

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HELOISA FERNANDES CÂMARA

**EXCEÇÃO E REGRA: DILEMAS DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

CURITIBA

2007

HELOISA FERNANDES CÂMARA

**EXCEÇÃO E REGRA: DILEMAS DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Profa. Orientadora: Dra. Vera Karam de Chueiri.

CURITIBA

2007

À minha mãe por me ensinar que a distância é pode ser encurtada com um pequeno passo.

À Nina: eu também sinto muito a sua falta!

À Sílvia, Betina e Pedro por terem me acolhido na sua família.

Ao Ri porque com sua presença consegue trazer o melhor de mim.

À Vera por incluir ensinar que poesia pode, sim, estar com o Direito.

Para o Fê Bley, Fê Mohr, Fê Cursino e a Carol, sem vocês essa caminhada não teria sido tão proveitosa!

Quero a delícia de poder sentir as coisas mais simples

Manoel Bandeira

RESUMO:

O Direito tem por função dirimir conflitos de forma a harmonizar a sociedade, todavia frente a alguns eventos extremos demonstra a incapacidade e falibilidade de suas soluções. O constitucionalismo tradicionalmente tenta apaziguar tais conflitos de modo a garantir a coerência e aplicação do sistema. Todavia tais eventos sugerem que o caminho apaziguador não confere mais validade nem legitimidade. Nesse contexto mostra-se o estado de exceção, que paradoxalmente está previsto pelo Direito e ao mesmo tempo fora de seu alcance. O Estado de exceção surge como permanente e faz com que o espaço destinado ao direito seja ocupado por uma anomia e substituído pela vida biológica do cidadão, que ao ser apreendida pela política como seu referencial, torna-se sujeito e objeto do poder. Nesse contexto o surgimento de campos, o desrespeito aos direitos fundamentais e a indistinção presente no espaço político, demonstram que o estado de exceção é em verdade o novo paradigma de governo, assim como a biopolítica é o seu novo referencial. Frente a essa situação, fundamental compreender como o constitucionalismo lida com os conflitos e quais possibilidades – interpretativas - que são trazidas ao cerne do sistema jurídico. Assim, a revalorização do espaço público enquanto espaço político onde os conflitos se manifestam, e o reconhecimento da normalidade do estado de exceção, mostram-se como fundamentais para a própria revalorização e validade do direito.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. TEORIA CONSTITUCIONAL.....	8
2.1. PODER CONSTITUINTE: O CONCEITO DE UMA CRISE.....	11
2.1.2. <i>Poder Constituinte e soberania – um encontro possível?</i>	14
2.1.3 <i>Decisão Soberana</i>	15
2.2 QUEM DEVE SER O DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO? DEBATE SCHMITT- KELSEN	17
3. ESTADO DE EXCEÇÃO	26
3.1 TERRA DE NINGUÉM	28
3.2 FORÇA DE LEI	31
3.3 SOMOS NÓS HOMO SACER?	33
3.4 CAMPOS: A LOCALIZAÇÃO DO ILOCALIZÁVEL	37
3.5 VIDA QUE NÃO MERECE SER VIVIDA: REFUGIADOS E APÁTRIDAS.....	42
3.6 NARRATIVAS DO INARRÁVEL: A EXCEÇÃO EM KAFKA.....	47
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
5. ANEXO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

Eric Hobsbawm nomeou seu livro sobre o século XX como *Era dos Extremos*¹. De fato, em nenhum tempo na história houve tantos fatos contraditórios, tantas incertezas, não só em relação ao futuro, mas também quanto ao presente. A existência de duas grandes guerras, a criação e dissolução de Estados, o surgimento de governos totalitários e a criação de novas tecnologias, entre vários fatos que marcaram o século, questionaram a capacidade do Direito lidar com a realidade. Todavia a incapacidade do direito lidar com situações extremas não se circunscreve a esse século, ao contrário, inicia-se na modernidade, nas próprias revoluções liberais que desenvolveram o conceito de direito moderno.

A constituição do direito na modernidade, a partir das revoluções liberais-burguesas, mostra que há um momento em que o Direito se aplica, desaplicando-se, isto é, a revolução. Tal evento gera algumas dificuldades para o Direito Público, especialmente para a Teoria Constitucional e para o estudo do poder constituinte, pois, principalmente o constitucionalismo, tenta apagar os traços revolucionários da criação do Direito.

Essa monografia pretende (1) discutir o momento constitutivo do Direito através do poder constituinte, ou seja, a importância do evento político – do que seria “estranho” ao Direito – para a criação e conservação do jurídico.

Para tanto discutiremos (1.1) o poder Constituinte como o conceito de uma crise. Ainda, (1.1.2) a relação (im) possível entre poder constituinte e soberania. Uma possibilidade de pensar esta relação surge com a análise que Schmitt faz da soberania. Daí a necessidade de se compreender a noção de decisão (1.1.3). Dizer que o soberano é quem decide sobre o estado de exceção significa considerá-la (a exceção) como constitutiva do direito, e tal como o milagre, o que simboliza mais a regra do que a normalidade ou que não faz mais do que confirmar a regra. Ganha relevância aqui a tensão, acima referida, entre o político e o jurídico, a qual aparece

¹ HOBBSAWM, E. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 598p.

no célebre debate Kelsen x Schmitt acerca de quem dever ser o defensor da constituição (1.2).

Entretanto, o estado de exceção pode ser compreendido de uma outra maneira: não como momento de suspensão da ordem jurídica, mas como um estado permanente. Seguindo o pensamento de Benjamin, trataremos o estado de exceção enquanto paradigma de governo (2). O paradoxo do soberano em relação à exceção - ele está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento - faz com que esta (a exceção) ocupe um espaço indeterminado. Nesse sentido, examinaremos a concepção de um *locus* indeterminado que existe na exceção (2.1). Em seguida dispostemos acerca da “força de lei”, esta enquanto diferença entre eficácia e forma de uma lei. Essa dualidade ocorre no estado de exceção com a suspensão do ordenamento legal e a introdução de não-leis que, no entanto, têm força e aplicação. Tal fato importa que reflitamos acerca do papel das leis no estado de exceção permanente (2.2). Uma das questões principais, especialmente face a não aplicabilidade de uma lei, é definir o que assume o espaço da lei, ou em termos mais precisos, o que é utilizado para regular o direito e a política. Nesse contexto, falaremos acerca da figura do *homo sacer*, pois esta simboliza o que foi apreendido pela política: a vida nua, ou seja, a vida biológica (2.3). Em busca da localização desse ilocalizável (a exceção), passaremos ao estudo dos campos, enquanto espaço onde se materializa o estado de exceção e justamente por isso passa uma figura central para a política moderna (2.4). A desnacionalização em massa efetuada no pós-guerra inscreveu povos inteiros em um limiar, tornando-os vida que não merece ser vivida. Assim, observaremos a figura dos refugiados e apátridas enquanto manifestação da exceção que ao torná-los desprovidos de proteção inscreve-os em um *locus* de matabilidade (2.5). Por fim, utilizaremos a narrativa literária para, através de algumas obras de Franz Kafka, percebermos o mecanismo de funcionamento da exceção. Não haverá análises literárias ou tentativas de interpretar Kafka, mas a utilização das obras de Kafka enquanto escritor do absurdo presente no real (2.6).

