

**VIOLÊNCIA E RACIONALIDADE JURÍDICA:
SOBRE A POTÊNCIA DOS MEIOS**

OSWALDO GIACOIA JUNIOR



Violência e racionalidade jurídica: sobre a potência dos meios

Violence and legal rationality: on the potency of the means

Oswaldo Giacoia Junior¹

Resumo: Investigo no presente trabalho o estatuto teórico da noção de forma-direito, ou do conceito de forma jurídica, no interior da reflexão filosófica de Giorgio Agamben a respeito do estado de exceção como operador central para a compreensão da política no mundo contemporâneo. Examinado também a relevância das contribuições de Carl Schmitt e Walter Benjamin para o pensamento jurídico-político de Giorgio Agamben.

-
- 1 Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1976) e em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1976). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983) e Doutor em Filosofia pela Freie Universität Berlin (1988). Pós-doutorado pela Freie Universität Berlin (1994), pela Universidade de Viena (1998) e pela Universidade de Lecce (2006). Atualmente é professor Titular do Departamento de Filosofia-IFCH da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Sua pesquisa concentra-se na área de Filosofia Moderna e Contemporânea, com ênfase em História da Filosofia e Ética, ocupando-se de temas como: teoria da cultura, ética pura e aplicada, filosofia do direito, filosofia social, política e da história, filosofia clássica francesa e alemã, especialmente em relação às obras de Augusto Comte, Arthur Schopenhauer e Friedrich Nietzsche.

Palavras-chave: Norma. Exceção. Direito. Estado. Política. Forma jurídica.

Abstract: In this paper I examine the theoretical status that the notion of the “form law”, or the concept of juridical form, acquires within the philosophical reflection of Giorgio Agamben about the state of exception as a central operator for the understanding of politics in the contemporary world. This paper also examines the relevance of the contributions of Carl Schmitt and Walter Benjamin to the legal-political thought of Giorgio Agamben.

Keywords: Norm. Exception. Law. State. Politics. Juridical form.

No livro *O Estado de Exceção*, Giorgio Agamben dedica um capítulo a “Uma Luta de Gigantes Acerca de um Vazio”. O título sugere, já em seu enunciado, o dilema representado pelo conceito de exceção, que confronta a racionalidade do direito: ao lado da oposição entre exceção e regra, perfila-se o problema das relações entre direito e política, entre uma positividade exterior à norma, e uma concepção de ordenamento jurídico identificado como um sistema lógico de normas jurídicas. Esse é o significado da exceção para a teoria do direito, na medida em que seu significado flutua entre a Ciência Política, a Sociologia, a História, a Teoria do Estado e o Direito Constitucional, recobrando um campo semântico tão vasto quanto confuso, que favorece a notável difusão dos interesses a seu respeito.

Como problema real, as figuras da exceção – a exemplo do estado de emergência, de calamidade ou de sítio – turvam a transparência de um discernimento límpido entre vigência normal da ordem jurídica e condições extraordinárias de sua realização possível, aquelas circunstâncias factuais que exigem sua suspensão legítima. Trata-se de um problema

que Giorgio Agamben denomina “tópica paradoxal”, que remete, em derradeira instância, às relações entre facticidade e validade, legalidade e legitimidade ou, em outras palavras, direito e força, violência e instituição de uma ordem jurídico-estatal, pois que a exceção abre, no interior do direito, um espaço tanto interno quanto externo à lei e ao ordenamento, uma vez que reproduz a tensão originária entre os termos que permitem a inscrição legítima da força no âmbito de regramento das relações sócio-políticas ordenadas pelo Estado.

Nesses termos, a questão da exceção explícita, pois, a aceção propriamente moderna de soberania e, com ela, a identificação conceitual possível entre direito e Estado. Se a decisão sobre a excepcionalidade traduz uma dimensão política (soberana) externa à constituição – na medida em que está legitimada para suspender a efetivação de suas garantias –, isso só ocorre na medida em que essa mesma decisão mantém-se no interior das condições necessárias e suficientes para uma aplicação da ordem jurídica aos casos normais e, portanto, mantém-se dependente de uma remissão incontornável à esfera do direito.

Percebe-se, pois, a verdadeira natureza do problema: as relações entre direito e política, história factual e normatividade, recolocam a questão jurídica da revolução, do poder formal e institucional constituinte e constituído que advém de sua violência originária; a oposição entre direito e força remete, portanto, à antinomia entre a violência revolucionária, que preside a instauração de um campo de legalidade constitucional, e a interiorização dessa mesma violência, sob a forma de instituições e aparatos estatais legal e legitimamente constituídos. É nesse registro que podemos situar, com Agamben, o confronto doutrinário entre a teoria pura do direito de Hans Kelsen e a teologia política de Carl Schmitt, entendido por ele como uma verdadeira encruzilhada da filosofia jurídica e política contemporânea:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é então nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através de sua própria suspensão.²

O que temos em vista, portanto, é uma oposição aparentemente radical entre duas vertentes teóricas e metodológicas, de indisputável relevância e atualidade: por um lado, o positivismo jurídico, impermeável a qualquer compromisso com o âmbito fático da causalidade, vinculado ao âmbito categorial da imputação, do dever-ser e da normatividade; por outro lado, a suspensão política da ordem jurídica que parece escapar, em sua consistência factual, a qualquer consideração lógica ou normativa. Se, com Hans Kelsen, pensamos o direito como sistema lógico de regras hierarquicamente dispostas, num plano de perfeita consistência, coerência e completude, com Carl Schmitt mergulhamos nos abismos da exceção, que não somente explica, mas funda a norma e, no fenômeno da decisão, torna manifesta a essência do jurídico.

A soberania, portanto, seja entendida em acepção lógica, como totalidade sistemática de uma ordem jurídica mundial, fundamentada numa norma fundamental, ou então compreendida a partir do parentesco antinômico, mas estruturante do fenômeno jurídico, entre regra e exceção, apresenta-se, em toda sua densidade problemática, como o *locus* privilegiado para a emergência de uma reflexão crítica acerca dos conceitos fundamentais da teoria do Estado e da Constituição, na qual se cruzam e se imbricam as esferas do direito e da política, do fato e da norma, da causalidade e da imputação. É por esses circuitos labirínticos que nos deparamos com os arcanos da soberania.

2 AGAMBEN, 2002, p. 35.

Retomando os termos formulados por Carl Schmitt, Agamben nos recorda a dramaticidade do problema, explicitando como própria da soberania uma condição estrutural anômala, na qual os elementos reunidos no sintagma “ordem jurídica” efetivamente separam-se um do outro, sem que, contudo, possamos cogitar de anarquia ou caos, uma vez que a soberania se expressa na excepcional situação na e pela qual se mantém a existência fática da autoridade estatal, unicamente sob o pressuposto da suspensão das garantias constitucionais lastreadas no ordenamento jurídico:

A decisão [soberana] libera-se de toda vinculação normativa e se torna, em sentido próprio, absoluta. No estado de exceção, o estado suspende o direito, por força de um direito de auto conservação, como se diz. Os dois elementos do conceito “ordenamento-jurídico” (*Rechts-ordnung*) entram aqui um em face do outro, e demonstram sua independência conceitual. Do mesmo modo como no caso normal o momento independente da decisão pode ser reduzido a um mínimo, no caso de exceção a norma é aniquilada. Independentemente disso, também o estado de exceção permanece acessível ao conhecimento jurídico, porque ambos os elementos, a norma e a decisão, permanecem no âmbito do jurídico.³

A antinomia é relevante não apenas porque manifesta a essência da soberania, mas também porque torna possível a compreensão de fenômenos conexos de importância jusfilosófica capital: a situação de exceção (assim como a decisão que a institui) não pode ser vista *nem* como interna ao ordenamento jurídico – no sentido de um suporte fático para aplicação do tipo normativo – e *nem* tampouco como fenômeno inteiramente externo e inapreensível pelas categorias do direito; não pode sê-lo porque o estado de exceção não é um caso subsumível sob nenhuma norma, mas, por

3 SCHMITT, 2004, p. 19. Salvo indicação em contrário, todas as traduções são de minha autoria.

definição, aquilo que escapa à subsunção sob toda norma geral; por outro lado, como *decisão*, revela a própria essência do elemento jurídico.

Seria importante concentrar a atenção nos elementos propriamente jusfilosóficos mobilizados por Agamben, pois essa concentração autoriza a privilegiar um aspecto que se destaca pouco em seus livros publicados: a importância do diálogo tenso e irreconciliável entre os *juristas* que, antes de tudo, foram Hans Kelsen e Carl Schmitt. Desde muito cedo, tanto Kelsen quanto Schmitt atentaram para os problemas e as virtualidades ínsitas ao conceito de soberania, sobretudo para as dificuldades insuperáveis a seu cômodo enquadramento nos quadros categorias da ciência jurídica. Em seu livro: *O Problema da Soberania e a Teoria do Direito Internacional: Contribuição Para Uma Doutrina Pura do Direito*, publicado em 1920, Kelsen começa por reconhecer na soberania um dos conceitos mais difíceis e controversos da moderna doutrina do Direito Público, cujo significado sofreu variado processo de transformações que deram origem a muitas controvérsias a respeito de sua definição.

