 1991, p. 7), o que significa dizer que conserva a mesma forma de funcionamento e previsão, também, desde os tempos da constituição de 1967, e sua emenda de 1969.

Ora, afastando-nos, no que for possível, da percepção normativista de descrever o ordenamento jurídico, na tentativa de vislumbrar uma relação entre Constituição e política, e, além disso, entre forma jurídica democrática e exceção, torna-se plausível afirmar que estes institutos constitucionais são os *restos* do autoritarismo na forma jurídica do Estado Democrático brasileiro. Ademais, a forma decisionista se mantém na medida em que sua previsão (inclusão) não afasta de todo a questão factual (exclusão). Logo, não se trata de um problema meramente jurídico, mas, também, não é apenas uma questão de fato, significa dizer que podemos estar diante de mecanismos que darão fundamento ao advento da relação de exceção.

Não obstante, a solidariedade entre regra e exceção se torna maior com a aproximação do artigo 142 da Constituição Federal²⁸, pois as forças armadas devem garantir a lei, a ordem e os poderes constitucionais. Novamente se apresenta a norma com textura aberta, de modo que o texto constitucional se utiliza da expressão ordem sem defini-la. Dessa forma, “as Forças Armadas garantem a ordem constitucional, pública, política, social e econômica” (ZAVERRUCHA, 2010, p. 49).

De acordo com Jorge Zaverucha (2010, p. 49):

A Constituição não define quem, nem quando a lei e a ordem foram violadas. Na prática, termina cabendo às Forças Armadas decidir quando houve a violação da lei e da ordem. E quem as violou. E o que é mais grave: basta determinada ordem do Executivo ser considerada ofensiva à lei e à ordem, para que os militares possam constitucionalmente não respeitá-la. Mesmo sendo o presidente da República o comandante em chefe das Forças Armadas. Ou seja, a Constituição de 1988, tal como a anterior, tornou constitucional o golpe de estado, desde de que liderado pelas forças armadas.

Ao analisar o artigo 142 da Constituição da República de 1988, Miguel Reale (1991, p. 10) o considerava salutar e não um ranço do autoritarismo, o que não parece acertado. No entendimento do jurista não se poderia recusar as Forças Armadas o poder que se confere a qualquer cidadão, significa dizer a tomada de iniciativa na defesa da lei e da ordem. Mesmo que se compreenda, como Reale (1991, p. 10), que “a única maneira de se superar os riscos do

²⁸ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

poder é apreciá-lo na sua integralidade”, não se poderia incorrer no risco de utilização de expressões abertas, uma vez que estas dão margem ao decisionismo e, em termos schmittianos, configuram o direito de situação, o que nos coloca diante da lógica paradoxal da soberania denunciada por Agamben, a saber: torna-se soberano aquele que se coloca, por decisão, legalmente fora da lei.

Também na compreensão de Paulo Arantes (2010, p. 213), houve sim uma verdadeira “constitucionalização do golpe de Estado, desde que liderado pelas Forças Armadas, que passaram a deter o poder soberano de se colocar legalmente fora da lei”.

Podemos discordar de tal compreensão, no limite, apenas pelo fato de o estado de exceção não necessariamente se confundir com o golpe de estado, pois esse último é entendido como a tomada de poder por quem se encontra ou possui algum poder institucional, como, por exemplo, os militares (NASCIMENTO, 2012, p. 149). Todavia, o que se mostra importante sublinhar é a presença da lógica paradoxal da soberania que se apresenta na relação de *exclusão includente*, por conseguinte, o estado de exceção pode ser concebido como remédio ou autodefesa democrática, como o compreende Reale, bem como desejado, como pretendiam os nazistas e, ainda, pode ser provocado, ou nem ao menos formalmente decretado, por atuação de outros mecanismos que operam dentro da perspectiva da relação de exceção.

De acordo com essa perspectiva, do ponto de vista jurídico a dinâmica de surgimento da exceção se dará por uma relação com a forma jurídica democrática e, para defender a democracia, será preciso suspendê-la, com a conseqüente suspensão dos direitos dos cidadãos; principalmente daqueles que irão passar a figurar como *homo sacer*, por meio da decisão soberana, a fim de que a ordem excepcional garanta o estado de normalidade para a vigência da ordem jurídica constitucional.

Outro instituto interessante para as análises aqui empreendidas é o das medidas provisórias, pois é importante considerar que, mesmo depois do período ditatorial, oportunidade em que se consolidou o emprego regular e habitual do decreto-lei, a configuração democrática da Constituição da República de 1988 não fez com que desaparecesse essa forma de manifestação da exceção, agora se apresentando como técnica de governo.

No artigo 62 da Constituição Federal²⁹ está previsto o instituto das medidas provisórias, que tem caráter de urgência e relevância, bem como *força de lei*. Muito já se discutiu a respeito da natureza de tais medidas, e o curioso é que, na discussão jurídica a respeito do instituto, a clássica separação de poderes, cujos fundamentos se encontram no livro XI, capítulo VI da obra *O espírito das leis* do barão de La Brède Montesquieu (Charles de Secondat), é sempre apresentada para demonstrar a possibilidade do Executivo extrapolar suas tarefas constitucionais, e a atuar também como órgão legislador. De fato, se a ideia do constitucionalismo era limitar o poder soberano, a teoria da separação dos poderes pode bem demonstrar os limites de cada função estatal.

No entanto, no caso do Brasil, de acordo com Rubens Beçak (2007, p. 89):

A história do constitucionalismo em nosso país demonstra, efetivamente, desde o seu início, um real pendor da balança idealizada na Teoria da Separação dos Poderes para um dos lados.