2. TEORIA CONSTITUCIONAL

O surgimento da constituição moderna está ligado historicamente à proteção de direitos frente ao arbítrio estatal, de forma que a constituição assume uma importância fundamental - e fundante – para o sistema jurídico. As revoluções liberais² que a originaram mudaram a feição do Direito e do próprio Estado, plantando a idéia de que a racionalidade deveria substituir a legitimação divina e pessoal; além de limitar a soberania popular³. Em um primeiro momento a existência da constituição é entendida somente como um documento apto a proteger o cidadão frente ao Estado. Não coincidentemente, os primeiros direitos protegidos foram a liberdade, a propriedade e a legalidade – entendida neste momento como adoção dos procedimentos previstos – no que se convencionou chamar de 1ª geração de direitos humanos, ou mais atualmente 1ª dimensão de direitos humanos.

A Constituição apresenta um duplo viés, de documento jurídico e de programa político⁴. É um documento jurídico enquanto base do sistema. Além de hierarquicamente superior às outras normas também confere validade e coerência a elas, na medida em que os princípios regentes de uma determinada ordem legal estão cristalizadas em sua Constituição e, portanto, servem como matriz interpretativa.

Há muitas teorias que encerram o conteúdo constitucional na hierarquia de suas normas. A mais conhecida no Direito foi desenvolvida por Hans Kelsen. Em sua teoria, a ordem constitucional é o que confere validade ao sistema, enquanto lei maior do ordenamento. A inovação na teoria kelseniana é a justificação da constituição – que não pode dar-se através de uma norma superior, pois a constituição é a norma mais elevada - através de uma norma pressuposta, a norma fundamental. Nessa direção: “*A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum*”⁵. É uma teoria formalista na medida em que reconhece ao procedimento a validade do sistema jurídico, colocando a questão do conteúdo das

² Como conhecido, principalmente as Revoluções inglesa (1688), americana (1776) e francesa (1789).

³ BERCOVICI, G. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. p. 79.

⁴ Nessa acepção, CANOTILHO, J.J.G. “*Ao definir-se como teoria jurídica da constituição, salienta-se que a constituição é um estatuto jurídico; ao referir-se esta teoria jurídica ao sistema político, torna-se claro que ela é também o ‘estatuto do político’.*” *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. p. 79

⁵ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. p 269

normas em um segundo plano, especialmente porque a norma fundamental pode legitimar todo e qualquer tipo de ordenamento jurídico.

Além desse aspecto, a constituição mostra-se como documento político ao manifestar as posições políticas do momento de sua criação - e de sua eventual modificação. Isso significa que entre várias possibilidades cada Constituição consagra as crenças do constituinte, inclusive crenças contraditórias em si são albergadas na Lei Maior⁶. O aspecto político mostra-se não somente na eleição dos bens a serem tutelados, mas principalmente nos princípios albergados, princípios estes que servem para interpretação e criação de normas infra-constitucionais. O movimento de “constitucionalização” de todos os ramos do direito reflete o que por muito tempo ficou esquecido: a Constituição serve como guia interpretativo para os outros ramos, e não o inverso. A existência de uma constituição politicamente comprometida com certos ideais estende sua influência em toda e qualquer aplicação do direito – em uma leitura coerente com as características da constituição.

Acerca da constituição enquanto documento jurídico e político, interessante relembarmos da polêmica entre Lassalle e Hesse, respectivamente nas obras “A Essência da Constituição⁷” e “A Força Normativa da Constituição”. Para Lassalle, a constituição é a expressão das relações fáticas de um determinado país, e nesse sentido a constituição jurídica seria somente um pedaço de papel. Já Hesse, apesar de reconhecer a importância dos fatores reais de poder na formação e manutenção da constituição, preceitua que não podemos considerar que a constituição se limita a tais fatores, especialmente porque o direito tem caráter normativista e não somente descritivo. Assim, deve além de observar as condicionantes históricas, ter em consideração que as possibilidades e limites da força normativa da constituição resultam da correlação entre o ser e o dever ser⁸. Hesse aponta para o Direito Constitucional uma enorme tarefa, devendo “*explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional (...)*”.⁹

⁶ Na constituição brasileira o melhor exemplo de crenças contraditórias é o “embate” entre o conteúdo da função social da propriedade e o direito de propriedade, art 5º, Inc. XXIII e art. 5º, caput; respectivamente.

⁷ Dependendo a tradução a obra é nomeada como “O que é uma Constituição Política”.

⁸ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. p. 24.

⁹ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*. p. 27.

Portanto à Teoria da Constituição é reservada uma tarefa delicada: servir de parâmetro para interpretação do sistema jurídico, representar os anseios e situações fáticas em um determinado momento histórico, propiciar a eficácia da constituição e garantir a legitimidade do ordenamento jurídico através da legitimidade da própria constituição, considerando a particularidade de seu objeto. De forma que se a Constituição tem viés político e jurídico, a Teoria da Constituição deve ser vista *“como uma teoria política do direito constitucional e como teoria científica do direito constitucional. Por que política? Por que científica? É uma teoria política porque pretende compreender a ordenação constitucional do político, através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidade e limites do direito constitucional. É uma teoria científica porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, idéias, postulados construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional. A teoria da constituição é, porém, mais do que uma teoria política e científica do direito constitucional. Aspira ainda a ser o estatuto teórico da teoria crítica e normativa da constituição.”*¹⁰