Contudo, o fenômeno da soberania só se torna inteligível segundo categorias jurídicas quando posto em conexão com o Estado e, por essa via, com o ordenamento jurídico. Não se trata, assim, de prescindir do conceito de soberania na ciência do direito, trata-se antes de reconhecer a necessidade de determinação de seu conteúdo de verdade:

Por isso, no fundo é uma ideia errada aquela de eliminar em geral o conceito de soberania da moderna doutrina do direito e do Estado somente porque um dos seus muitos significados⁴ – que sem nenhuma fundamentação profunda é retido como o único

4 Seja aquele de Bartolus (1314-1357), para quem soberania era predicado de *civitates quae superiorem non recognoscunt*, ou de Bodin (1530-1596), que concebia soberania como *summa potestas* ou *supremitas*.

justo, como “autêntico”, *in genere* aquele de poder absoluto e ilimitado do Estado – não se concilia com a moderna concepção do Estado de direito.⁵

Nenhum outro conceito, escreve Kelsen,

[...] mais do que aquele de soberania ofereceu cobertura teórica para postulados supremamente práticos, de modo que justamente sua história pode fornecer o exemplo clássico seja do anarquismo metódico que ameaça a ciência jurídica em seu caráter teórico, seja, sobretudo, daquela funesta mistura entre a consideração político-moral e a jurídica, mas também entre a consideração jurídica e a sociológico-política.⁶

Portanto, a primeira tarefa a ser enfrentada, para um tratamento científico adequado e consistente 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, regrado pela noção de dever-ser e pela categoria da imputação, infenso, portanto, ao âmbito do ser, bem como ao princípio da causalidade natural. Com isso, percebemos que a intenção de Kelsen consiste em, desde o início de seu trabalho, corrigir o anarquismo metodológico produzido no campo da ciência jurídica pela instabilidade semântica das definições de soberania.

Tratar do tema, no campo de problemas de que se ocupa uma ciência jurídica digna desse nome – uma *Rechtswissenschaft* – implica antes de tudo isolá-lo em seus aspectos jurídico-normativos, com exclusão de qualquer aporte ideológico ou científico de outra natureza, seja moral ou político, psicológico, econômico ou sociológico. Como consequência desse programa metodológico rigoroso, impõe-se definir a soberania em relação inextrincável com o conceito de norma, de tal modo que soberana é somente a norma suprema ou

5 KELSEN, 1981, p. 2.

6 KELSEN, 1981, p. 1.

um conjunto de normas cuja validade não é logicamente derivada de nenhuma norma ou conjunto de normas anteriormente pressupostos, sendo a anterioridade entendida em acepção puramente lógica.

A um homem ou a um conjunto de homens aplica-se o predicado “soberano” somente na medida em que se pressupõe que representam uma norma (ou conjunto de normas) como suprema. Soberania é, portanto, em termos rigorosos, uma designação *metafórica* para denotar uma propriedade lógica das normas, ou antes, de um sistema de normas sistematicamente unificado como *ordenamento jurídico*, que tem a propriedade de não ser ulteriormente derivável, ou seja, cuja validade não pode ser logicamente dedutível de nenhuma outra norma que lhe sirva de fundamento.

Sendo assim, o principal erro da ciência do direito, quanto à concepção de soberania, consistiu em tomá-la na acepção de um fato real da natureza, quando seu conteúdo de verdade é dependente do ordenamento normativo, que por sua vez se identifica com o direito positivo, com o ordenamento jurídico definido como um ordenamento estatal, como um Estado definido enquanto direito. Nesse sentido, “o Estado soberano é um ordenamento supremo, que não deriva de nenhum outro ordenamento superior e que é pressuposto como supremo”.⁷

Como, porém, nos marcos teóricos de uma *Rechtslehre*, a ideia de ordenamento remete necessariamente, para poder dar conta de seu objeto próprio, à ideia de um todo organizado logicamente como sistema, isso acarreta como consequência que, se o conceito de soberania faz sentido em relação ao direito e ao Estado, enquanto este se identifica com o ordenamento jurídico, definindo-se, pois, como Estado de Direito, então um ordenamento só pode ser dito soberano se

7 KELSEN, 1981, p. 9.

não estiver compreendido em nenhum outro ordenamento, de onde se depreende que o conceito de soberania remete necessariamente à ordem jurídica mundial.

Ordenamento soberano é somente aquele que não está “contido” em nenhum outro ordenamento porque não pode ser derivado de nenhum outro; em outros termos, soberano é unicamente o ordenamento total que reúne todos os outros como ordenamentos parciais, é o Estado como conceito *jurídico* somente se coincide com o ordenamento jurídico total. Somente se reconhecemos a soberania como qualidade do Estado definido como ordenamento *jurídico* pode ter sentido a tentativa, feita precisamente do lado jurídico da Teoria do Estado, de interpretar a soberania como conceito *jurídico*.⁸

Em outras palavras, soberania tem sentido como conceito jurídico somente se concebida em ligação com uma totalidade pensada enquanto sistema de um ordenamento ideal, uma ideia ou exigência lógica em sentido transcendental, no interior da qual todos os ordenamentos jurídicos estatais estão integrados ao todo do direito internacional público sobre a base de uma *norma fundamental pressuposta*, de onde retira, em última instância, sua validade normativa.

Delinea-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 à ideia de 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.

Desse modo, a soberania dos ordenamentos jurídicos nacionais é absorvida e como que diluída normativamente no direito público internacional e no ordenamento jurídico

8 KELSEN, 1981, p. 13. Grifou-se.

global. Somente se satisfeita essa condição, o conceito de soberania teria direito de cidadania numa teoria pura do direito, numa ciência jurídico-normativa depurada de todo elemento espúrio advindo das ideologias morais ou políticas ou da racionalidade própria das ciências da natureza ou das ciências sociais empíricas.

Para Carl Schmitt, tudo se passa num extremo teórico oposto. 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. E, justamente por constituir essa fronteira evanescente, ele conserva um elemento fundamental pelo qual se faz acessível à racionalidade jurídica e, em verdade, só adequadamente acessível a ela, pois que constitui a essência do jurídico, qual seja, o elemento decisão:

A exceção é aquilo que não pode ser subsumido. Ela se subtrai à apreensão universal, mas ao mesmo tempo manifesta com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico, a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual normas jurídicas podem ter eficácia. Toda norma universal requer uma configuração (*Gestaltung*) normal das relações de vida sobre as quais ela deve encontrar aplicação sob a forma de fato típico, que ela submete à própria regulação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Essa normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito

é direito “aplicável a uma situação” (*Situationsrecht*). O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integridade”.⁹

A longa transcrição se justifica, na medida em que ela permite compreender, de maneira apropriada, o sentido da célebre fórmula que resume o decisionismo jurídico de Schmitt, assim como o dístico de sua confrontação com a teoria do Estado de Direito: *soberano é quem decide sobre o estado de exceção*, ou seja, soberano é aquele a quem o ordenamento jurídico confere a prerrogativa de decidir sobre a suspensão total ou parcial dos direitos fundamentais e liberdades públicas, ou ainda, de decidir sobre a suspensão total ou parcial da Constituição.

Isso significa que o estado de exceção – que nesse sentido pode ser tomado como sinônimo de estado de emergência e de estado de sítio – constitui um vácuo normativo que não deve ser considerado pelo jurista como pressuposto ou condição lógico-transcendental para teorias da Constituição, mas como a situação extraordinária que precede a ordem, condição que deve ser antes criada e garantida para evitar o caos, já que nenhuma norma pode ser aplicada num espaço caótico. 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 uma exigência lógica pressuposta) para a aplicação de normas, para a validade e o sentido dos ordenamentos jurídicos.

Ora, a criação dessa situação em que uma ordem é garantida sem o direito, ou antes, em que uma ordem se instaura por meio da suspensão do ordenamento jurídico, é o contrário do caos, pois ela é a autêntica prerrogativa da soberania, *facultada como decisão* pelo próprio ordenamento ao soberano. O estado de exceção é, em sua estrutura, anti-

9 SCHMITT, 2004, p. 11.

nômico: ele tem origem na prerrogativa normativa concedida ao soberano para suspender a ordem jurídico-constitucional, no todo ou em parte. Portanto, nessa situação, a Constituição se aplica, desapplicando-se, ou seja, mantém-se presente, mesmo na suspensão da eficácia de suas próprias garantias, de modo que continua vigente sem ser eficaz. Sendo assim, para Schmitt, a essência da soberania somente se revela – assim como a essência do ordenamento e da normalidade constitucional – *na e pela exceção*, de modo que o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, sujeito e não sujeito ao ordenamento que ele aplica por suspensão.

Por mais dilemático que isso possa parecer, o estado de exceção, situando-se na extremidade do ordenamento jurídico, é o que torna inteligível a essência da normalidade, pois que a soberania como suprema *potestas* não se define pelo monopólio da força, mas pelo monopólio da *decisão*. Esta, por sua vez, constitui a essência do jurídico, de acordo com a teoria do direito de Carl Schmitt:

Nisto reside a essência da soberania estatal, que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, sendo o termo decisão usado em um sentido geral. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito... A decisão é mais importante do que o caso normal. Este último nada prova, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra: a regra mesma vive só da exceção”.¹⁰

Para uma apreciação da importância e da extensão dessa disputa de posições jusfilosóficas, é pertinente lembrar que *A Teologia Política* – o texto magno de Schmitt a respeito de soberania e exceção – é contemporâneo do livro de Kelsen

10 SCHMITT, 2004, p. 11.

sobre a soberania no direito internacional, tendo sido ambos publicados no início da década de 1920. O debate entre eles no âmbito do Direito Constitucional, do Direito Internacional Público e da teoria do Estado do Direito torna possível um entendimento alargado das linhas de força ao longo das quais se desenvolveu a Filosofia Política e a Filosofia do Direito desde a república de Weimar, estendendo seu raio de influência sobre boa parte do mundo ocidental.

O antagonismo entre Kelsen e Schmitt, tal como pode ser refletido à luz da filosofia juspolítica de Agamben, acarreta desdobramentos relevantes para a problematização atual dos direitos humanos e dos destinos da democracia, pois a constelação histórica em que se insere o surgimento da soberania moderna é marcada pela emergência tanto dos Estados-Nação como das democracias liberais e do constitucionalismo fundado nas declarações de direitos fundamentais do homem e do cidadão. Nesse movimento, o conceito jurídico-político de cidadania é figura gêmea da soberania, pois o binômio nascimento/nação é o dispositivo que, como operador biopolítico, promove e garante a inscrição da vida na esfera de decisão soberana da autoridade estatal.