Desde a promulgação de nossa primeira Constituição, em 25 de março de 1824, em todo o período do Império e, posteriormente, com a República, em todas as suas fases político-institucionais, sempre foi indisfarçável a desproporção de poderes concentrada no Executivo.

Do ponto de vista histórico do constitucionalismo brasileiro não parece haver grande desacordo de que o Executivo detém maior poder do que o Legislativo e o Judiciário. Para Clèmerson Clève (1993, p. 103):

No Brasil, em todas as Constituições, inclusive na monárquica de 1824, o Executivo teve para si atribuído o direito de iniciativa legislativa. É possível que, nesse domínio, o Legislativo tenha exercido supremacia no contexto das Constituições de 1824 (salvo a fase parlamentarista) e de 1891. Mas, em 1934, a preeminência presidencial já se manifesta, inclusive pela criação de uma esfera de iniciativa exclusiva ou reservada, que, com alguns retoques, mantém-se na Constituição atualmente em vigor.

De acordo com Clève (1993, p. 150), apesar da histórica capacidade de iniciativa legislativa, a possibilidade de utilização das medidas provisórias, como via de atuação legislativa do Executivo é relativamente recente. O constitucionalista paranaense afirma que o Executivo brasileiro “dela não dispunha nas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1946. As Constituições de 1967 e 1969 admitiam os decretos-leis. Assim também a Constituição de 1937”.

²⁹ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

A polêmica jurídica a respeito das medidas provisórias se concentra principalmente na descrição de sua natureza, pois alguns autores como Marco Aurélio Greco (1991, p. 14-15) defendem a concepção de que as medidas provisórias não são diferentes de um decreto-lei, podendo-se caracterizá-las como um ato do Poder Executivo; o que não autoriza o seu reconhecimento como lei, do ponto de vista de sua formação, contudo, evidencia que esse ato possui apenas a *força de lei*. Entretanto, Clèmerson Clève (1993, p. 158-159) dirá que:

No Direito Brasileiro, não houve recepção das medidas provisórias, como na Itália, mas sim previsão das medidas provisórias e sujeição delas a uma disciplina jurídica rígida. [...] Não consistem, pois, em fato, mas sim em ato de natureza normativa. [...] Não são, finalmente, ato administrativo com força de lei. Como já salientado anteriormente, as medidas provisórias integram o processo legislativo em face de disposição expressa da Constituição Federal. [...]

Não é verdade, pois, que a medida provisória, no sistema brasileiro, não seja lei no sentido técnico, como sustenta Marco Aurélio Greco. Não é lei no sentido orgânico ou subjetivo, mas é lei no sentido técnico-formal, sim, como igualmente o são as leis delegadas, as resoluções e os decretos-legislativos. O fato de as medidas provisórias submeterem-se a termo (salvo a conversão) e o fato de produzirem eficácia imediata, sem a intervenção do Legislativo, não descaracterizam a natureza legislativa do instituto nem ofendem o princípio da separação dos poderes.

Apesar da relevância da discussão a respeito da natureza das medidas provisórias, o que nos parece de maior importância é reconhecer a possibilidade de atuação legislativa do Executivo, por meio de um instituto que legitima a decisão soberana sobre a atuação do poder estatal, baseando-se em critérios de atuação conceitualmente vagos, como o são os casos de avaliação, pelo próprio Executivo, da urgência e relevância de determinadas ocorrências, para a edição das medidas provisórias. Ainda nesse debate, há quem defenda que essa forma de intervenção do Executivo é uma evolução da ideia de Estado, pois a contingência política faria com que abandonássemos a perspectiva limitadora do Estado de Direito liberal, com a passagem para um Estado social de Direito, contudo, “foi de liberal a social no conteúdo, sem abdicar do estado de direito na forma, mantendo a lei como base formal do sistema estatal” (BARROS, 2000, p. 71).

Porém, com base em Agamben, devemos observar e analisar de forma crítica a medida provisória como a possibilidade de atuação do Executivo por meio da decisão, que implica no reconhecimento de um instituto jurídico que possui a ideia de *força de lei*, todavia, sob essas coordenadas teóricas, desde a doutrina romana até a moderna teoria do direito, tais institutos referem-se aos decretos e regulamentos promulgados por decisão do Poder Executivo e que não representam uma Lei, possuindo apenas a sua força, o que representaria,

se levarmos em consideração a ideia de Democracia como limitação do poder pelo poder, uma anormalidade, haja vista que a via de atuação adotada pelo Poder Executivo pode sim ser caracterizada como uma via de exceção, dado seu caráter extraordinário.

Ao considerarmos essa possibilidade de uma abordagem e do reconhecimento das medidas provisórias como um instituto que no mínimo nos permite reconhecer uma anormalidade no Estado Democrático de Direito, talvez seja necessário refletir qual é o horizonte de perspectiva que se coloca com a hipertrofia do Executivo e, nesse momento, apresenta-se interessante o argumento de Carl Schmitt a respeito do *legislador extraordinário em razão da necessidade*. Dirá, então, Schmitt (2007, p. 78-79):

A coerência e a harmonia aproblemáticas entre Direito e lei são a questão existencial do Estado legiferante parlamentar. Como direitos fundamentais podem ser suspensos devido ao estado de exceção, também se suspendem simultaneamente, por determinado período de tempo, a primazia da lei e, conseqüentemente, o estado legiferante ou o próprio núcleo da Constituição: a liberdade e a propriedade. Ressalte-se, todavia, que não se deve introduzir um novo legislador extraordinário na organização de um Estado legiferante. Na verdade, com a prioridade e a primazia da lei, o Estado legiferante parlamentar conhece apenas *um* legislador, isto é, o seu legislador, o Parlamento, não suportando nenhum poder legislativo extraordinário e concorrente. Segundo esse sistema, as “medidas” da instância autorizada para atos extraordinários não são ilícitas, mas também não possuem força de lei. Tal predicado elas não precisam nem podem ter, pois a revogação dos direitos fundamentais já se encontra prevista, deixando assim de existir as restrições ao Estado de Direito que teriam exigido uma lei para a consecução da revogação.