Quanto ao papel reservado à teoria constitucional, insta lembrarmos sua ligação com o Estado de Direito. Só é possível falar em constituição enquanto vinculada ao Estado, que é pressuposto para sua existência – ao menos na forma como a concebemos modernamente. A Teoria da Constituição era vista como um capítulo da Teoria do Estado¹¹, não obstante sua autonomia atual não é possível negar a ligação entre ambas as esferas. Portanto, no momento em que as teorias do Estado manifestam uma crise que se expressa em um descompasso entre a realidade e a redução teórica, a Teoria da Constituição é diretamente influenciada. Dessa maneira, a mudança de configuração do Estado, que em certa medida acabou por reduzir seu significado, é o estopim de uma crise que assola a própria idéia de Constituição – que passa a ter seu significado perante o ordenamento jurídico posto a prova. Ferrajoli¹², ao tratar da crise do Estado de Direito, aponta dois aspectos: o primeiro envolve crise quanto ao princípio da legalidade, ocasionado

¹⁰ CANOTILHO, J.J.G. apud OLIVEIRA, FÁBIO de. Por uma Teoria dos Princípios. p.9

¹¹ Acerca da criação da constituição enquanto documento que regulava as relações entre Estado e particulares, Bercovici aponta-nos que nesse momento a Teoria da Constituição era considerada enquanto capítulo da teoria do Estado, concepção esta que se modifica posteriormente, acabando com debate entre diversos autores sobre suas idéias de Estado e constituição. Sobre o tema ver: BERCOVICI, G. A Constituição Dirigente e a Crise da Constituição. In: *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*.

¹² FERRAJOLI, L. Passado y Futuro del Estado de Derecho. In: *Neoconstitucionalismo(s)*.

principalmente por inflação legislativa e disfunção da linguagem legal. O segundo aspecto da crise afeta o papel garantista da constituição com a legislação – que como ele bem dispõe, é justamente este papel o que define o Estado constitucional de Direito.

Nesse contexto, procuraremos não apenas reconhecer a existência da crise, como também utilizarmos suas indagações para pensarmos uma teoria constitucional que seja aplicável. Como pressuposto para tal tarefa, adotaremos por princípio que não é mais possível pensarmos em uma constituição apaziguada, ao contrário, para garantirmos a sua força normativa – para usarmos o termo de Hesse – é necessário problematizarmos a constituição, assumindo uma interpretação radical de seus preceitos. Nesse contexto, fundamental considerarmos o poder constituinte como um conceito em crise.

2.1. PODER CONSTITUINTE: O CONCEITO DE UMA CRISE

A origem da Constituição – e sua legitimação – enfrenta alguns problemas teóricos, pois se a Constituição funda o ordenamento jurídico, significa que em sua criação não são adotados os critérios jurídicos (pois inexitem nesse momento), logo a criação do direito é paradoxalmente alheia a ele. Em outras palavras, a criação do Direito não é jurídica.

A teoria tradicional a respeito do Poder Constituinte é apresentada por Sieyès através o livro clássico “O que é o Terceiro Estado”. Tal obra foi escrita no momento da Revolução Francesa, sendo fundamental para sua compreensão a análise de seu contexto histórico na medida em que o único parâmetro de constituição era a inglesa, e, portanto, necessitava-se de uma teoria da constituição, especialmente quanto a sua criação. Sieyès defende que a função desempenhada pelo terceiro estado sempre foi negligenciada em prol de interesses de grupos minoritários – nesse sentido famosa a assertiva no início do livro na qual estabelece que o terceiro estado é tudo, mas não tem sido nada na ordem política. Em sua teoria, o terceiro estado é o “*conjunto dos cidadãos que pertencem à uma ordem comum*”.¹³

Nesse sentido, não pode ser integrado por membros detentores de algum tipo de privilégio. Em suma, ao consagrar a importância do terceiro estado, considerando-o como a própria nação, o que Sieyès pretende é favorecer o poder

¹³ SIEYÈS, E. *Constituinte Burguesa: O que é o Terceiro Estado?* p. 72

popular no Estado frente aos poderes tradicionais (notadamente o dos nobres feudais e da Igreja). Para alcançar o poder popular pretendia uma influência paritária no Estado. Os critérios utilizados para atingir tal paridade são: escolha de seus representantes entre aqueles que pertençam efetivamente ao terceiro estado; o número de seus deputados igual ao da nobreza e do clero; e que os Estados deveriam votar por pessoas e não por ordens. Mas principalmente, em sua noção de equilíbrio na representatividade perante o Estado, confere uma importância fundamental ao papel desempenhado pela Constituição que efetivamente reflita os anseios da população. Para que haja tal correspondência, a constituição deve ser elaborada pela nação, entendida como o terceiro estado: *“Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de uma Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem o direito de fazê-la.”*¹⁴ Há uma identificação na origem e essência do poder constituinte com a população, e, na atividade de criação do sistema jurídico não pode haver limitação de nenhuma espécie. A não submissão às normas jurídicas – ainda que para a construção de uma nova ordem – é uma espécie de exceção constitutiva que explicita o paradoxo da não obediência à soberania em nome da continuidade da mesma.

Negri¹⁵ ao repensar o poder constituinte parte de uma situação fática bastante distinta da enfrentada por Sieyès. Para muitos a teoria de Negri é indissociável de sua vivência¹⁶, por isso delinaremos brevemente alguns elementos de sua vida. Negri começou sua teorização na Itália, e em 1979 enquanto diretor do Instituto de Ciências Políticas, da Universidade de Pádua tem sua prisão decretada. A acusação é de “direção intelectual” de um movimento ao qual pertencem as Brigadas Vermelhas – como seu braço armado. Através de tal “direção” seria responsável entre outros, pelo assassinato de Aldo Moro. Cumpre quatro anos e meio de prisão “preventiva”, momento no qual continua sua produção intelectual. Em 1983 é eleito deputado e beneficia-se de imunidade parlamentar, que é suspensa dois meses depois. Com a suspensão, foge para a França, onde leciona e continua sua produção. Em 1997, resolve voltar para a Itália e para a prisão – pois havia sido condenado por contumácia. As condenações foram em decisões do Tribunal de

¹⁴ SIEYÈS, E. *Constituinte Burguesa: O que é o Terceiro Estado?* p. 113

¹⁵ NEGRI, A. *Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade.* p. 1-56.

¹⁶ COCCO, G. *Uma Filosofia Prática. Cult.* São Paulo: Bregantini, n. 118, p. 51-53, out. de 2007.