São esses os direitos que, como resultado da memorável e prodigiosa epopeia democrática da história do Ocidente, foram positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito, inicialmente nas Constituições brotadas dos movimentos revolucionários inspirados no ideário filosófico das Luzes, no final do século XVIII. Testemunham-no a Declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da constituinte francesa de 1789. Desse modo, o fundamento e a justificação filosófica da autoridade política, com sua assimetria entre mando e obediência, não se encontra mais na vontade de Deus, nos costumes herdados pela tradição e nem mesmo na história, mas solidamente

plantados na natureza humana. Dela brotam direitos fundamentais e inalienáveis – o mesmo que, recorrendo a leis não-escritas, Antígona contrapunha ao edito positivo de Creonte –, direitos legitimamente atribuíveis a todo homem em função de sua humanidade, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos jurídico-políticos empíricos que, com efeito, teriam a função precípua justamente de assegurá-los e torná-los efetivos.

Tais seriam os direitos individuais ou políticos, como o direito à vida, à segurança, o direito de ir e vir, de liberdade religiosa, de opinião e expressão, cuja positivização nas Constituições dos Estados constituiria a melhor garantia de proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades atuais ou virtualmente presentes do poder soberano. Essa foi a tendência de positivização que se configurou, de modo concreto, nos preâmbulos das Constituições dos modernos Estados nacionais, desde as revoluções americana e francesa.

O que Agamben pretende colocar em questão é justamente o modelo jusnaturalista de inteligibilidade da *civitas* e do Estado, tal como pensada pela teoria clássica do contrato social. Na dependência da posição teórica a ser tomada na encruzilhada que se abre entre Kelsen e Schmitt, pode-se interpretar o fundamento da ordem política e do Estado seja como racionalmente derivado do contrato originário (e essa foi a direção tomada pelo constitucionalismo moderno), assumindo uma disjunção entre direito e força, com o conseqüente entendimento dos direitos humanos enquanto garantias de liberdade, isonomia e dignidade pessoal; ou então liberar o quadro categorial da filosofia política da matriz do contrato originário para pensar as relações entre direito e violência a partir de novos paradigmas; esse é, por certo, o caminho de Giorgio Agamben.

Evocando a polêmica que contrapôs Carl Schmitt a Hans Kelsen a respeito do Estado de Direito e sua relação

com a exceção, Agamben explora o potencial político que subjaz, e ao mesmo tempo ultrapassa, o antagonismo entre duas teorias do direito hoje já clássicas. O que vem à tona nessa investigação é uma nova compreensão da essência da política a partir da figura da exceção, pois é nela que se decide a relação medular entre direito e violência, entre o ordenamento jurídico e o fato político da dominação. O essencial no antagonismo entre Kelsen e Schmitt, para Agamben, não seria tanto o duelo de gigantes entre decisionismo e positivismo jurídico, mas a questão fulcral da permeabilidade da violência à racionalidade jurídica. Kelsen e Schmitt, em derradeira instância, aproximam-se no esforço de integrar a violência à racionalidade das categorias jurídicas: seja como monopólio estatal da violência, segundo Kelsen, para quem o Estado é a *organização jurídica* da sociedade política, a “velha verdade de que o direito, com efeito, não pode subsistir sem o poder (*die Macht*) que, porém, com certeza não é idêntico ao poder”;¹¹ seja como a decisão sobre a suspensão da Constituição para garantir uma situação de fato na qual normas jurídicas podem ser aplicadas (o que, segundo Schmitt, torna o estado de exceção assimilável à inteligibilidade jurídica).

Para Agamben, a constituição da esfera política da soberania consistente no direito de vida e morte, direito de fazer morrer ou deixar viver, é o fato jurídico primordial, que tem a exceção como “estrutura originária, na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através de sua própria suspensão”.¹² Por causa disso, o verdadeiro antípoda de Kelsen e Schmitt é a filosofia de Walter Benjamin, para quem a violência é pensada como uma figura completamente resistente às estratégias colonizadoras do direito: pensar uma violência *pura* equivale a pensá-la emancipada, sem relação

11 KELSEN, 1960, p. 221.

12 AGAMBEN, 2002, p. 35.

com as categorias do direito, já que o direito, tal como se configura sob a forma histórica dos Estados-Nação, constitui o dispositivo que assegura paradoxalmente, ao mesmo tempo, a dominação e a inclusão, sendo, portanto, desde a origem, um dispositivo sangrento.

Daí a relevância decisiva do ensaio de Walter Benjamin sobre a *Crítica da Violência – Crítica do Poder*, pois é nesse texto que Benjamin contrapõe às diferenciações da ditadura propostas por Schmitt as modalidades de violência propostas por Sorel: percebemos que a questão de fundo é a mesma, aquela do *experimentum crucis* da racionalidade jurídica, a saber, as relações de exterioridade e interioridade entre a violência instauradora da ordem (ditadura, revolução) e o direito (a organização jurídica da sociedade política). Sabemos que Schmitt orgulhava-se, em seu livro *A Ditadura*, de ter consolidado um feito absolutamente notável para a ciência do direito, a saber, ter levado a efeito um equacionamento integral e transparente da violência revolucionária, valendo-se de categorias essencialmente jurídicas e por meio de conexões sistemáticas com um conceito central da teoria do Estado e da teoria da Constituição, a saber, a noção de violência revolucionária ou ditadura. Aliás, um conceito limite que, de maneira incidental e confusa, tinha permanecido, como termo político confuso, numa zona cinzenta situada entre as fronteiras de diversas disciplinas, tais como a História, a Ciência Política, a Sociologia e a Teoria do Estado:

Falando em termos abstratos, o problema da ditadura seria o problema da exceção concreta, que até agora não foi tratado sistematicamente na Teoria Geral do Direito. Em uma investigação mais minuciosa, é inevitável rastrear a história desse importante conceito [de ditadura]. A isso se deve a estruturação do presente trabalho, no qual a cada exposição teórica pertencente à Teoria Geral do Estado e da Constituição, segue-se uma demonstração histórica do exercício imediato comissarial da autoridade estatal. No ponto médio, encontra-se então a distinção essencial que con-

tém o resultado do trabalho, que trata de resolver uma primeira dificuldade e permite chegar pela primeira vez ao conceito de ditadura por meio de uma explicação científico-jurídica: a distinção entre ditadura comissária e ditadura soberana.¹³

Com efeito, a violência se insere no direito seja como poder constituinte originário (ditadura soberana, que suprime a Constituição vigente e promulga outra, legitimada justamente na ideia de poder constitucional) ou então como ditadura comissária (aquela na qual se suspendem as garantias constitucionais até que seja posto fim ao estado de exceção, que ameaça a desestabilização da ordem, na qual, portanto, o ditador desempenha uma comissão):

Mas enquanto a ditadura comissária é autorizada por um órgão constituído e tem um título na Constituição existente, a ditadura soberana deriva somente *quoad exercitium* e de uma maneira imediata do *pouvoir constituant* informe. É uma verdadeira comissão, que não recusa nenhuma outra derivação terrena, como a invocação de uma missão do Deus transcendente. Faz apelo ao povo, sempre presente, que em todo momento pode entrar em ação, o que lhe dá também uma significação jurídica imediata. Enquanto se mantenha reconhecido o *pouvoir constituant*, sempre existe um mínimo de Constituição. O ditador comissário é o comissário incondicionado de um *pouvoir constitué*; a ditadura soberana é a comissão da ação incondicionada de um *pouvoir constituant*.¹⁴

Ora, o conceito de soberania entendia como o poder de decisão sobre o estado de exceção, tal como formulado na *Teologia Política*, além de reunir numa conexão sistemática os elementos presentes nas noções de ditadura comissária e soberana, representa a elaboração perfeita e acabada da ideia de exceção concreta, razão pela qual Schmitt pode considerar que nela se explicita a autêntica essência da soberania, um conceito ao mesmo tempo jurídico e político.

13 SCHMITT, 1968, p. 28.

14 SCHMITT, 1968, p. 192.

Todavia, mesmo situando-se nesse plano teórico, o vínculo conceitual entre direito e violência mantém-se no interior dos limites de uma relação instrumental de meios e fins: a violência é necessária e legítima como meio para a consecução de fins legítimos. Esse é o cerne da crítica de Benjamin à tematização da violência pela teoria jurídica do Estado e da Constituição, o nervo de sua oposição filosófico-política à *Teologia Política* de Schmitt. Tal constitui também o elemento medular de sua recusa ao positivismo ínsito ao historicismo que, em seu tempo, tinha se apropriado da concepção marxiana do materialismo histórico dialético:

Toda violência como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito. Se não pode reivindicar nenhum desses predicados, ela renuncia por si só a qualquer validade. Daí resulta que toda violência como meio, mesmo no caso mais favorável, participa da problemática do direito em geral. E mesmo que, nesta altura da investigação, não se possa enxergar com certeza o alcance dessa problemática, o direito, depois do que foi dito, aparece sob uma luz ética tão ambígua, que se impõe naturalmente a pergunta se não existiriam outros meios, não-violentos, para a regulamentação dos interesses humanos em conflito. A pergunta obriga, sobretudo, a constatar que uma resolução de conflitos totalmente não-violenta jamais pode desembocar num contrato de direito.¹⁵

Benjamin, por sua vez, esforça-se por distinguir, em estrito paralelo com a diferenciação de Schmitt, duas modalidades substancialmente distintas de violência, tendo como pedra de toque o fenômeno da greve geral. De acordo com esse fio condutor, teríamos, de um lado, a greve geral *política*, correspondente à noção schmittiana de ditadura comissária, cuja finalidade, para Benjamin, consistiria em inverter os pólos de uma mesma relação de poder e dominação no interior do Estado. Essa noção decorre de uma interpretação original das *Reflexões Sobre a Violência* de Georges Sorel: “La

15 BENJAMIN, 2011, p. 11.

*grève générale politique concentre toute cette conception dans un tableau d'une intelligence facile; elle nous montre comment l'État ne perdrait rien de sa force, comment la transmission se ferait de privilégiés à privilégiés, comment le peuple des producteurs arriverait à changer de maîtres".*¹⁶