Se essas “medidas” se tornarem decretos com força de lei, como ocorreu no *Reich* Alemão ao longo de uma prática governamental de dez anos, com a aprovação sancionadora da judicatura dos tribunais e seu reconhecimento pelo Direito Público, então haverá-se instalado um novo raciocínio no sistema de legalidade da Constituição. O novo legislador extraordinário do artigo 48 então poderá dispor de direitos fundamentais como liberdade e propriedade, tanto pela via da medida quanto pela via de um decreto que representa a lei. Com isso, disporá da substância própria do Estado burguês de Direito, o que acontece graças a uma base curiosamente dupla: em primeiro lugar, devido à sua equiparação ao legislador ordinário, em virtude da qual ele poderá satisfazer a primazia da lei em relação aos direitos fundamentais de liberdade e propriedade e, em segundo lugar, devido à competência de revogação que lhe foi expressamente outorgada e graças à qual os direitos fundamentais deixam de ser um empecilho para que tome suas medidas. O legislador ordinário somente poderá intervir nos direitos fundamentais por intermédio da primazia da lei, mas sem ter o direito de revogá-los. O legislador extraordinário, por sua vez, poderá fazer ambas as coisas e, independentemente de quaisquer fatores, já se destaca de maneira curiosa perante o legislador ordinário e assume posição superior a este.

Ora, diante de tal argumento, a questão do imperativo de limitação do poder soberano se coloca novamente, e destaca o caráter de anormalidade democrática, quando o

Executivo alcança poderes legislativos por via de medidas com força de lei, que na ordem constitucional brasileira são bem representadas pelas medidas provisórias. De acordo com Sérgio Barros (2000, p. 72) “no Brasil, os decretos com força de lei surgiram inicialmente de forma revolucionária. Foram por primeira vez constitucionalizados em 1937”. Não obstante, a Constituição de 1946 extinguiu os decretos com força de lei como forma de reação ao autoritarismo (BARROS, 2000, p. 73).

Entretantes, segundo Sérgio Barros (2000, p. 73):

A ressurreição do decreto lei foi obra do movimento militar que depôs João Goulart. Ocorreu no artigo 30 do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, que foi lacônico: *o Presidente da República poderá baixar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional*. Foi na Constituição de 67 e na Emenda Constitucional n. 1/69 que o decreto lei ressurgiu com o perfil constitucional que hoje o faz ser comparado com as medidas provisórias que o sucederam e – conforme parece ser consenso geral – para pior.

De tal modo, a partir do referencial teórico desta dissertação, é possível reconhecer a natureza das medidas provisórias como a mesma dos decretos-leis e, o mais importante, reconhecer ambos como institutos dotados de *força de lei*, que podem ser utilizados apenas pelo critério de conveniência da decisão soberana, haja vista os elementos autorizadores, urgência e relevância, serem expressões de textura tão aberta quanto *matéria de segurança nacional*. Ainda, fica autorizado o reconhecimento da ampliação dos poderes do Executivo, caracterizando uma verdadeira hipertrofia dessa imagem do poder político.

Para Sérgio Barros (2000, p. 74):

Acrescente-se a bem da verdade, indo além dos nomes para chegar à essência dos institutos, que a real adaptação das medias provisórias a um sistema de governo não-parlamentarista significa, no fundo, a volta do decreto-lei, mesmo que em condições menos autoritárias e ainda que continue a chamar-se medida provisória [...] O pudor de retornar na essência ao decreto-lei não pode ser maior que o de ficar com as atuais medidas provisórias, pois estas – sem limitação eficaz – são mais vexatórias do que aquele. Constituem um entulho autoritário maior, mais nocivo à democracia.

Destarte, por seu caráter hierárquico equiparado ao da lei votada no Parlamento, tais medidas podem ser compreendidas como um ranço do autoritarismo brasileiro, cujo objetivo é garantir a governabilidade, pela criação de um estado de exceção permanente; muitas vezes, conforme destaca Bercovici (2004), apresentado como emergência econômica, o que só demonstra a relação entre Estado e mercado e, portanto, a face do poder político que tenta

invariavelmente se ocultar, qual seja: o poder econômico e sua dinâmica de dominação e regulação, pela forma jurídica, da ação política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessas linhas finais deve ficar claro que não há pretensão de se propor uma leitura pessimista ou antidemocrática no que diz respeito aos fundamentos do Estado de Direito, pois o objetivo do trabalho foi, em primeiro lugar, o de demonstrar a importância de se refletir acerca do estado de exceção. Para tanto, o pensamento de Giorgio Agamben se apresenta

como fecundo referencial teórico para a investigação, na medida em que enfrenta temáticas importantes e lança questionamentos a respeito dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e sua relação com o poder político.

A imagem da democracia moderna em nossos dias é profundamente intrigante e há algo certamente enigmático quando nos aproximamos de uma análise pretensamente mais detida de seus fundamentos, não só políticos, mas, também, quando revisitamos criticamente os fundamentos da forma jurídica.

Alguns pontos da teoria do contrato social mereceram destaque como, por exemplo, a violência existente no estado de natureza e que é gerada pela ação dos indivíduos, ou seja, à natureza violenta dos homens, bem como o deslocamento do monopólio dessa violência para o Estado por meio da ideia de soberania. O fator determinante de limitação da ação violenta é a passagem da situação natural de liberdade para o surgimento do homem em condição de súdito, doravante, cidadão, mas, reconhecemos no mínimo a figura do sujeito de direito.