Roma por insurreição armada contra o Estado, e do Tribunal de Milão, por responsabilidade moral nos conflitos de 1973 a 1977 entre os militantes e a polícia¹⁷. Logo, a própria história pessoal de Negri possibilita uma análise de questões fundamentais para a política e o direito, tais como, memória de um povo, exceção, o uso do direito enquanto aparato formal de dominação.

Em sua teorização o poder constituinte é o conceito de uma crise na medida em que tem por característica sua resistência à constitucionalização (que o limita), tal como a democracia. Assim, para pensarmos o poder constituinte - e sua ligação com o poder constituído - devemos analisá-lo exatamente como um conceito em crise, portanto assumindo a radicalidade do conceito e de sua complexidade.

Primeiramente, como já apontamos, há o paradoxo do "poder constituinte surgir do nada e organizar toda a hierarquia dos poderes".¹⁸ O caráter expansivo e com tendência a ser ilimitado colide com o constitucionalismo que tenta "amarrá-lo", de forma a subjugar-lo às normas jurídicas. Nesse sentido adequado rememorarmos o significado do termo Estado de Direito. Este pressupõe não só que o Estado deve estar dentro da lei, mas submetido a ela, de forma que um poder que escapa da força centrípeta do Direito é um desvio de um sistema que não sabe lidar com desvios. Dessa forma a maior parte das teorias sobre poder constituinte procura eliminar - em maior ou menor grau - a contradição entre aquele e o poder constituído, de forma a neutralizar a força criativa que o poder constituinte manifesta.

Como estabelecemos que o poder constituinte não está ligado ao Direito, convém delinear onde ele se enquadra, ou melhor, em que contexto se insere. Dada a característica de poder absoluto, ele liga-se à idéia de democracia, portanto à pré-constituição da totalidade democrática.¹⁹ Democracia enquanto poder absoluto e com tendência absolutas. Ambos - democracia e poder constituinte - visam o futuro enquanto o constitucionalismo está virado para o passado.

Ao contrário do que pretende o constitucionalismo, o poder constituinte deve ser tornado ilimitado, no sentido em que se o direito e a constituição o seguem, devem ter presentes os elementos a criação do ordenamento, de forma a manter sua riqueza criadora.²⁰ Ao considerar a manutenção do poder constituinte, Negri também dispõe sobre a permanente revolução, exatamente porque em sua teoria o

¹⁷ Para informações adicionais ver: NEGRI, A. *Exílio*.

¹⁸ NEGRI, A. *Poder Constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 8/9.

¹⁹ NEGRI, A. *Poder Constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade. p. 21.

²⁰ NEGRI, A. *Poder Constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade p. 40

poder constituinte é inseparável do processo revolucionário. Isso porque o momento da criação é mais do que um vácuo de poder, pois um momento constitutivo em que há a substituição da antiga ordem por uma nova. Esse elemento de destruição e criação representado pelo poder constituinte é um dos possíveis sentidos jurídicos do termo “revolução”.²¹

2.1.2. Poder Constituinte e soberania – um encontro possível?

Ainda para Negri, a ligação entre poder constituinte e soberania é de negação. Alega que enquanto o poder constituinte é potência criadora - sendo intrínseca sua tendência à destruição do poder constituído, a soberania é uma fixação do poder constituído, quase uma exteriorização deste. Desta forma enquanto o primeiro representa a plenitude oferecida pela potência, a segunda encerra o existente.²² Desse raciocínio de Negri surge a questão se de fato a soberania é antagônica às mudanças inerentes ao poder constituinte. Será possível que a soberania seja permeável a mudanças, de forma a utilizar-se da potência criadora que o constituinte possibilita? Se para Negri a resposta é negativa, podemos vislumbrar uma possibilidade na análise que Schmitt faz da soberania – embora parta de diferentes pressupostos e contextos, buscou, antes de Negri, analisar as possibilidades do Direito e do Estado frente às novas complexidades.

A teoria schmittiana permaneceu em profundo olvido especialmente por sua implicação com o estado nazista. Em geral sua teoria é apresentada como totalitária, na medida em que justificaria a exceção e os poderes do soberano. Nesse sentido Friedrich Müller, “(...) Schmitt desprezava os textos normativos (como a Constituição da República de Weimar, na Alemanha), e os concebia como ‘mera lei constitucional’, atropelando-os por meio de uma mistificadora e irracional ‘decisão fundamental’”.²³

Todavia, sua releitura é de grande valia para interpretarmos conceitos essenciais como estado, direito, constituição, soberania e exceção. Sua abordagem oferece a abertura necessária para que o direito e o estado não se reduzam à lei positiva. Assim, não se pretende ignorar sua colaboração no ano de 1933 como o

²¹ SAINT-BONNET. *L'état d'exception*. p.286.

²² Em conceito aristotélico conhecido entre ato e potência. Enquanto o primeiro é o dado, o segundo representa aquilo que ainda não é e por isso já é.

²³ No prefácio de *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. p. xi.

jurista do estado nazista, mas considerar sua teorização em relação às possibilidades oferecidas para o Direito e de forma mais ampla para o Estado. E é no contexto de sua valorização do político e do espaço público que o pensamento de Schmitt tem sido revisado, inclusive para pensar a democracia radical²⁴, o que não deixa de ser paradoxal para aqueles que lhe creditam o viés conservador, direitista e totalitário.

2.1.3 Decisão Soberana

A assertiva de Schmitt que soberano é aquele que decide sobre a exceção é bastante conhecida, todavia não inteiramente compreendida, como aponta Agamben. O ponto central da teoria schmittiana é a análise da insuficiência do liberalismo para qualificar um certo tipo estado, a conhecida “fórmula” do estado de direito. Em sua tentativa de tecnicizar âmbitos essencialmente conflitivos, o liberalismo cria uma ficção jurídica ao pretender a neutralidade do Estado. Neutralidade esta que se mostra principalmente na concepção de democracia-liberal, ao considerar que a participação popular deve ocorrer prioritariamente através da representatividade. O uso de expedientes tais como a separação de poderes, a supremacia da lei no Estado e o controle desta exclusivamente pelos tribunais superiores, ignora as complexidades, reduzindo o Estado a uma figura formal. A retomada do político é, para Schmitt, uma maneira de demonstrar a falência do liberalismo e de suas doutrinas – entendidas por ele como normativismo degenerado²⁵.

A análise clássica da soberania é feita por Bodin, tornando célebres as características que lhe seriam constitutivas: poder supremo, independente e superior. Todavia para Schmitt essa definição não é uma interpretação adequada de

²⁴ Em “*The Challenge of Carl Schmitt*” Chantal Mouffe analisa a crítica de Schmitt à democracia liberal como forma de melhor compreender o projeto de democracia radical.