Diferentemente disso, mas também seguindo as pistas de Sorel, a greve geral proletária “*supprime toutes les conséquences idéologiques de toute politique sociale possible; ses partisans regardent les reformes, même les plus populaires, comme ayant un caractère bourgeois*”.¹⁷ Portanto, o propósito da greve geral proletária não é, de modo algum, modificar ou reformar o Estado, mas destruí-lo; não simplesmente mudar de padrões, substituindo uma minoria por outra,¹⁸ pois isso seria apenas “*une folie et une caricature odieuse de la revolte*”¹⁹. Nesse contexto, entra em jogo uma diferenciação terminológica entre força e violência, que Benjamin, em sua recepção de Sorel, integra num único termo polissêmico: *Gewalt*, que reúne e integra as acepções de violência, poder e força. Em termos de Sorel: “*la force a pour objet d'imposer l'organisation d'un certain ordre social dans lequel une minorité gouverne, tandis que la violence tend à la destruction de cet ordre*”.²⁰ Força legítima a violência e a exploração sob a forma da autoridade constituída, enquanto que *violence* opera em vista da destruição da autoridade:

Contrariamente a uma representação do progresso desenvolvida pelos reformistas e pelo parlamentarismo socialistas, Sorel sente a necessidade para o socialismo de colocar *le tableau de la catastrophe que la grève générale fournit d'une manière vraiment parfaite* (RV 167-68). Uma *catastrophe* que será *absolue et irréformable* (RV 206),

16 SOREL, 2006, p. 226.

17 SOREL, 2006, p. 167.

18 SOREL, 2006, p. 142.

19 SOREL, 2006, pp. 31-32.

20 SOREL, 2006, pp. 219-220.

que dissipará todas as ilusões reformistas a respeito dos *droits primordiaux des hommes, justice immanente* e conduzirá à ruína das instituições nas quais vivem os políticos e os intelectuais (RV 29-30). O mito da greve geral *comporte une révolution absolue* (RV 37-38). Como tal, enfatiza Sorel, a greve geral proletária *renferme tout le socialisme prolétarien* (RV 200)".²¹

Nesse horizonte, Benjamin explicita o *modus operandi* de uma dialética que se desdobra no interior do Estado, cujos elementos são formados por uma força/violência originária instauradora do direito (o poder constituinte originário ou ditadura soberana) e uma violência que mantém e assegura sua aplicação (o poder constituinte derivado ou ditadura comissária). Esta é a oposição conceitual à qual remete a diferenciação entre violência divina e violência mítica, sendo esta última a expressão da causalidade inflexível imperante na dialética do direito, uma vez que no elemento conceitual do direito, assim como no processo histórico de sua efetivação, opera a mesma necessidade cega e inexorável, que reproduz sempre o mesmo jogo de perempção, assim como o mito condena *a priori* o herói a sucumbir à força inexorável do destino, por mais grandiosa que seja sua atuação:

Se essa violência imediata nas manifestações míticas pode se mostrar estreitamente aparentada, ou mesmo idêntica, à violência instauradora do direito, então a partir dela incide uma luz problemática sobre esta última, na medida em que a violência instauradora do direito havia sido caracterizada acima – na exposição da violência da guerra – como uma violência apenas de meios. Ao mesmo tempo, esta conexão promete lançar uma luz mais ampla sobre o destino, que subjaz em todos os casos à violência do direito, e levar, em traços largos, sua crítica a termo. Pois a violência na instauração do direito tem uma função dupla, no sentido de que a instauração do direito almeja como seu fim, usando a violência como meio, *aquilo* que é instaurado como direito, mas no momento da instauração não abdica da violência;

21 SALZANI, 2008, p. 27.

mais do que isso, a instauração constitui a violência em violência instauradora do direito – num sentido rigoroso, isto é, de maneira imediata – porque estabelece não um fim livre e independente da violência [*Gewalt*], mas um fim necessária e intimamente vinculado a ela, e o instaura enquanto direito sob o nome de poder [*Macht*]. A instauração do direito é instauração de poder e, enquanto tal, um ato de manifestação imediata da violência.²²

O elemento mítico na dialética entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado consiste no sequestro da violência pela racionalidade instrumental operante no direito: fins justos legitimam os meios de sua consecução. Ou então: a legalidade dos meios justifica a legitimidade dos fins. Temos, nesse quadro, uma reconstrução da oposição religiosa que opõe justiça divina e jurisdição da lei, como Benjamin deixa claro no ensaio que examinamos:

A pergunta “tenho permissão para matar?” recebe irrevogavelmente a resposta na forma do mandamento “não matarás!”. Esse mandamento precede o ato, assim como o próprio Deus precede, para que este não se realize. Mas assim como o medo da punição não deve ser o motivo para se respeitar o mandamento, este permanece inaplicável, incomensurável, em relação ao ato consumado. Do mandamento não pode ser deduzido nenhum julgamento do ato. Assim, não se pode nem prever o julgamento divino do ato, nem a razão desse julgamento. Aqueles que condenam toda e qualquer morte violenta de um homem por outro com base neste mandamento estão, portanto, enganados. O mandamento não existe como medida de julgamento, e sim como diretriz de ação para a pessoa ou comunidade que age, as quais, na sua solidão, têm de se confrontar com ele e assumir, em casos extremos, a responsabilidade de não levá-lo em conta.²³

Só a justiça divina, que precede o ato para que este não se realize, mas não por temor da punição, pode perdoar e libertar de toda culpa; a jurisdição da lei, pelo contrário, é antecipação condenatória, pois a lei é produzida em vista do juízo e da inculpação

22 BENJAMIN, 2011, p. 31.

23 BENJAMIN, 2011, p. 38.

– mesmo que o juízo se pronuncie finalmente pela absolvição; pois nele permanece válido o pressuposto de que o mandamento permanece comensurável com o ato, razão pela qual do mandamento pode ser derivado ou deduzido um juízo aplicável ao ato, portanto, sob a égide da lei, que, pela imputação, pressupõe e vive justamente da representação do mandamento como medida do ato. Nesse sentido, o juízo é reprodução da violência mítica e sangrenta, a perpetuação da culpa que elide a perspectiva da inocência e do perdão.

A crítica da violência é a filosofia de sua história. É a “filosofia” dessa história porque somente a ideia de seu ponto de partida permite uma tomada de posição crítica, diferenciadora e decisiva, com relação a seus momentos temporais. Um olhar dirigido apenas para as coisas mais próximas perceberá, quando muito, um movimento dialético de altos e baixos nas configurações da violência enquanto instauradora e mantenedora do direito. A lei dessas oscilações repousa no fato de que toda violência mantenedora do direito acaba, por si mesma, através da repressão das contraviolências inimigas, enfraquecendo indiretamente, no decorrer do tempo, a violência instauradora do direito, por ela representada. Isso dura até o momento em que novas violências ou violências anteriormente reprimidas vencem a violência até aqui instauradora do direito, fundando assim um novo direito para um novo declínio. É na ruptura desse círculo atado magicamente nas formas míticas do direito, na destituição do direito e de todas as violências das quais ele depende, e que dependem dele, em última instância, então, na destituição da violência do Estado, que se funda uma nova era histórica. Se, no presente, a dominação do mito já foi aqui e ali rompida, então o novo não se situa num ponto de fuga tão inconcebivelmente longínquo, de tal modo que uma palavra contra o direito não é inteiramente inócua. Mas se a existência da violência para além do direito, como pura violência imediata, está assegurada, com isso se prova que, e de que maneira, a violência revolucionária – nome que deve ser dado à mais alta manifestação da violência pura pelo homem – é possível.²⁴

24 BENJAMIN, 2011.

A preocupação medular de Agamben, particularmente em *Homo Sacer I* e *Estado de Exceção*, é pensar a política em novos quadros conceituais, separá-la de sua vinculação sempiterna com o Estado e com o direito. Para dizê-lo em outros termos, a preocupação se volta para uma liberação da vida nua do seu *abandono* ao poder soberano e, ao mesmo tempo, para dissolver o vínculo mítico e ancestral entre direito e violência. Por essa razão, o ensaio de Walter Benjamin *Crítica da Violência – Crítica do Poder* assume magna importância no interior da reflexão crítica de Agamben:

Haver exposto, sem reservas, o nexu irreduzível que une violência e direito faz da *Crítica* benjaminiana a premissa necessária, e ainda hoje insuperada, de todo estudo sobre a soberania. Na análise de Benjamin, esse nexu se mostra como uma oscilação dialética entre violência que põe o direito e violência que o conserva. Daí a necessidade de uma terceira figura, que rompa a dialética circular entre essas duas formas de violência.²⁵

A singularidade da *Crítica* de Benjamin e seu valor único para a reflexão de Agamben justificam-se à luz do que o filósofo italiano entende como a necessidade de uma terceira figura que rompa a dialética circular entre aquelas duas formas de violência. Justamente porque nesse ensaio Benjamin distingue um tipo especial de violência – a violência divina – que não institui (põe, *setzt*) nem conserva o direito, senão que o depõe (*entsetzt*), dissolvendo o vínculo entre direito e violência. No ensaio a respeito da crítica da violência e do poder, o objetivo de Benjamin seria, de acordo com a interpretação de Agamben:

garantir a possibilidade de uma violência (o termo alemão *Gewalt* significa também simplesmente ‘poder’) absolutamente ‘fora’ (*ausserhalb*) e ‘além’ (*jenseits*) do direito e que, como tal, poderia quebrar a dialética entre violência que funda o direito e violência que o conserva (*rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt*). Benja-

25 AGAMBEN, 2002, p. 71.

min chama essa outra figura da violência de 'pura' (*reine Gewalt*) ou de 'divina' e, na esfera humana, de 'revolucionária'. O que o direito não pode tolerar de modo algum, o que sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir, é a exigência de uma violência fora do direito; não porque os fins de tal violência sejam incompatíveis com o direito, mas 'pelo simples fato de sua existência fora do direito'.²⁶

Justamente os efeitos dessa crítica que se esforça por provar a efetividade de uma "violência pura" são intoleráveis para jusfilósofos como Carl Schmitt e Hans Kelsen. Se o segundo simplesmente exclui a violência, e com ela a política, dos limites de uma racionalidade puramente jurídica, a teoria schmittiana do estado de exceção constituiria, segundo Agamben, um esforço para capturar a ideia benjaminiana de violência pura na figura de uma anomia inscrita no coração do *nómos*, sendo a exceção uma modalidade de *aplicação* do ordenamento jurídico justo por meio de sua suspensão, uma situação excepcional em que a lei se aplica, ao suspender-se num estado de pura vigência, mediante uma auto-suspensão decidida e instaurada pela vontade soberana.