A partir das coordenadas teóricas apresentadas ao longo do trabalho, verifica-se que o Estado de Direito se apresenta como a regulamentação jurídica da política e, por meio da ideia de soberania, demonstra-se, ao menos desde Hobbes, a relação fundamental entre forma jurídica e poder político, o que implicará na possibilidade de reconhecimento de que a partir da modernidade estamos diante da forma jurídica da política. Desse modo, a forma jurídica ou o Estado de Direito detém o monopólio jurídico da violência e, na visão tradicional, faz uso dessa última de maneira legítima, uma vez que ao ser o detentor da soberania o Estado de Direito é criado para regular coercitivamente a sociedade e por fim ao estado belicoso, característica da vida pré-social ou, em termos hobbesianos, do estado de natureza.

Podemos verificar, portanto, que há uma relação fundamental entre Estado de Direito e poder político, de tal maneira que, torna-se importante refletir sobre os modos de se justificar a fundação legítima do Estado de Direito, bem como as formas crescentes e secularizadas de manifestação do poder soberano. A partir de tal constatação, elegeu-se o pensamento de Habermas como referencial teórico que é herdeiro da tradição do contratualismo e que visa pensar a legitimidade política da forma jurídica e da soberania.

Na visão do filósofo frankfurtiano, há necessidade de se reconhecer um poder/ação comunicacional, e, além disso, que todos os possíveis atingidos pela esfera do direito têm a possibilidade de participar de sua construção, significa dizer que os indivíduos ou sujeitos atribuem-se direitos uns aos outros a fim de que se possa construir um sistema de direitos mais completo e legítimo. Nesse momento, não se pensa mais a soberania de forma vertical, mas, sim, de maneira horizontal, desse modo, a legitimidade de todo ordenamento jurídico se

dá por meio da manifestação da soberania popular, pela autodeterminação e representação, apresentando-se aqui os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, é interessante notar que Habermas pode ser considerado como um autor que se filia a tradição do contratualismo quando pensa a relação entre direito e democracia, contudo, também é herdeiro do pensamento da escola de Frankfurt, assim, o pensador alemão não desconsidera elementos importantes no que diz respeito às relações entre Estado, mercado e forma direito, por exemplo. Sua hipótese é de que se há maior autonomia dos cidadãos também haverá a formação de um sistema de direitos mais legítimo, uma vez que todas as demandas surgidas na esfera pública política serão canalizadas para a fundamentação da ordem jurídica. Habermas faz uma distinção entre diferentes esferas sistêmicas inter-relacionadas, e, dentro desta abordagem teórica é possível verificar que a esfera do jurídico e do político podem ser instrumentalizadas pela esfera econômica, pois esta última é marcada pela racionalidade estratégica que visa fins e que tem por característica a dominação.

O limite para a dominação da racionalidade estratégica do mercado estaria no reconhecimento dos direitos humanos que derivam da ideia de cidadania e se justificam por meio da ação comunicacional existente no espaço político democrático. Habermas, ao se colocar o objetivo de salvar os ideais da modernidade, edifica uma teoria social crítica e uma filosofia do direito que se propõe a reconstituir os fundamentos teóricos do Estado Democrático de Direito, em especial pensando os problemas surgidos no segundo pós-guerra mundial, e os conflitos surgidos no final do século XX.

Contudo, podemos vislumbrar, recorrendo às teses de Agamben, os limites de tal perspectiva, haja vista que o filósofo italiano duvida da possibilidade de garantir a limitação do poder soberano dentro do Estado Democrático de Direito por meio do agir comunicativo, pois para Agamben a experiência vivida no século XX, em especial em seu final, e início do século XXI, nos mostra que o ocidente vive, em realidade, uma espécie de estado de exceção permanente. O estado de exceção pode ser entendido aqui como recurso para se pensar a democracia e o Estado Democrático de Direito, de maneira que Agamben detecta alguns paradoxos na situação de pretensa normalidade tão cara ao contexto do sistema político e a forma de Estado surgida das revoluções liberais (revoluções francesa e americana).

Agamben propõe, como dito, uma releitura da tradição do contrato social a fim de que possamos perceber a existência dos vários paradoxos no que diz respeito aos elementos constituintes de nossa forma de vida. O primeiro paradoxo exposto por Agamben é o da soberania, pois o autor italiano afirma que pensar a relação política originária como um

contrato somente expõe a vinculação entre a esfera do político e do mercado, pois, em realidade, a soberania se expressa como *bando*, o que significa dizer como uma relação de exceção que se estabelece por uma *exclusão includente*.

Nesse contexto, propondo uma teoria que se insere no cruzamento das reflexões de Foucault e Arendt, Agamben deixará de lado a análise das estruturas de legitimação do poder soberano e, seguindo as pistas foucaultianas, passa a uma análise das manifestações mais capilares de poder, chegando ao diagnóstico de que o poder soberano, em última análise, produz o corpo biopolítico que irá de alguma forma legitimar a própria estrutura de poder.

É interessante notar que Agamben se vale do conceito de biopoder de Michel Foucault e esta noção fundamenta sua crítica à ideia de contrato social e, ainda, ao elaborar seu conceito de soberania como *bando*, o filósofo italiano demonstra que em realidade a norma vive apenas da exceção, significa dizer que a situação de normalidade (Estado Democrático de Direito) depende da exceção para existir.