²⁵ SCHMITT, C. *Théologie Politique*. p. 13 “*Ce qu'on appelle le positivisme et le normativisme de la théorie allemande du droit (...) c'est tout simplement un normativisme dégénéré – parce que, au lieu de se fonder sur un droit naturel ou un droit de la raison, il dépend purement de normes à 'valeur' factuelle; c'est donc un normativisme em soi contradictoire, mêlé à un positivisme qui n'était qu'un décisionisme dégénéré, aveugle au droit, s'en tenant à 'la force normative du factuel' ai lieu de prendre appui sur une authentique décision.*” Tradução livre: O que se chama positivismo e normativismo na teoria alemã de direito (...) é simplesmente um normativismo degenerado – porque, em lugar de se fundar sobre um direito natural ou um direito da razão, depende somente da normas de “valor” factual - é então um normativismo contraditório em si, unido a um positivismo que é somente um decisionismo degenerado, juridicamente cego, mantido conforme a “força normativa de âmbito fático”, em vez de uma decisão real.

uma realidade, senão uma fórmula que pode ser interpretada ao infinito e por isso nada diz. A seu ver o problema principal é lidar com a ligação entre poder supremo e poder jurídico²⁶. Tal ligação tende a ser desconsiderada para compreender a soberania ora como exclusivamente jurídica, ora como somente sociológica. A tarefa que Schmitt se propõe é justamente a de criar uma nova teoria da soberania de maneira que seja aplicável à realidade e considere os aspectos tanto jurídicos, sociológicos e políticos de forma que a soberania não se fundamente nos princípios do liberalismo (entendidos aqui como uma tentativa de despolitização da soberania).

Schmitt utiliza-se de conceitos teológicos na explicação do Estado porque considera que todos os conceitos da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados. Deus, enquanto fundador do sistema, é substituído na concepção secular pela figura do legislador onipotente.²⁷ Dessa maneira se a decisão representa o “ser supremo do estado”, o estado de exceção ocupa no estado o mesmo espaço do milagre perante a teologia. A decisão possui lugar e importância fundamentais na análise de Schmitt justamente porque representa dois aspectos intrinsecamente relacionados com sua análise teológica: primeiro por ser soberana tem um papel originário, de criação do mundo, renunciando a qualquer fundamentação alternativa última; o segundo aspecto refere-se à capacidade do logos divino de constituir a ordem objetiva, contendo nele a capacidade criadora desta ordem.²⁸ Assim, Schmitt critica a concepção moderna de soberania que pretende esvaziá-la de seu sentido político.

A análise do estado de exceção e sua vinculação com a decisão soberana, intentam demonstrar a falibilidade e insuficiência das regras jurídicas liberais através do oposto do “*rule of law*”, a dizer, um espaço onde o direito suspende-se e em seu lugar assume uma decisão política. O mérito de Schmitt foi perceber que apesar da exceção se constituir num evento político, ela ultrapassa essa seara, pois constitui todo o sistema jurídico. Dessa forma a análise feita por Schmitt e posteriormente retomada por Agamben permite que se vislumbre uma teoria da exceção enquanto direito público, ou seja, enquanto constitutiva do direito.

A decisão soberana representa um espaço de abertura do direito através do reconhecimento e inclusão do espaço político na esfera jurídica, especialmente

²⁶ SCHMITT, C. *Théologie Politique*. p. 28.

²⁷ SCHMITT, C. *Théologie Politique*. p. 46

²⁸ FLICKINGER, H. G. Prefácio de O Conceito do Político de Carl Schmitt. p. 21.

porque ao estabelecer que a decisão é fundante do sistema jurídico, pretende conferir a legitimidade como critério de justificação e não apenas a legalidade. A decisão soberana não pretende negar a vigência do direito, mas estabelecer que na insuficiência deste outros elementos devem assumir o espaço deixado. A decisão soberana ao suspender o direito, não cria um espaço anômico, mas possibilita que a manifestação da política onde o direito foi insuficiente, especialmente através da manifestação da relação amigo-inimigo (o qual analisaremos no próximo item).

Dizer que o soberano é quem decide sobre o estado de exceção significa considerá-la como constitutiva do direito, e tal como o milagre, o símbolo mais da regra do que da normalidade – nas palavras de Schmitt: “*A exceção é mais interessante do que o caso normal. O caso normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não faz mais que confirmar a regra: na realidade a regra somente existe pela exceção*”.²⁹

Esta tensão entre o político e o jurídico para pensar a constituição do direito aparece no célebre debate Kelsen x Schmitt acerca de quem dever ser o defensor da constituição, cuja discussão segue no próximo item.

2.2 QUEM DEVE SER O DEFENSOR DA CONSTITUIÇÃO? DEBATE SCHMITT-KELSEN

A discussão quanto a defesa da constituição entre Schmitt e Kelsen inicia-se com a publicação do livro “A Defesa da Constituição” de Carl Schmitt em 1929. Nesse livro Schmitt defende que o controle constitucional não deve ocorrer somente no âmbito judicial, mas também no político, com a defesa pelo soberano. Em 1931 Kelsen publica o artigo “Quem deve ser o Defensor da Constituição?” no qual se contrapõe às idéias de Schmitt quanto ao controle constitucional. Tal debate é bastante profícuo ao contrapor dois pontos de vista sobre a teoria constitucional e o controle da constitucionalidade das leis. Dessa maneira revisitaremos os argumentos de cada autor de modo a compreendermos em que medida nosso conceito de controle constitucional, e de constituição, é influenciado por essas concepções, além de entendermos os conceitos de soberania e de exceção na tensão do arco político-jurídico.