O rompimento daquela dialética circular entre poder constituinte (em sua quase indiscernibilidade com o poder soberano) e poder constituído constitui uma tarefa tão essencial e difícil que exige a transição da filosofia prática (juspólitica, em especial) para o plano da filosofia primeira e da ontologia:

Somente uma conjugação inteiramente nova de possibilidade e realidade, de contingência e necessidade e dos outros *páthe tou óntos*, poderá, de fato, permitir que se fenda o nó que une soberania e poder constituinte: e somente se conseguirmos pensar de modo diverso a relação entre potência e ato, e, aliás, além dela, será possível conceber um poder constituinte inteiramente livre da violência mítica e sangrenta.²⁷

26 AGAMBEN, 2004, p. 84.

27 AGAMBEN, 2004, p. 84.

Reaparece, portanto, o problema crucial, tematizado no ensaio de Benjamin sobre a crítica da violência, da relação entre meios legítimos e fins justos, que caracteriza a dialética entre direito e violência. O elemento em jogo nessa correlação é a possibilidade de um meio puro, de uma medialidade que a forma direito não pode garantir, a não ser depois de um processo laborioso e lúdico de depuração e profanação, ou seja, de rompimento de seus vínculos míticos e ancestrais com as esferas do sagrado:

Longe de inaugurar uma esfera mais pura, a manifestação mítica da violência imediata mostra-se, em seu núcleo mais profundo, idêntica a toda violência do direito, e transforma a suspeita quanto ao caráter problemático dessa violência em certeza quanto ao caráter pernicioso de sua função histórica, tornando tarefa a sua abolição. Tal tarefa suscita, em última instância, mais uma vez, a questão de uma violência pura, imediata, que possa estancar a marcha da violência mítica. Assim como em todos os domínios Deus se opõe ao mito, a violência divina se opõe à violência mítica. E, de fato, estas são contrárias em todos os aspectos. Se a violência mítica é instauradora do direito, a violência divina é aniquiladora do direito; se a primeira estabelece fronteiras, a segunda aniquila sem limites; se a violência mítica traz, simultaneamente, culpa e expiação, a violência divina expia a culpa; se a primeira é ameaçadora, a segunda golpeia; se a primeira é sangrenta, a divina é letal de maneira não-sangrenta.²⁸

A violência pura, revolucionária, seria um poder não sangrento, uma potência não soberana, mas messiânica, que não mais julga e pune, mas essencialmente perdoa. Essa violência – identificada com a greve geral proletária de Sorel – seria a verdadeira realização do socialismo, no sentido autenticamente marxiano, pois não mais institui ou assegura a aplicação do direito, mas o depõe, juntamente com sua realização sob a forma do Estado:

28 BENJAMIN, 2011, p. 35.

Toda violência mítica, instauradora do direito, que é lícito chamar de “violência arbitrária” (*schaltende Gewalt*), deve ser rejeitada. É preciso rejeitar também a violência mantenedora do direito, a “violência administrada” (*verwaltete Gewalt*), que está a serviço da primeira. A violência divina, que é insígnia e selo, nunca meio de execução sagrada, pode ser chamada de “violência que reina” (*waltende Gewalt*).²⁹

Temos aqui, portanto, uma imbricação essencial entre soberania, direito e violência, que põe em questão a interpretação dominante do contrato social como fundamento racional de legitimidade do poder político. Para Agamben, teria

chegado o momento de reler desde o princípio todo o mito de fundação da cidade moderna, de Hobbes a Rousseau [...]. O relacionamento jurídico-político originário é o *bando* [...] que mantém unidos justamente a vida nua e o poder soberano. É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza ao Estado. Existe aqui, ao invés, uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* e *phýsis*, na qual o liame estatal, tendo a forma do *bando*, é também desde sempre não estabilidade e pseudo natureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como *nómos* e estado de exceção. Este mal entendido do mitologema hobbesiano em termos de *contrato* em vez de *bando* condenou a democracia à impotência toda vez que se tratava de enfrentar o problema do poder soberano e, ao mesmo tempo, tornou-a constitutivamente incapaz de pensar verdadeiramente, na modernidade, uma política não estatal.³⁰

Bando é a tradução portuguesa do termo alemão *Bann*, que significa o poder de governo, a soberania, o direito de estatuir comandos e proibições, de impor e executar penas; também o direito de *banir*. Como conceito, mantém íntima relação com o instituto da *Friedlosigkeit* do antigo direito germânico e a correspondente figura do *Friedlos*, que designa

29 BENJAMIN, 2011, p. 41.

30 AGAMBEN, 2004, p. 115.

a condição daquele que, banido e proscrito, está excluído da esfera de proteção do ordenamento jurídico da comunidade de origem e, portanto, impossibilitado de gozar do privilégio da *paz* assegurada por esse ordenamento. Nesse sentido, o *Friedlos* é o *sem paz*, o exposto às forças da natureza e à violência arbitrária dos homens.

Trata-se da figura do *excluído*, do pária cuja morte não caracteriza homicídio, ao qual o ordenamento que o penaliza se impõe sob a forma da denegação de seus efeitos e da prerrogativa de sua invocação. O banido seria uma espécie de ancestral do *homo sacer*, essa figura do direito romano arcaico que nomeia o programa filosófico e político de Agamben. *Homo sacer* é, no direito romano, o condenado cuja morte não constitui nem sacrifício nem homicídio; portanto, aquele que fica excluído tanto da esfera do direito divino como do direito humano. A estrutura desse tipo só pode ser adequadamente compreendida a partir do banimento (*Bann*) e da *exceptio*. É de se notar a homologia estrutural entre bando (*Bann*) e exceção (*exceptio, ex capere*, “capturar fora”), paradoxo sobre o qual se constrói a parte essencial da argumentação de Agamben.

Tanto a *exceptio* quanto a *bando* exibem análoga estrutura. Como *ex capere*, a exceção significa capturar fora, exclusão includente, tal como o banimento. Se, de fato, o que define a soberania é a prerrogativa (normativa) de decidir sobre a suspensão do ordenamento jurídico-estatal, então o soberano é aquele a quem a lei se aplica, desaplicando-se àquele que, por força de uma prerrogativa constitucional, pode decretar a suspensão total ou parcial da Constituição e dos direitos e garantias nela consolidados. É a mesma relação de inclusão excludente que caracteriza o abandono. Essa seria, para Agamben, a estrutura lógica originária de toda relação jurídico-política centrada na soberania:

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.³¹

O bando é, portanto, fundamentalmente, uma *exceptio* e, como tal, insígnia da soberania. Sendo assim, então seria preciso deixar de considerar as modernas declarações de direitos fundamentais como proclamações de valores eternos meta-jurídicos para poder também dar conta de sua função histórica real como dispositivos de sequestro da mera vida no campo estratégico de incidência da decisão soberana. Dessa forma, a violência encerrada na greve geral soalista e proletária, pensada por Sorel, expressa uma concepção análoga à violência divina ou messiânica de Walter Benjamin, completamente inassimilável à racionalidade do direito.

É nesse contexto que podemos compreender os ecos de uma retomada por Walter Benjamin da crítica radical formulada tanto por Karl Marx quanto por Georges Sorel dos direitos do homem e do cidadão, proclamados nas modernas declarações-pórtico das Constituições republicanas, pois nelas se perpetuam todas as ilusões reformistas de prerrogativas fundamentais e de justiça metafísica cuja perempção inevitável trará consigo a ruína de todas as instituições jurídico-políticas fundadas na sangrenta disposição da vida pelo poder soberano.

É nesse horizonte que ganha todo seu vulto e densidade teórica a crítica do direito como forma ou a crítica da forma direito. A consideração genealógica da forma jurídica, com seu aspecto de autorização subjetiva, remete a seu solo de

31 AGAMBEN, 2002, p. 116.

emergência numa sociedade capitalista, formada por sujeitos privados, produtores mercantis movidos por interesses egoístas e isolados. Uma vez que toda vida econômica se alicerça sobre o princípio do acordo entre vontades independentes, então, nessas condições, toda função social encarna, de maneira mais ou menos refletora, um caráter jurídico, isto é, torna-se não somente uma função de utilidade social, mas também um *direito* pertencente a quem exerce tais funções sociais.