Não obstante, a partir de tais noções há, podemos dizer, uma teoria político-jurídica nas reflexões de Agamben, pensando muito especialmente a forma jurídica e a questão dos direitos humanos, pois ao partir da noção de biopolítica, que expõe o argumento de que a vida natural foi colocada no centro do debate contemporâneo acerca do político, torna-se possível uma crítica as declarações de direitos humanos; note-se bem que Agamben não nega o potencial de garantia das liberdades de tais declarações de direitos, todavia, pensa tais estruturas como dispositivos que inserem os cidadãos no contexto mesmo dos cálculos e estratégias de poder do Estado. Nesse momento, torna-se particularmente importante o conceito de *homo sacer*, uma vez que a partir da teoria do filósofo italiano é possível compreender a forma jurídica como o duplo social da forma mercantil, que cunha a ideia do sujeito de direito e, se o *bando* representa a insígnia da soberania e a prerrogativa de banir, pode-se verificar que o poder soberano tem uma margem de atuação sobre a vida natural colocada a seu alcance pela figura do *homo sacer*, que em última análise representa a possibilidade da retirada de direitos ou a anulação da figura do sujeito de direito e o surgimento da biopolítica *vida nua*.

Diante de tal perspectiva, significa dizer, a partir das reflexões de Agamben, pode-se afirmar que o próprio Estado Democrático de Direito, dado a característica dual ou ambivalente da forma jurídica, contém em sua estrutura a exceção ou, como dito, a normalidade do Estado Democrático de Direito de verniz liberal necessita ser garantida pelo estado de exceção que é um espaço de indistinção entre o político e o jurídico e esfera de atuação privilegiada da soberania, em especial por meio de situações de crise em que se exige

a “manutenção da ordem”, oportunidade em que há a transformação do Estado Democrático de Direito, erguendo-se violentamente o estado de exceção contra uma eventual possibilidade de existência de um poder fora da esfera do monopólio jurídico do Estado, bem como contra aqueles que são considerados como não integráveis (*exclusão includente*).

Por fim, pode-se dizer que os “não cidadãos”, viventes que outrora foram sujeitos de direitos, agora estão expostos a todo tipo de violência e à morte, por não pertencerem ao sistema que se estabelece pela relação entre o político e o mercado garantido pela forma jurídica, desse modo, podemos revisitar a preocupação de Benjamin e as teses apresentadas em *Crítica da violência-Crítica do poder*, que colocam em choque a perspectiva dos oprimidos e a leitura dos vencedores. Pretende-se com isso conduzir uma reflexão sobre as ambigüidades da ordem jurídica democrática tida como uma evolução histórica do processo civilizador a fim de que possamos compreender a estratégia de manutenção do poder pelo enfraquecimento da ação política individual ou de classe através da opressão violenta de perspectivas reivindicatórias e, portanto, emancipatórias, chamando a atenção o pensador alemão e também Agamben para a tarefa de que precisamos refletir acerca de uma forma de deposição da cruel dialética da forma direito por meio de outro uso do jurídico, destarte, para que possamos nos livrar das estruturas opressoras e totalitárias como as que também existiram em nosso país e que se encontram na forma jurídica.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Liberalismos políticos. Trad. Jorge F. Malem Seña In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 17-18, p. 25-51.1995.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004.

- _____. Entrevista com Giorgio Agamben. Entrevista a Flavia Costa. Trad. Susana Scramim. In: **Revista do departamento de Psicologia – UFF**, v. 18, nº 1, p. 131-136. 2006.
- _____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora da UFMG. 2007a.
- _____. **Profanações**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo. 2007b.
- _____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo. 2008.
- _____. O que é um dispositivo? In: **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó-SC: Argos editora da Unichapecó. 2009.
- _____. **Sobre segurança e terror**. Trad. Agência imediata. Disponível na internet: WWW.libcom.org/library . Acesso em: 29/05/2012.
- _____. Cosa insegna alla política la rinuncia di Ratzinger. In: **La repubblica**, 16 febbraio 2013. Disponível na internet: <http://temi.repubblica.it/micromega-online>. Acesso em 18 de fevereiro de 2013.
- _____. ¿Qué es un Campo? Disponível na internet: http://www.oei.org.ar/edumedia/pdfs/T06_Docu4_Queesuncampo_Agamben.pdf. Acesso em: 11 de setembro de 2013.

ALEXY, Robert. Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Trad. A. Daniel Oliver-Lalana. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 23, p. 197-230.2000.

_____. Una defensa de la fórmula de Radbruch. In: **Anuário da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**. Universidade da Coruña, p. 75-95. 2001.

_____. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: wmf Martins Fontes. 2011.

ALMEIDA, Eneá de Stutz. Da segurança nacional à segurança jurídica: armadilha pós-ditadura em favor da emergência do fundamentalismo jurídico. In: **Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira**. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008.

AMADO, Juan Antonio García. Apresentação: Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.

_____. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. Trad. João Roberto Martins Filho. São Paulo: Editoria Brasiliense. 1998.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.1997.

ARANTES, Paulo Eduardo. 1964, o ano que não terminou. In: **O que resta da ditadura: exceção brasileira**. TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). São Paulo: Boitempo. 2010.

ARENDT, Hannah. **O sistema totalitário**. Trad. Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1978.

_____. O que é autoridade? In: **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva. 1972

ARGÜELLO, Katie. Decisionismo: um confronto entre Max Weber e Carl Schmitt. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, pp 65-81. 2000.

ARISTÓTELES, **Política**. Trad. Mário da Gama Cury. 3ª Ed.; Brasília: editora Universidade de Brasília. 1997.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia en Habermas**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 2000.

APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Trad. Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral In: Cadernos de tradução, n. 3. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira**. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, provisórias? In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 53, p. 67-82. 2000.

BARRY, Brian. Derechos humanos, individualismo e escepticismo. Trad. Mercedes Carreras. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante. n. 11, p. 219-231.191992.

BARSALINI, Glauco. **Direito e política na obra de Giorgio Agamben: soberania e estado de exceção permanente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor. 2013.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do executivo brasileiro: o impacto da Constituição de 1988**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2007.