²⁹ Tradução livre do trecho: “*L’exception est plus intéressante que le cas normal. Le cas normal ne prouve rien, l’exception prouve tout; elle ne fait pas que confirmer la règle: en réalité la règle ne vit que par l’exception* SCHMITT, C. *Théologie Politique*. p. 25

Em *O Conceito do Político*³⁰, Schmitt entende o Estado enquanto unidade política organizada, com função de produzir em seu território uma satisfação completa e estabelecer tranquilidade, segurança e ordem, de forma a criar uma situação normal, para que as normas jurídicas possam valer³¹. É no interior do Estado que se manifesta a distinção *amigo/inimigo* – esse o critério de definição do político. Esse critério é específico do político e por isso não segue definições de outros campos, não há, portanto, o uso dos critérios de bom/mau, belo/feio ou útil/prejudicial,³² inclusive quem hoje é amigo, em uma situação futura pode tornar-se inimigo. A possibilidade real de conflito com o inimigo é o que possibilita a existência do político, e com isso, a decisão quanto a definição do amigo e do inimigo é de fundamental importância: *“Ao Estado como uma unidade essencialmente política pertence o ius belli, isto é, a possibilidade real de, num dado caso, determinar, em virtude de sua própria decisão, o inimigo, e combatê-lo”*.³³ Assim, a *“possibilidade efetiva de guerra é o requisito da distinção entre amigo e inimigo e para o reconhecimento político”*.³⁴ Mesmo a soberania é determinada por essa possibilidade efetiva do conflito, e é ela que tem a função de resolver o caso decisivo.³⁵

A possibilidade do conflito como alicerce do Estado contrapõe-se às teorias que pregam que a função do Estado – e do Direito – é promover a pacificação social, no sentido de excluir o elemento conflitivo do espaço público. Ao apoiar sua teoria na política, e esta por sua vez, na possibilidade da guerra, Schmitt questiona também a (in) suficiência da democracia liberal, com suas tentativas de subjugar as divergências, considerando-a anti-política e impotente.³⁶

No âmbito da Justiça Constitucional, Schmitt retoma alguns aspectos de sua teoria do estado – e portanto das noções no político – para reportar como insuficiente – e indesejada – a defesa da constituição por um Tribunal

³⁰ SCHMITT, C. *O Conceito do Político*. p. 56.

³¹ SCHMITT, C. *O Conceito do Político* p.72

³² SCHMITT, C. *O Conceito do Político*. p. 51

³³ SCHMITT, C. *O Conceito do Político* p. 71

³⁴ SCHMITT, C. *O Conceito do Político*. p. 62

³⁵ SCHMITT, C. *O Conceito do Político*.p. 64/65.

³⁶ *“Schmitt considers nineteenth-century liberal democracy anti-political and rendered impotent by a rule-bound legalism, a rationalistic concept of political debate, (...) The political is none of these things. Its essence is struggle.”* HIRST, P. Carl Schmitt’s Decisionism. In: *The Challenge of Carl Schmitt*. p. 8.

Constitucional. Uma sentença que mostra sua desconfiança quanto aos procedimentos técnicos está presente em *O Conceito do Político*: “A técnica é sempre somente um instrumento e arma, e justamente porque ela serve a qualquer um, ela não é neutra.”³⁷ Com isso pretende refutar a alegação comum de que a política deve ser neutralizada para permitir que a técnica – e sua “neutralidade” – assumam seu espaço.

Schmitt aponta que há um predomínio de idéias quanto a defesa da constituição por um Tribunal Constitucional, o que demonstra que se considera que a proteção constitucional deve ocorrer somente no âmbito judicial. Há nesse procedimento uma limitação da proteção constitucional à defesa contra leis e decretos inconstitucionais, o que desnaturaliza a questão, pois se busca somente no terreno da justiça o protetor da constituição. Ademais, considera que ao pretender que a questão seja encerrada no âmbito judicial, esquecem-se as diferenças entre uma sentença processual e a resolução de dúvidas e diferenças de critérios de um preceito constitucional³⁸.

É fundamental para entendermos a argumentação de Schmitt que seu propósito não é negar a defesa da constituição, mas retirar do judiciário a exclusividade dessa proteção. Argumenta ainda que deva ser “*considerada a própria estrutura constitucional, afinal se a Constituição descansa em um contrato entre o príncipe e o povo, entre o Governo e a representação social, cada parte pode contratante pode aparecer como defensora daquela parte em que estabelece seus próprios direitos e deveres.*”³⁹ Especialmente porque para Schmitt a ordem jurídica repousa sobre uma decisão e não sobre uma lei⁴⁰, dessa forma ao pretender que a defesa da constituição limite-se aos aspectos normativos, diminui a força e efetividade desse controle. Para Schmitt, o que os tribunais fazem não protege a constituição, pois apenas analisam as leis em sentido material e caso não estejam de acordo com os preceitos constitucionais, retiram seus efeitos⁴¹.

³⁷SCHMITT, C. *O Conceito do Político*. p 116

³⁸ SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución*. p. 31

³⁹ SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución*. p.40

⁴⁰ SCHMITT, C. *Théologie Politique*. p. 20

⁴¹ Ressaltamos que a análise feita por Schmitt leva em conta a situação dos tribunais alemães e o equívoco de transportar o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade para países com tradições judiciais bastante distintas. Enquanto o sistema norte-americano protege princípios gerais, na Alemanha de Schmitt, a proteção deveria ser exercida quanto à normas mais específicas. A respeito dessa comparação, analisar *La Defensa de la Constitución*. p. 52.

Ademais, Schmitt diferencia quando no caso examinado pelo controle judicial há um preceito constitucional que pode ser subsumido de forma precisa, e quando há princípios e normas gerais. O julgador pode negar aplicação somente ao primeiro caso, e ainda assim uma negação somente ao caso concreto e não uma retirada da validade da lei perante o ordenamento.⁴² Novamente há o problema de permitir o controle constitucional pelo juiz em situações em que se trabalha com conceitos abertos ou imprecisos. Nesses casos como fazer a subsunção da lei ao caso concreto? Nessas situações depende-se da interpretação do juiz frente a uma provocação, interpretação essa que pode analisar a lei de maneira distinta da imaginada em sua criação. O objetivo não é negar a interpretação judicial, ou pretender restringi-la à chamada “*mens legis*”, mas é inegável que situações como essa podem levar a um déficit de legitimidade, principalmente porque os juízes não escolhidos por um processo democrático, portanto devem ter algumas restrições em sua atuação. Retomando Schmitt, se há uma divisão dos poderes - sendo essa divisão um dos preceitos mais importantes do estado constitucional - deve haver limitação sob pena do Judiciário, com o pretexto de controle dos outros setores, tornar-se despótico.⁴³

O que Schmitt frisa é que o fato do judiciário fazer a sujeição do caso à lei constitucional, ao invés da lei simples, não o torna defensor da constituição. Defende ele que cada organismo público e cada cidadão poderiam ser considerados como eventuais defensores da constituição⁴⁴. Nesse ponto cabe ressaltarmos que quando Schmitt nega ao Judiciário o título de defensor da constituição, o que tem em mente não é um poder totalitário, mas ao contrário, um poder democrático, que ultrapassa o monopólio judicial, e em última instância estatal.