O que caracteriza a sociedade burguesa é justamente o fato de os interesses gerais se destacarem dos interesses privados e de se oporem a eles. E eles próprios revestem, inversamente, nessa oposição, a forma de interesses privados, ou seja, a forma do direito. Ademais, como era de se esperar, são principalmente esses momentos, que se deixam integrar completamente no esquema dos interesses privados isolados e opostos, que constituem os momentos jurídicos da organização estatal.³²

Para Marx, a análise da forma do sujeito tem origem imediata na análise da forma da mercadoria. A sociedade capitalista é, antes de tudo, uma sociedade de produtores de mercadorias. Isso quer dizer que as relações sociais dos homens no processo de produção tomam uma forma coisificada nos produtos do trabalho que aparecem, uns em relação aos outros, como valores:

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

32 PASHOUKANIS, 1988, p. 64. Tradução ligeiramente modificada.

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; ou, como diz Marx: “As mercadorias não podem, de nenhum modo, ir, por elas mesmas ao mercado, e trocarem-se entre si. Precisamos por isso voltar nossos olhares para seus guardiões e condutores, ou seja, para seus possuidores. As mercadorias são coisas, e, conseqüentemente, não opõem ao homem nenhuma resistência. Se elas necessitam de boa vontade, ele poderá empregar a força, ou, melhor dizendo, poderá apropriar-se delas”.³³

Assim, o vínculo social entre os homens no processo de produção, vínculo que se coisifica nos produtos do trabalho, e que toma a forma de uma legalidade elementar, impõe, para a sua realização, a necessidade de uma relação particular entre os homens, enquanto indivíduos que dispõem de produtos, enquanto sujeitos cuja “vontade habita nas próprias coisas”:

O fato de os bens econômicos serem produtos do trabalho constitui uma propriedade que lhes é inerente; o fato de eles poderem ser negociados constitui uma segunda propriedade, que depende somente da vontade de seus proprietários, sob a única condição de tais bens serem apropriáveis e alienáveis. Eis a razão pela qual, ao mesmo tempo que o produto do trabalho reveste as propriedades da mercadoria e se torna portador de valor, o homem se torna sujeito jurídico e portador de direitos. A pessoa, cujo determinante é a vontade, é o sujeito de direito.³⁴

Daí decorre a necessidade de distinguir entre o plano categorial, lógico e jurídico-doutrinário da capacitação jurídica de sujeitos de direito, por um lado, e a função histórica do exercício concreto de atividades de troca, por outro:

No desenvolvimento das categorias jurídicas, a capacidade de realizar atos de troca não é mais que uma das muitas manifestações concretas da característica geral da capacidade jurídica

33 PASHOUKANIS, 1988, p. 70.

34 PASHOUKANIS, 1988, p. 71.

e da capacidade de agir. Historicamente, entretanto, o ato de troca possibilitou um aprofundamento na ideia de sujeito, como portador de todas as possíveis pretensões jurídicas. É somente na economia mercantil que nasce a forma jurídica abstrata, em outros termos, que a capacidade geral de ser titular de direitos se separa das pretensões jurídicas concretas. Somente a contínua mutação dos direitos que acontece no mercado estabelece a ideia de um portador imutável destes direitos. No mercado, aquele que obriga alguém, obriga simultaneamente a si próprio. A todo instante ela passa da situação de parte demandante à situação de parte obrigada. Desse modo se cria a capacidade de abstrair das diversidades concretas entre os sujeitos jurídicos e de os reunir sob um único conceito genérico.³⁵

De acordo com Pashukanis, é somente na sociedade burguesa capitalista que se configuram todas as condições necessárias para o desenvolvimento e consolidação plena do momento jurídico, ou seja, da *forma direito*, cujo núcleo conceitual é formado pela ideia de contrato. É somente sob tal forma que esse momento jurídico alcança sua completa determinação como elemento configurador das relações sociais. Antes disso, a forma direito existia apenas embriologicamente, sendo dificilmente discernível de outras formas sociais presentes nas esferas da moralidade, dos costumes ou da religião: “Foi apenas depois do total desenvolvimento das relações burguesas que o direito passou a ter um caráter abstrato. Cada homem torna-se homem em geral, cada trabalho torna-se um trabalho social útil em geral e cada sujeito torna-se um sujeito jurídico abstrato.”³⁶ Ao mesmo tempo,

35 PASHOUKANIS, 1988, p. 76.

36 “Numa sociedade na qual o produto do trabalho geralmente assume a forma da mercadoria e na qual, por conseguinte, a relação mais geral entre os produtores consiste em comparar os valores de seus produtos e, sob este aspecto, em comparar entre si os seus trabalhos privados como trabalho humano igual, uma tal sociedade encontra no Cristianismo, no seu culto do homem abstrato e sobretudo nos seus tipos burgueses, protestantismo, deísmo, etc., o seu mais conveniente complemento religioso.” (Marx, K. *O Capital*. Liv I, pp. 90-91).

também a norma reveste-se da forma lógica acabada da lei geral abstrata”.³⁷

Desse modo, o sujeito de direito é o duplo jurídico do proprietário mercantil, seja este o proprietário da mercadoria pensada como produto do trabalho, da mercadoria dinheiro ou da mercadoria força de trabalho:

O sujeito jurídico é, por consequência, um proprietário de mercadorias abstrato e transposto para as nuvens. A sua vontade, juridicamente falando, tem o seu fundamento real no desejo de alienar, na aquisição, e de adquirir, na alienação. Para que tal desejo se realize, é indispensável que haja mútuo acordo entre os desejos dos proprietários de mercadorias. Juridicamente esta relação aparece como contrato, ou como acordo, entre vontades independentes. Eis porque o contrato é um conceito central do direito, pois ele representa um elemento constitutivo da ideia do direito. No sistema lógico dos conceitos jurídicos, o contrato é somente uma variedade do ato jurídico em geral, ou seja, é somente um dos meios de manifestação concreta da vontade, com a ajuda do qual o sujeito age sobre a esfera jurídica que o cerca. Na realidade e historicamente, ao contrário, o conceito do ato jurídico tem sua origem no contrato. Independentemente do contrato, os conceitos de sujeito e de vontade em sentido jurídico existem somente como abstrações mortas. É unicamente no contrato que tais sujeitos se movem autenticamente. Simultaneamente, a forma jurídica, na sua forma mais simples e mais pura, recebe também no ato da troca um fundamento material. Por conseguinte, é para o ato da troca que convergem os momentos essenciais tanto da economia política como do direito. Na troca, como diz Marx, “a relação das vontades ou relação jurídica é estabelecida pela própria relação econômica”. Uma vez nascida a ideia do contrato, ela tende a adquirir significação universal.³⁸

Desse modo, a forma direito, ou seja, a manifestação de vontade revestida da forma contratual entre sujeitos livres

37 PASHOUKANIS, 1988, p. 78.

38 PASHOUKANIS, 1988, p. 79.

e iguais, torna-se o dispositivo que assegura e permite a realização efetiva do circuito das trocas mercantis:

Na troca, para utilizar os termos de Marx, um dos proprietários de mercadorias não pode apropriar-se da mercadoria alheia e alienar a sua, a não ser com o consentimento do outro proprietário. É justamente esta ideia que os representantes da doutrina do direito natural quiseram exprimir tentando fundamentar a propriedade num contrato originário. Eles têm razão, porém, não porque um tal contrato tenha existido alguma vez, historicamente, mas porque as formas naturais ou orgânicas de apropriação passam a ter um caráter de “razão” jurídica nas ações recíprocas da aquisição e da alienação. No ato da alienação, a realização do direito de propriedade como abstração torna-se uma realidade. Qualquer emprego de uma coisa está ligado ao seu tipo concreto de utilização como bem de consumo ou como meio de produção. Porém, quando a coisa funciona como valor de troca, torna-se então uma coisa impessoal, um puro objeto jurídico, e o sujeito que dela dispõe, um puro sujeito jurídico.³⁹

Nesse contexto, percebe-se claramente a relação essencial extraída da interpretação dos textos de Marx entre as formas da economia mercantil – especialmente a forma universal mercadoria, entendida como valor de troca – e as formas elementares do direito, a conexão recíproca entre a forma jurídica e a relação de troca entre proprietários de mercadorias, entendidos como sujeitos atômicos, agentes isolados e privados atuantes no processo social de produção. Uma economia fundada na produção, acumulação e circulação de mercadorias tem na moeda um equivalente geral dos valores de troca que facilita a circulação mercantil e se apoia no contrato como forma jurídica de ligação entre unidades autônomas privadas isoladas.

O valor de troca das mercadorias é determinado segundo um padrão de medida extraído da transformação do

39 PASHOUKANIS, 1988, p. 80.

trabalho vivo e concreto dos produtores em trabalho abstrato, isto é, na igualação geral dos trabalhos concretos em termos do tempo de trabalho socialmente necessário para a produção das mercadorias. As análises de Marx não se limitam à explicitação do duplo em que se apresentam as mercadorias na sociedade mercantil capitalista, avançando daí para a explicação da lógica da relação que constitui o duplo da mercadoria, a saber: o caráter duplo do trabalho nesse tipo de sociedade, cujos produtos têm a forma universal da mercadoria. Por um lado, há o trabalho útil (*die nützliche Arbeit*), os modos concretos dos trabalhos, criadores de valores de uso ou utilidades necessárias para o ser humano satisfazer socialmente as suas necessidades físicas e espirituais; por outro lado, há o trabalho abstrato (*die abstrakte Arbeit*). Enquanto substância metafísica e genérica, o trabalho abstrato é trabalho morto, na medida em que é compreendido como gasto de força de trabalho em geral. Qualquer que seja a forma, o trabalho abstrato é, pura e simplesmente, quantitativo, a substância e a grandeza do valor, e produz mais-valia (valor excedente) para o capital.

Ora, na medida em que a troca de mercadorias torna-se possível pelo *princípio da troca de equivalentes*, é o trabalho abstrato, como padrão de medida, que permite a comparação e a medida do valor, pois esse trabalho é entendido em termos de *quantum* de tempo médio de trabalho socialmente contido nas mercadorias, que passam a ser comparadas em termos dessa quantidade de trabalho abstrato investido em sua produção. A equivalência das trocas mercantis dá origem à equivalência (igualdade) como forma geral do direito e da justiça, a ideia de igualdade formal e abstrata que, por sua vez, se transpõe para a figura jurídica, igualmente abstrata e vazia, de sujeitos de direitos livres e iguais.