_____. Estado de direito, formas de estado e constituição. In: **Em tempo**. Marília. v. 10, p. 85-99. 2011.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – crítica do poder. In: **Documentos de cultura, documentos de barbárie**. São Paulo: Cultrix/USP, pp 160-175. 1986.

_____. Sobre o conceito de história. In: **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 2008.

_____. Teorias do fascismo alemão. Sobre a coletânea *Guerra e guerreiros*, editada por Ernst Jünger. In: **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 2008.

_____. Franz Kafka. A propósito do décimo aniversário de sua morte. In: **Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política**. Trad. Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense. 2008.

_____. **Destino e caráter**. Trad. João Barrento. Coleção textos clássicos de filosofia. Covilhã: Universidade da Beira Interior. 2011.

BENTO, António. **Teologia e mitologia política. Um retrato de Carl Schmitt**. Disponível na internet: <http://www.bocc.uff.br/pag/bento-antonio-carl-schmitt-teologia.pdf>. Acesso em: 1º de fevereiro de 2013.

_____. **Forma de lei, messianismo e estado de exceção**. Disponível na internet: <http://www.bocc.uff.br/pag/bento-antonio-lei-messianismo.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue editorial. 2004.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. In: **Lua Nova**, nº 61, p. 5-24. 2004.

_____. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

_____. “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”: a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: **O que resta da ditadura: exceção brasileira**. TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). São Paulo: Boitempo. 2010.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. In: **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 118, p. 401-415.2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1986.

_____. A crise da democracia e a lição dos clássicos. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 170, p. 29-45. 1987.

_____. **Liberalismo e democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª edição. São Paulo: editora brasiliense. 1993.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone. 1995.

_____. **Teoria das formas de governo**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

_____. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 2ª Ed. Brasília: Paz e Terra. 1990.

_____. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial**: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

_____. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. In: **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Barueri-SP: Manole. 2005.

BORON, Atílio A. ; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da Teoria do Estado e da Democracia. In: **Filosofia política contemporânea**: controvérsias sobre civilização, império e cidadania. São Paulo: Departamento de Ciência Política – USP. 2006.

BORRADORI, Giovanna. **Filosofia em tempo de terror**: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Trad. Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2004.

BRAVO, Ramón Campderrich. **Soberanía, “Estado dual” y excepcionalidad**: de Carl Schmitt a los Estados Unidos del siglo XXI. Disponível na internet: <http://www.uv.es/cefd/15/Campderrich.pdf>. Acesso em 07/07/2013.

BUENO, Roberto. **Liberdade, desigualdade e democracia**: elementos para uma sociedade livre na filosofia jurídico-política de Norberto Bobbio. Dissertação de Mestrado em Direito – UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília. 2006.

_____. A filosofia jurídica da democracia: Bobbio, um *work in progress*. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 171, p. 107-123.2006.

_____. Schmitt: a crítica liberal através do político. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol 12, nº 24, p. 60-67.2010.

BULYGIN, Eugenio. Sobre el status ontológico de los derechos humanos. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 4, p. 79-84.1987.

BUTLER, Judith. O limbo de Guantánamo. Trad. Alexandre Morales. In: **Novos Estudos CEBRAP**, nº 77, p. 223-230. 2007.

CAMPBELL, Tom. El sentido del positivismo jurídico. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 25, p. 303-331.2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina. 1998.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben**: uma arqueologia da potência. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica. 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LOPES GOMES, David Francisco. Novas contribuições para a teoria do poder constituinte e o problema da fundação moderna da legitimidade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, nº 53, p. 235-270. 2008.

_____. O tempo da Constituição: a legitimidade da Constituição entre o direito e a política vinte anos depois. In: **Uma homenagem aos 20 anos de Constituição Brasileira**. SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2008.

CHAHURUR, Alan Ibn. Filosofia do direito: uma questão preliminar. In: **Em tempo**. Marília. v. 10, p.25-42. 2011.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1997.

CHAUÍ, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico político. In: NOVAES. Adauto (org.). **Civilização e barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

_____. **O retorno do teológico político**. Disponível na internet: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/as-minhas-escolhas.php> . Acessado em 01/07/2012.

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

_____. Agamben e Derrida: a escrita da lei (sem forma). In: **Pensar**, Fortaleza, v. 16, nº 2, p. 795-824, 2011.

_____. Constituição radical: uma ideia e uma prática. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, nº 58, p. 25-36.2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

DÍAZ, Elías. Legitimidad y justicia: la constitución, zona de mediación. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 4, p. 349-353. 1987.

DYMETMAN, Annie. Benjamin e Schmitt: uma arqueologia da exceção. In: **Lua Nova**, nº 153. 2003, p. 156-205.

DURÃO. Aylton Barbieri. O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas. In: **Ethic@**. Florianópolis. v. 7. n.2, p. 233-251. 2008.

_____. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. In: **Trans/Form/Ação**. São Paulo, v. 32, p. 119-137. 2009.

DUTRA. Delamar José Volpato. A legalidade como forma do Estado de Direito. In: **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 109, p. 57-80. 2004.

_____. Direito, poder e violência: Habermas e Derrida. In: **Revista Dissertatio**, Pelotas –RS, edição comemorativa, p. 323-342. 2004.

_____. **Razão e consenso em Habermas**. Florianópolis: Editora da UFSC. 2005.

_____. Perspectivas de moralização do Direito: Kant e Habermas. In: **Crítica: Revista de Filosofia**. Londrina. v. 12. n. 36. p. 337-356. 2007.

FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho: la edad moderna**. Vol. 2. Trad. José F. Lorca Navarrete. Madrid: Ediciones Pirâmide. 1982.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli; Márcio Laura Filho. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

FERRARI, Sônia Campaner Miguel. Walter Benjamin e Carl Schmitt: estado de exceção, soberania e teologia política. In: **Fragments de cultura**. v. 13 especial. Goiânia. Outubro de 2003, p. 129-141.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político: Crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: UFMG. 2004.

_____. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.

FLICKINGER, Hans Georg. A luta pelo espaço autônomo do político. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Reflexões sobre a guerra e a lei. In: **Revista da faculdade de Direito da UFPR**, V. 33, p. 109-119. 2000.

FOUCAULT. Michel. **A história da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon. Rio de Janeiro: Graal. 1977.

_____. Omnes et singulatim: por uma crítica da razão política. Trad: Heloísa Jahn. In: **Novos estudos CEBRAP**, v. 26, pp. 77-113. 1990.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio Janeiro: Nau Editora/PUC-RIO. 2002.

_____. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal. 2010.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito constitucional**: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

GAGNEBIN, Jean Marie. **Walter Benjamin**: os cacos da história. São Paulo: Brasiliense. 1982.

_____. Teologia e Messianismo no pensamento de W. Benjamin. In: **Estudos avançados 13 (37)**. São Paulo: Cebrap. 1999.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Kant, Schopenhauer e o direito de mentir. In: **Em Tempo**. Marília, v. 3. p. 103-107. 2001.

_____. Foucault. In: **Em tempo**. Marília, v. 6, p. 9-19. 2004.

_____. O discurso e o direito. In: **Direito e discurso**: discursos do direito. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006.

_____. Notas sobre direito, violência e sacrifício. In: **dois pontos**, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp. 33-47. 2008.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: **Kriterion**, Belo Horizonte, nº 118, pp. 267-308. 2008.

_____. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: **Gramática dos direitos fundamentais**. PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Org.). Rio de Janeiro: Campus jurídico. 2010.

_____. Prefácio. In: **Ordenamento e exceção**: uma relação necessária. ZANOTI, André Luiz Depes. São Paulo: Ltr. 2010.

_____. A vida nua e o sujeito de direito. In: **Revista Cult**, São Paulo: Bregantini, nº 180, p. 28-31. 2013.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros. 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984.

_____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola. 2002

_____. Tanner Lectures (direito e moral). 1986. In: **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. A soberania do povo como processo (1988). In: **Direito e democracia: entre facticidade e validade II**. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. La soberanía popular como procedimiento. Trad. Bolívar Echeverría. In: **Cuadernos Políticos**, nº 57, México, D.F, p. 53-69.1989.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.

_____. A história é parte de nós. Por que se concedeu o prêmio da democracia a Daniel J. Goldhagen?. In: **Textos de História**. Trad. Estevão de Rezende Martins, v. 5, nº 1, p. 127-133. 1997.

_____; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós. 1998.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Trad: Guido A. De Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **El concepto del derecho**. 2 ed. Trad. Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1968.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. Trad. Luis Tobío. Pánuco-México: Fondo de Cultura Economica. 1963.

HERKENHOFF, João Baptista. **Introdução ao direito: abertura para o mundo do direito, síntese de princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Thex. 2006.

HERÓDOTO. **História**. Trad. Henri Larcher. Versão para o português J. Brito Broca. EBooksBrasil. 2006.

HERZOG-MÁRQUEZ, Jesús Silva. Sismologia política. Un apunte sobre Carl Schmitt. In: **Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho**, nº 4, p. 149-155.1996.

HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante. n. 21-II, p. 201-218.1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor. 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural. 1974.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES. Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2006.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é o iluminismo? In: **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. De Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

KELSEN, Hans. **¿Que es la justicia?** Córdoba: Imprenta de la universidad de Córdoba. 1956.

_____. **A justiça e o direito natural**. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado. 1963.

_____. Essência e valor da democracia. In: **Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 170, p. 63-129. 1987.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

_____. **O que é a justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 1997.

_____. **O estado como integração: um confronto de princípios**. Trad. Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

_____. Deus e Estado. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.

_____. A alma e o direito. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt: O político entre a especulação e a positividade**. Trad. Carolina Huang. Barueri: Manole. 2006.

_____. O estado de direito no idealismo alemão: Kant, Fichte, Hegel. In: **dois pontos**, Curitiba, São Carlos, vol. 4, nº 1, pp. 107-135. 2008.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida. In: **Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito**. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.

LEVI, Primo. **Se isto é um homem**. Trad. Simonetta Cabrita Neto. 10ª ed. Alfragide-Portugal: Teorema. 2013.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**. Um leitura das teses ‘sobre o conceito de história’. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo. 2005.

LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. In: **Direito e discurso: discursos do direito**. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux. 2006.

LYOTARD, Jean-François. **Peregrinações: lei, forma, acontecimento**. Trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Estação liberdade. 2000.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. In: **Revista Lua Nova**, nº 42, p. 119-217. 1997.

MARX, Karl. **El capital: crítica de la economía política**. Vol. 1. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica. 1958.

_____. **A questão judaica**. São Paulo: Editora Moraes. 1991.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La universalidad de los derechos humanos. In: **Doxa, cuadernos de la Filosofía del Derecho**. Nº 15-16, p. 613 – 633. 1994.

MATOS, Andytias Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

_____. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, nº 54, p. 11-48. 2009.

_____. Kelsen contra o Estado. In: **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana**. Costa Matos, Andityas Soares de Moura; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2012.

_____. Nômos Pantokrator? Apocalipse, exceção, violência. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 105, p. 277-342, 2012.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: editora da UFMG. 1986.