Kelsen ao iniciar sua argumentação no artigo “Quem deve ser o Defensor da Constituição?” considera que a busca por garantias da Constituição corresponde ao princípio de máxima legalidade da função estatal. Pela introdução de seu

⁴² O que hodiernamente consideramos como controle concreto de constitucionalidade, feito por qualquer tribunal em um caso concreto. A outra forma de controle constitucional que temos é a concentrada – ou abstrata – feita pelo STF que analisa a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei sem haver nenhum caso concreto. Somente esse último controle pode retirar a lei do ordenamento jurídico.

⁴³ Embora em uma perspectiva diferente, para acompanhar a questão do judiciário e democracia, ver: LIMA, M.M.B. Jurisdição Constitucional: Um Problema da Teoria da Democracia Política. In: *Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*.

⁴⁴ SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución* p. 55

pensamento podemos delinear a sua tônica, qual seja, a busca pela legalidade, pois esta que garantiria o funcionamento e proteção da ordem jurídica. Assim, o controle da constituição deve ocorrer por outros órgãos que não aqueles a quem ela deve controlar e que possuem a oportunidade jurídica e política para vulnerá-la. Nessa exposição, cita como exemplo de incongruências no controle constitucional, o efetuado pelo monarca – aquele que tem maiores chances de violação das garantias constitucionais. Para Kelsen a única possibilidade de defesa de tal tese é se consideramos que o monarca representa um poder neutro e superior ao antagonismo entre governo e parlamento. Tese essa que Kelsen considera uma ficção e simbolizaria uma resposta à busca por tribunais constitucionais, no sentido de inviabilizá-los.

Kelsen contrapõe-se à teoria de Schmitt em relação ao uso do poder neutro – teoria proveniente de Benjamin Constant – porque considera, em essência, que o poder do monarca não é neutro. Embora Schmitt caracterize o poder do monarca não como acima dos outros poderes – como na teoria de Constant – mas como “órgão justaposto”.⁴⁵ Kelsen defende que a interpretação de Schmitt do artigo 48 da Constituição de Weimar⁴⁶ torna o soberano um ditador. Esse artigo teve papel extremamente importante na história alemã, e conseqüentemente nos discursos constitucionais. Segundo apontamentos de Agamben⁴⁷, o artigo teve ampla utilização entre os anos de 1919 e 1933 e, apesar de prever a necessidade de uma lei que regulasse os poderes do presidente, tal lei nunca foi votada, portanto os poderes presidenciais permaneceram amplos o suficiente para não haver nenhum tipo de determinação ou controle. Nesse sentido o próprio Schmitt escreveu em 1925 que “*nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado*”⁴⁸, o que nos permite concluir que a interpretação de Schmitt tinha um viés crítico em relação a tal artigo.

Prossegue Kelsen que para Schmitt defender a tese do presidente do Reich como guardião da Constituição tem que ignorar a jurisdição constitucional, que na

⁴⁵ KELSEN, H. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. p.246

⁴⁶ “Se no Reich alemão, a segurança e a ordem pública estiverem seriamente [*erheblich*] conturbadas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública, eventualmente com ajuda das forças armadas. Para esse fim ele pode suspender total ou parcialmente os direitos fundamentais [*Grundrechte*] definidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124, e 153.” Tradução presente em AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 28.

⁴⁷ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 28.

⁴⁸ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 28

teoria kelseniana tem por objetivo conferir a proteção da constituição a um tribunal independente⁴⁹. Em sua argumentação, diz que Schmitt ao questionar se um tribunal constitucional é verdadeira jurisdição, tira o foco do problema principal que é o controle constitucional em si e não a natureza do órgão que o faz. Da mesma maneira discorda que tirar da lei efeito – no que chamamos de controle concentrado de constitucionalidade – não seja verdadeiro controle jurisdicional.

Entretanto, o argumento de Kelsen mais interessante para discordar da teoria schmittiana refere-se à questão do controle constitucional como ato político ou jurídico. Ele considera não existir contradição entre as funções jurisdicionais e políticas, reconhecendo que a decisão judicial é também uma decisão política na medida em que ao aplicar a lei ao caso concreto há uma interpretação que pode ser considerada política: *“Se enxergamos o ‘político’ na resolução de conflitos de interesses, na ‘decisão’ – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. (...) A diferença entre o caráter político da legislação e da jurisdição para ele é quantitativa e não qualitativa”*⁵⁰

Nesse ponto, Kelsen procura responder à provocação de Schmitt, para quem o sentido político foi abandonado na medida em que houve uma maior utilização da técnica judicial – Schmitt inclusive entende que o Estado moderno pode ser considerado como Estado Judicial, pois entre os três poderes, esse é o que mais tem se sobressaído.

Kelsen considera que a questão proposta por Schmitt a respeito dos limites da jurisdição – geral e constitucional – é legítima, todavia discorda que deva ser colocado como um problema da jurisdição, mas de seu limite. A partir disso, também estabelece que as leis a serem controladas não devam ser demasiadamente gerais nem conter termos vagos sob o risco de transferência do poder do Parlamento para uma instância externa a ela – notadamente o Judiciário.

Ademais, a necessidade de um tribunal judicial para ele explicita-se na possibilidade de um processo com contraditório para verificar a viabilidade ou não de uma declaração de inconstitucionalidade. Isso porque a discussão não se limita à constitucionalidade, mas também verifica a viabilidade do ato impugnado e até

⁴⁹ KELSEN, H. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. p 248

⁵⁰ KELSEN, H. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. p. 251.

mesmo a forma de criação do direito perante a constituição. Nesse sentido procedimentalista, outro argumento invocado por Kelsen para que o controle da constituição seja feito por um tribunal específico reside na neutralidade desse órgão, uma vez que em causas que envolva a definição de constitucionalidade o Parlamento ou o governo comumente são partes litigantes, e, portanto, não podem decidir o litígio. No ensaio kelseniano a comparação entre o governante e o juiz é retomado ao considerar que não há motivo para considerar o chefe de Estado mais independente que os juízes e funcionários, assim como não haveria diferença em relação ao princípio democrático de estabelecer o controle aos juízes e não ao chefe de Estado.