Como o valor de troca das mercadorias só se realiza por meio de um ato voluntário e consciente de alienação e aquisição por parte dos produtores de mercadoria, essa liberdade e igualdade formal dos produtores independentes se apresenta como condição de existência de uma esfera geral de trocas mercantis entre proprietários privados de bens. Desse modo, se a mercadoria é a forma típica e universal da economia capitalista, que tem no valor de troca seu valor dominante, então o sujeito de direito é o átomo ou elemento mais abstrato e puro do tecido jurídico, elemento que conserva a especificidade dessa forma de relação: a forma contratual como forma jurídica elementar. Por meio dessas instâncias, realiza-se a transformação da força de trabalho em mercadoria alienável e adquirível, sob o modo contratual específico em que se organiza o processo do trabalho. Daí pode-se depreender então que o direito é a forma de relação social, ou o sistema de relações sociais, que corresponde ao interesse da classe dominante, mantido pela força organizada dessa mesma classe dominante, ou seja, pelo Estado, entendido enquanto organização jurídica da sociedade política.

Nessas condições, não há como recusar que o direito é o dispositivo que possibilita e assegura o funcionamento das relações mercantis de troca no sistema capitalista de produção, circulação, acumulação e consumo de bens, de modo a garantir a produção de um sobre-valor ou mais-valia, elemento dinâmico do processo de valorização do capital. Como esse mais-valor tem origem na exploração do trabalho, na alienação do trabalhador em relação ao produto de seu trabalho e mesmo em relação ao próprio processo de produção, então o direito é a perpetuação (mítica) da exploração, a forma de reprodução mecânica, necessária e inexorável da exploração do homem pelo homem. O direito e o Estado que dele extrai sua substância representam a

expressão mitológica da alienação, reificação e fetichização das relações humanas. As mercadorias se relacionam entre si como fetiches, como hipóstases, como se fossem entidades subjetivas; e os homens se comportam entre si, em suas relações sociais, como se fossem exteriorizações das próprias mercadorias, dinheiro ou força de trabalho.

Em termos de Benjamin, poder-se-ia dizer que o direito tem a mesma natureza da violência mítica. Esta é necessariamente sangrenta, porque consiste na repetição mecânica e inexorável de uma injustiça primeva, na repetição perpétua do mal infinito cujo ciclo incessantemente se renova. O direito, por sua vez, sob o pretexto de consistir num *meio* violento para obtenção de fins supostamente *justos*, acaba por revelar sua natureza de meio sangrento, pois a forma jurídica (o contrato entre sujeitos de direito abstratamente livres e formalmente iguais), sob a forma dialética da passagem do poder constituinte originário para o poder constituinte derivado, constitui o *medium* impuro ou dispositivo sangrento que viabiliza, torna possível a realização e o asseguramento da troca injusta, ou seja, a exploração e a barbárie originária. O Estado é a forma juridicamente racionalizada da violência e da alienação. O sujeito de direito é seu conceito operatório e princípio de funcionamento.

Aqui, portanto, adquire sentido novo a retomada por Agamben, em sua crítica dos direitos humanos como figuras dominantes na filosofia política da atualidade, das teses de Benjamin sobre a filosofia da história e, sobretudo, sua visão extremamente crítica a respeito da sacralidade da vida. Criticando aqueles que afirmam que acima da felicidade e da justiça de uma existência existe um direito sagrado à própria existência em si, Benjamin afirma:

É falsa e vil a proposição de que a existência teria um valor mais alto do que a existência justa, quando existência significar nada mais do que a mera vida. Pois o homem não se reduz à mera

vida do homem, tampouco à mera vida nele mesmo, nem à de qualquer de seus outros estados e qualidades, sim, nem sequer à singularidade de sua pessoa física. Quão sagrado seja o homem (ou também aquela vida nele que existe idêntica na vida terrena, na morte e na continuação da vida), tão pouco o são os seus estados, a sua vida corpórea, vulnerável a outros homens. O que é que distingue essencialmente essa vida da vida das plantas e dos animais? Mesmo que estes fossem sagrados, não o seriam pela mera vida neles, nem por estarem na vida. Valeria a pena rastrear a origem do dogma da sacralidade da vida. Talvez, ou muito provavelmente, esse dogma seja recente; a derradeira errância da debilitada tradição ocidental de procurar o sagrado que ela perdeu naquilo que é cosmologicamente impenetrável.⁴⁰

Se admitimos que, em nosso dias, não há como negar que a exceção tornou-se regra, então impõe-se para nós como necessária a tarefa de pensar um aproveitamento estratégico do estado de exceção, no horizonte de novas possibilidades para a política e para a vida, possibilidades em condições de evitar a reprodução mecânica e a perpetuação do círculo vicioso (mítico) traçado da violência biopolítica de nosso tempo em escala planetária.

No interior desses marcos teóricos, os direitos humanos formais 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, dos conflitos de interesses entre pessoas singulares ou grupos organizados e a persecução utilitária de vantagens econômicas particulares. Desse modo, a sociedade civil burguesa seria o *locus* do homem natural, egoísta, ligado à esfera da necessidade e da sobrevivência, antítese do homem livre, do cidadão, que representaria o universal humano em contraposição ao particular. A organização da moderna sociedade civil corresponderia a essa oposição entre o homem e o cidadão:

40 BENJAMIN, 2011, p. 40.

O homem, enquanto membro da sociedade burguesa é considerado como o *verdadeiro* homem, 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*; e o homem *verdadeiro*, somente sob a forma do *citoyen abstrato*.⁴¹

Nesse sentido, a emancipação política representada pelas declarações de direitos humanos seria a emancipação do *homem natural*, isto é, do indivíduo privado, da figura burguesa do sujeito equivocadamente considerada como “o homem” por antonomásia. O reconhecimento da livre personalidade e a instituição da pessoa como titular de direitos subjetivos inalienáveis – dentre os quais o principal é a capacidade de empenhar-se por contrato e a livre disposição sobre a mercadoria “força de trabalho” – seriam as condições jurídicas *sine qua non* para a criação da mais-valia e para a valorização do capital.

É por esse caminho que chegamos a compreender, em profundidade, o gigantesco projeto jusfilosófico consubstanciado em *Homo Sacer*: liberar os quadros categoriais da política dos dispositivos do Estado e do direito em torno dos quais a reflexão sobre a política esteve condenada a orbitar desde o início da modernidade. O que se encontra em jogo nesse projeto é, antes de tudo, a modalidade de captura da “vida nua” nos cálculos e estratégias do soberano poder biopolítico, sob o manto ideológico de uma sacralização da vida humana que opera segundo as regras da gramática e do léxico dos direitos inalienáveis, tendo por base a dignidade ontológica do ser humano universal.

Para Agamben, no debate atual sobre direitos fundamentais faz-se antes de tudo necessário tomar consciência

41 MARX, 1991, p. 50.

da função histórico-política das declarações de direitos, entendidas como modalidades de sacralização da vida que, juntamente com seu papel emancipatório, integram também o dispositivo de captura da vida do cidadão pela violência dos mecanismos de poder. Pensando, sobretudo, nas formas biopolíticas de exclusão, quase sempre equacionadas em termos de direitos humanos, numa confusão entre política e humanitarismo, Agamben visa um alvo estratégico: os atuais habitantes de campos refugiados políticos. Seria, antes de tudo, necessário

[...] 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 moderno, de modo que o declínio e a crise deste implicam necessariamente o tornar-se obsoletos daqueles. O refugiado deve ser considerado por aquilo que é, ou seja, nada menos que um conceito limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-Nação, do nexa nascimento-nação àquele homem-cidadão, e permite assim desobstruir o campo para uma renovação categorial atualmente inadiável, em vista de uma política em que a vida nua não seja mais separada e excepcionada no ordenamento estatal, nem mesmo através da figura dos direitos humanos.⁴²

O ensaio jusfilosófico de Benjamin *Crítica da Violência – Crítica do Poder* considerava que a noção de uma violência aniquiladora, em sua plena “extensão da violência pura ou divina sem dúvida provocará, hoje em dia, as mais violentas invectivas; e ela será contestada com a observação de que, segundo suas deduções, ela permitiria também, condicionalmente, aos homens o uso da violência letal uns contra os outros. Isto, entretanto, não pode ser admitido”.⁴³ Trata-se do mesmo escândalo provocado pela afirmação de Agam-

42 AGAMBEN, 2002, p. 140.

43 BENJAMIN, 2011, p. 38.

ben, de acordo com a qual o campo de concentração exhibe o paradigma da moderna política. Pois, se por campo de concentração temos de entender o espaço sócio-político que se abre quando a exceção torna-se a regra, de modo que, no vácuo gerado pela suspensão da lei em sua totalidade, *tudo se torna possível*, então é somente mediante a compreensão dessa particular estrutura jurídico-política da realização estável da exceção, mesmo figurando o permanentemente inaceitável, que se torna inteligível a matriz biopolítica.

Foi no interior dessa estrutura que se tornou realidade plena a sujeição integral da vida humana natural à decisão excepcional, como produção sistemática de uma vida matável, como jamais existiu sobre a Terra. É nesse sentido que podemos entender, para Agamben, a atualidade analítica do conceito de campo: não como um acontecimento empírico historicamente datado, mas como paradigma de inteligibilidade do que se passa hoje.