MILOVIC, Miroslav. Política do messianismo: reflexões sobre Agamben e Derrida. In: **Cadernos de ética e filosofia política**, nº 14, p. 103-121. 2009.

MORAES, João Quartim de. Patologias congênitas das instituições de 1988. In: **Idéias**. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, p.25-41. 2010.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra Carl Schmitt. In: **Revue Française de Science Politique**. vol 42. nº 1. 1992, p. 1-14. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Disponível na internet: www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf. Acesso em: 10/08/2012.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs. 2012.

_____. Estado Democrático de Direito e democracia em crise: sobre a interpretação das teses de Giorgio Agamben por Christian Delacampagne. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº 105, p. 383-407.2012.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito. Um estudo sobre Pachukanis**. Tese de Doutorado. UNICAMP - Universidade Estadual de Campinas. 1996.

_____. Direito, circulação mercantil e luta social. In: **Direito, sociedade e econômica: leituras marxistas**. ALVES, Alaôr Caffé ...[et al.]. Barueri-SP: Manole. 2005.

_____. A democracia e seu não lugar. In: **Idéias**. Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, p.61-69. 2010.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

NEVES, Marcelo. Soberania do Estado e soberania do povo no Estado democrático de direito. In: **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Barueri-SP: Manole. 2005.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo**. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: renovar. 1989.

PAULSON, Stanley L. A ideia central do positivismo jurídico. Trad. Thomas da Rosa de Bustamante. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, nº 102, p. 101-137.2011.

PAVÃO, Aguinaldo. Kant contra Hobbes: moralidade e autoridade política. In: **Kant e o kantismo: heranças interpretativas**. MARTINS, Clélia Aparecida; MARQUES, Ubirajara Rancan de Azevedo. São Paulo: brasiliense. 2009.

PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções. Kant e Madison sobre paixões e instituições. In: **Crítica: Revista de Filosofia**. Londrina. v. 11. n. 33, p. 131-156. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. In: **O que resta da ditadura: exceção brasileira**. TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). São Paulo: Boitempo. 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Uma leitura habermasiana da relação entre esfera pública e forma jurídica. In: **Revista de Crítica Jurídica**, vol. 4, p. 5-15. 2010.

_____. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 196, p. 297-311.2012.

_____. Direito e esfera pública: uma leitura a partir de Habermas. In: **A nova interpretação do direito: construção do saber jurídico**. HERRERA, Luiz Henrique Martim; BAIIO, Lucas Seixas (org.). Birigui – SP: Boreal editora. 2012.

_____. Heurística do poder e perspectivas críticas ao Estado de Direito: uma leitura a partir de Walter Benjamin. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 198, p. 239-254. 2013.

_____; SOUZA, Tiago Clemente. Sobre hermenêutica, direito e literatura: itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol. 15, nº 29, p. 74-83. 2013.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

_____. **A teoria da justiça como equidade: uma teoria política, e não metafísica**. In: **Justiça e Democracia**. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

REALE, Miguel. Constituição e totalitarismo normativo. In: **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

_____. Autodefesa da democracia. In: **Problemas Brasileiros**, nº 287, p. 1-36. 1991.

RIBEIRO, Renato Janine. **A marca do leviatã**. São Paulo: Ática. 1978.

_____. Hobbes: o medo e a esperança. In: **Os clássicos da política**. WEFFORT, Francisco C. (Org.). São Paulo: Ática. 2006.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Avida humana e o estado de exceção: a tentação totalitária do controle biopolítico. In: **Estado, política e direito: políticas públicas e direitos fundamentais**. DORNELLES, José Ricardo Wanderley; SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano. Cricúma-SC: ed. Unesc. 2011.

SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. In: **Revista Filosófica de Coimbra**, Coimbra, nº 23, p. 157-180.2003.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1986.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Direito constitucional: a Constituição deles não é a nossa**. São Paulo: Acadêmica. 1995.

SCHMITT, Carl. **La dictadura**: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Trad. José Díaz García. Madrid: Revista de Occidente. 1968.

_____. I tre tipi di pensiero giuridico. In: **Le categorie del ‘politico’**: saggi di teoria politica. Trad. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino. 1972.

_____. **El Leviathan en la teoría del Estado de Tomás Hobbes**. Buenos Aires: editorial Struhart & Cía. 1990.

_____. **O conceito do político**. Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

_____. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996.

_____. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996.

_____. **Legalidade e legitimidade**. Trad. Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. Um estudo semiótico da estratégia burguesa de determinação da conduta social. In: **Ciência e Cultura (SBPC)**, São Paulo, v. 36, n.3, p. 377-385, 1984.

_____. Filosofia e jurisprudência nos primórdios do pragmatismo: Charles S. Peirce e Oliver Wendell Holmes, JR. In: **Em tempo**. Marília, v. 4, p. 84 – 97. 2002.

_____. Habermas lendo Peirce. In: **Trans/form/ação**. Marília, v. 36, nº 1 (especial), p. 33-44. 2013.

SÓFOCLES. **Antígona**. Transc. Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

TEIXEIRA JUNIOR, Geraldo Alves. **Razão de estado e política antiterrorismo nos Estados Unidos**. Tese de Doutorado. UNICAMP - Universidade Estadual de Campinas. 2011.

VALLESPÍN, Fernando. Introducción. In: **Debate sobre el liberalismo político**. HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. Barcelona: Paidós. 1998.

WIGGERSHAUS, Rolf. **A escola de Frankfurt**: História, desenvolvimento teórico, significação política. Trad. Lilyane Deroche-Gurgel; Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Difel. 2006.

ZANOTI, André Luiz Depes. **Ordenamento e exceção**: uma relação necessária. São Paulo: Ltr. 2010.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: **O que resta da ditadura**: exceção brasileira. TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). São Paulo: Boitempo. 2010.