Ao invés de derivar a definição do campo a partir dos acontecimentos que lá se passaram, perguntaremos, antes: *o que é um campo; qual é sua estrutura jurídico-política; por que tais acontecimentos puderam se passar ali?* Isso nos levará a considerar o campo não como um fato histórico, como uma anomalia que pertence ao passado (mesmo que, em certas circunstâncias, ainda possamos nos deparar com ela), mas, em certa medida, como a *matrix* oculta, como o *nómos* do espaço político, no qual sempre ainda vivemos.⁴⁴

O campo é, portanto, uma estrutura jurídico-política que torna concreto o estado de exceção, a suspensão legal das garantias constitucionais. Trata-se, portanto, de um lugar de inclusão excludente para a captura-abandono da vida nua. Se assim é, defrontamo-nos potencialmente com um campo sempre que tal estrutura é criada ou reproduzida, quaisquer

44 AGAMBEN, 2006, pp. 37-43.

que sejam os horrores ali perpetrados, quaisquer que sejam as localizações empíricas em que se situem:

Um campo é, então, tanto o estádio de Bari, no qual, em 1991, a polícia italiana arrebanhou provisoriamente imigrantes albaneses ilegais, antes de serem recambiados para a terra deles, assim como também o velódromo de inverno, que servia aos funcionários de Vichy como lugar de reunião para os judeus, antes que estes fossem entregues aos alemães; assim como também o campo de refugiados na fronteira com a Espanha, nos arredores do qual, em 1939, Antônio Machado veio a morrer, e as *zones d'attente* nos aeroportos internacionais da França, nos quais são retidos os estrangeiros que postulam o reconhecimento do *status* de fugitivos. Em todos esses casos, há um lugar de aparente anódino (como o Hotel Arcades em Roissy), que efetivamente circunscreve um espaço no qual o ordenamento normal está *de facto* suspenso, e onde não depende da lei se lá são cometidas atrocidades ou não, mas unicamente da decência e do entendimento ético da polícia, que age temporariamente como soberano (por exemplo, durante os quatro dias nos quais os estrangeiros podem ficar retidos na *zone d'attente*, antes da intervenção dos funcionários da justiça). As também algumas periferias das grandes cidades pós-industriais e as *gated communitities* nos Estados Unidos da América já se assemelham hoje a campos, nesse sentido, nos quais vida nua e vida política, pelo menos em certos momentos, ingressam numa zona de absoluta indeterminação.⁴⁵

Por isso, para Agamben, as experiências totalitárias não são bem compreendidas se as consideramos como um *novum* na história do Ocidente ou como casos de ruptura com a tradição das democracias liberais. Se estas se originam no contexto da biopolítica e do biopoder, então são elas mesmas portadoras da insígnia da soberania, como poder de vida e morte: “A contigüidade entre a democracia de massa e os Estados totalitários não têm contudo a forma de uma improvisada reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que

45 AGAMBEN, 2006, pp. 37-43.

arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo”.⁴⁶

Diante desse quadro, a passagem da forma histórica dos Estados-Nação para a sociedade pós-nacional parece reforçar o diagnóstico, já antecipado durante a vigência da constituição de Weimar, de que a política contemporânea teria gerado uma indistinção entre regra e exceção, de modo a fazer com que a exceção torne-se regra. A vigência da constituição de Weimar durante o terceiro Reich – um estado de exceção que dura mais de uma década – prefigura, de modo inequívoco, a realidade atual da exceção permanente. Temos diante dos olhos uma situação duradoura de estado de exceção permanente no qual, confundindo-se com a vigência normal, a exceção perde sua condição de medida extraordinária para transformar-se em técnica de governo, sob a forma, por exemplo, de medidas provisórias e decretos com força de lei.

A consequência disso é que, 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 regulamentação, o que torna o Executivo mais forte, aumentando seu poder de governo e restringindo direitos dos cidadãos.

Outra consequência palpável pode ser detectada na colonização da política pelo Judiciário, transformando os tribunais constitucionais não apenas nos guardiões da Constituição, mas em garantidores da legitimidade de decisões estratégicas fundamentais, reservadas à esfera das políticas públicas. Aqui não pode deixar de ocorrer uma transformação no conteúdo material da soberania, que visa garantir interesses econômicos de grandes organizações supranacionais:

46 AGAMBEN, 2002.

Desta forma, a soberania nacional se transformou em um espaço vazio para os processos sócio-econômicos. O conteúdo social e econômico da integridade territorial não é mais reconhecido, tornando aquele Estado [os Estados situados na periferia do capitalismo globalizado, como, por exemplo, os da América Latina] um espaço de poder econômico do Estado soberano pleno... Os países latino-americanos mantêm formalmente seu auto-governo, mas compartilham de modo crescente sua gestão macroeconômica com os Estados Unidos através de organismos multilaterais e do sistema financeiro internacional. As redes de poder foram deslocadas, portanto, para o campo da administração macroeconômica global.⁴⁷

A aversão emocional à tese de acordo com a qual os campos tornaram-se os paradigmas da moderna biopolítica pode ser contrastada com a macabra atualidade dos campos de refugiados em todos os continentes, verdadeiros espaços de detenção emergencial nos quais a vida nua encontra-se exposta sem reservas aos dispositivos tecnologicamente equipados de uma soberania atualmente errática, desprovida de seus pilares originários de sustentação, com tendência a transformar-se em um maquinismo letal de dimensões planetárias. Em ponto menor, é o que encontramos também nos confinamentos em aeroportos e prisões militares, com a suspensão toda e qualquer garantia jurídica fundada na cidadania e no direito estatal. Ou então nos espaços anômalos que a todo instante são criados e mantidos nas periferias e nas brechas geopolíticas do atual sistema de capitalismo financeiro. O problema é reconhecidamente difícil. Ousamos dizer que nele se trata, em seu estrato teórico último, da *superação da forma direito* como condição de possibilidade de rompimento da dialética circular, do mal infinito da auto-reposição da violência sangrenta e da exclusão social.

47 BERCOVICI, 2004, p. 177.

O que está implicado nessa exigência da superação do direito como forma é uma questão das mais complexas, que toca o âmago das formas da sociabilidade capitalista. O tratamento suficiente desse problema só pode ser apontado como tarefa futura por este trabalho. Tal mantém relações estreitas com a profanação do sagrado, em particular com o estudo do direito e com o jogo com o direito, as modalidades por excelência de devolver ao uso comum e não culpado pelos homens aquelas coisas que o sacrifício e a sacralização retiraram de seu trato e comércio. Nesse sentido, a profanação guarda um eco profundo com a recriação do uso como um *meio puro*.

A partir da postura crítica de Benjamin e Agamben, talvez estejamos colocados perante a tarefa indeclinável de uma *profanação* do direito como condição prévia para uma renovação dos quadros conceituais da política, para uma liberação da política de seu confisco no interior dos limites fixados pela organização jurídica do Estado. Trata-se de uma tentativa de desativação de procedimentos e comportamentos cristalizados, atrelados de forma rígida a uma finalidade inveterada, liberando-os para a invenção, necessariamente coletiva (vale dizer, política) de *novos usos*:

A atividade que daí resulta torna-se dessa forma um puro meio, ou seja, uma prática que, embora conserve tenazmente sua natureza de meio, se emancipou da sua relação com uma finalidade, esqueceu alegremente seu objetivo, podendo agora exhibir-se como tal, como meio sem fim. Assim, a criação de um novo uso só é possível ao homem se ele desativar o velho uso, tornando-o inoperante.⁴⁸

Essa desativação pode ser obtida por meio do brincar, da dissolução da seriedade e da gravidade da política jurí-

48 AGAMBEN, 2007, p. 74.

dico-estatal por meio de jogos diversos: jogo de mobilização e ação (*ludus*) e jogo discursivo, de palavras (*jocus*). Talvez nesse cruzamento entre *ludus e jocus* esteja implicada nossa especial *vocação* acadêmica, como estudiosos do direito e da política. Esse seria o sentido político de um estudo atual do direito, parodicamente sério: fazer do estudo, não da prática do direito, uma porta de acesso à justiça. Essa seria uma profanação correspondente ao que Benjamin pensava como *deposição* do direito pela violência pura, que o liberaria para um novo uso, para a exibição de sua pura condição *medial*: ser apenas a *porta de acesso* à justiça.

O sentido de um direito que sobreviveria, desse modo, à sua própria deposição, sendo profanado para um novo uso, seria, segundo Agamben, comparável ao que acontece à lei após sua deposição messiânica, à forma direito numa sociedade sem classes, para citar os exemplos históricos do cristianismo paulino e do marxismo:

Não se trata, evidentemente, de uma fase de transição que nunca chega ao fim a que deveria levar, menos ainda a um processo de desconstrução infinita que, mantendo o direito numa vida espectral, não consegue dar conta dele. O importante aqui é que o direito – não mais praticado, mas estudado – não é a justiça, mas só a porta que leva a ela. O que abre a porta para a justiça não é a anulação, mas a destivação e a inatividade do direito – ou seja, um outro uso dele.⁴⁹

Tas soluções, certamente problemáticas, encontram-se ainda muito distantes de nossa linha de horizonte habitual. Talvez justamente por isso, revisitar as fontes originárias dessa contradição entre matrizes do pensamento jusfilosófico moderno se ofereça como tarefa ao mesmo tempo inevitável e fecunda, à qual devem se dedicar com decisão e radicalidade todos aqueles efetivamente empenhados numa tentativa de

49 AGAMBEN, 2004, p. 97.

compreensão crítica dos dilemas atuais do direito e da política, ao mesmo tempo em que se mantêm comprometidos com a busca da verdade.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Mittel ohne Zweck: Noten zur Politik*. Trad. Sabine Schulz. Zürich/Berlin: Diapaphanes, 2006.

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Trad. Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. Trad. Ernani Chaves. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2 vols. Wien: Deuticke, 1960.

KELSEN, Hans. *Das Problem der Souveranität in die Theorie des Völkerrechts*. Aalen: Scientia, 1981.

MARX, Karl. *A questão judaica*. São Paulo: Moraes, 1991.

PASHOUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SALZANI, Carlo. Violence as pure praxis: Benjamin and Sorel on strike, myth and ethics. In: SALZANI, Carlo;

FITZGERALD, Michael (eds). *Critique of Violence. Colloquy: Text theory Critique* n. 16. Melbourne: Monash University, 2008. Disponível em: <www.colloquy.monash.edu.au/issue16.pdf>.

SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Trad. José Díaz García. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*. Loverval: Labor, 2006.

Recebido em 23/10/2013.

Aprovado em 09/11/2013.

Oswaldo Giacoia Junior

Universidade Estadual de Campinas

Instituto de Filosofia e Ciências Humanas

Departamento de Filosofia

Rua Cora Coralina nº 100, Cidade Universitária Zeferino Vaz

Bairro Barão Geraldo, Campinas, SP

13083-896 BRASIL

E-mail: ogiacoa@hotmail.com