Kelsen analisa a noção de Estado total dada por Schmitt, que a seu ver elimina o antagonismo entre Parlamento e governo, tornando possível em sua teoria a escolha do presidente do Reich para garantir a constituição. Todavia lembra que o fato de ter sido eleito não torna o governante independente, assim como não é possível achar um interesse coletivo unitário, pois há várias pressões concomitantes na eleição dos interesses. Considerar que tal eleição é possível é para Kelsen “a típica ficção democrática”.⁵¹

Note-se que a concepção kelseniana de controle é adotada pela maioria dos ordenamentos, inclusive o nacional. Todavia no nosso ordenamento há a peculiaridade de não termos um tribunal constitucional puro – visto que o STF julga também casos concretos através da via recursal⁵² quando há alegação de contradição da decisão com a constituição, além de casos nos quais detém a competência originária.

O debate entre Kelsen e Schmitt vai muito além de definir quem deve ser o garantidor da constituição, mas refere-se à própria concepção de Estado e de Direito. Se para Kelsen a validade última do ordenamento é dada por uma norma pressuposta, para Schmitt o ordenamento repousa em uma decisão, até porque em sua concepção não pode uma norma servir de critério de validade de uma outra norma, como defende a teoria jurídica kelseniana. Assim, se para Kelsen há nada mais do que uma Teoria da Constituição como teoria da norma fundamental, Schmitt

⁵¹ KELSEN, H. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. p.282

⁵² Referimo-nos ao recurso extraordinário, regulado pelos arts. 541 e seguintes do Código de Processo Civil.

pretende superar a dicotomia entre Teoria Constitucional, Teoria do Estado e Política, reabilitando o político na análise dos temas da teoria constitucional.⁵³ Com intentos e pressupostos tão distintos não é possível vislumbrar uma conciliação entre ambas as teorias, embora devamos reconhecer a importância do debate e dos argumentos por ambas suscitados. Dessa forma, se para Schmitt o elemento político deve ser considerado sob pena de negar o fundamento próprio do Estado, para Kelsen há necessidade de tecnização do Direito para sua própria garantia. A oposição entre ambas as teorias serve para iluminar as questões quanto a soberania e poder constituinte, ou seja, a formação e afirmação do Direito. Nesse contexto, a perspectiva da existência do estado de exceção mostra-nos que aqueles conceitos (soberania e poder constituinte), entre outros, não estão pacificados e nem acabados, ao contrário, estão em permanente construção. Assim, o estado de exceção, enquanto momento de suspensão do Direito, demonstra que ao contrário do que o pensamento liberal prega, o Direito é também constituído pela política, e, desta maneira, um âmbito essencialmente conflitivo.

Isto significa dizer que pensar o Estado de exceção como um momento de suspensão do direito importa reafirmar a tese de Schmitt de que a decisão soberana é um ato político necessário em algumas circunstâncias, e também a de que a constituição diz respeito às decisões políticas fundamentais e não às normas (para ele leis constitucionais) jurídicas positivas como sugeria Kelsen. Logo, defender a constituição é um ato político de quem decide e não somente jurisdicional. Se a exceção é importante para pensar a fundação da ordem constitucional, a manutenção desta mesma ordem também deve ter critérios políticos, até porque não é possível dissociar totalmente o momento criador do mantenedor da ordem jurídica. E aqui mais uma vez lembramos Negri e sua análise da revolução permanente, ou seja, de não pretender excluir do direito sua força criadora.

Entretanto, o estado de exceção pode ser compreendido de uma outra maneira: não como momento de suspensão da ordem jurídica, mas como um estado permanente. Daí a afirmação de Benjamin de que no século XX o estado de exceção tornou-se paradigma de governo. Com isso a exceção passa a significar o surgimento de um outro tipo de política que abandona a relação originária de amigo-

⁵³ BERCOVICI, G. *A constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. p. 92.

inimigo para adotar o corpo como seu principal referencial. Há, portanto, uma profunda modificação na configuração da exceção. Se para Schmitt o caso normal só existe pela exceção; ao inexistir a distinção entre normalidade e exceção a fundamentação mesma e funcionamento da exceção passam a incluir outros fatores, tais como: a vida biológica, os campos e o elemento de indecidibilidade. O deslocamento do espaço ocupado pela exceção significa que se antes o soberano decidia sobre a exceção – que nas palavras de Agamben pode ser expresso como: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei”⁵⁴ - agora não há possibilidade de decisão, ao contrário, a exceção caracteriza-se por ser um limiar de indecidibilidade. E precisamente na esfera da indecidibilidade que devemos considerar a apreensão de novas estratégias de poder através, principalmente, da biopolítica. Na seqüência passamos a análise do estado de exceção considerado enquanto paradigma de governo e sua influência na política moderna.

⁵⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua p. 23

3. ESTADO DE EXCEÇÃO

A partir de Schmitt, de seu debate com Kelsen e de sua convicção acerca da exceção soberana, verificamos a importância crucial em sua teoria de um momento em que o direito existe e não se aplica e, assim, do domínio do político em detrimento do jurídico para a própria existência deste. No caso de Schmitt, ele mostra a incapacidade do direito em lidar com situações extremas, pois não subsumíveis da estrutura da norma. É importante lembrar que para Schmitt a constituição não se traduz na ordem jurídica, mas em decisões políticas fundamentais.

Pois bem, se por um lado o estado de exceção precede o direito e, assim, torna possível a sua constituição de forma a desafiar o seu fechamento e a sua auto-referenciabilidade, por outro ele – perigosamente – tornou-se paradigma de governo. Nesse capítulo revisitaremos algumas concepções de Schmitt, além das análises efetuadas por Walter Benjamin, Hannah Arendt e especialmente Giorgio Agamben sobre o tema, para que possamos compreender alguns eventos da modernidade, como a conversão do estado de exceção em normalidade. E ainda, para que compreendamos a criação e funcionamento de campos – que possuem como caso mais extremo os campos de concentração – e a apreensão da vida biológica enquanto referencial da política. Para isso falaremos do papel do corpo na expressão do Real e a perda da dignidade da morte. A considerar que tal fato afeta a própria noção de Direitos Humanos, como também a sua efetividade teceremos algumas considerações acerca do papel desempenhado pelos direitos humanos hodiernamente. Faremos também uso da literatura – mais especificamente de algumas obras kafkianas – por representar em suas teias narrativas a exceção, a superfluidade do homem e a falta de sentido em algumas construções sociais.

Se para Schmitt uma lei só pode ser aplicada em situação de normalidade, em situações extremas nenhuma lei é aplicável. Dito de outra forma, as leis são feitas para as situações “comuns”, a emergência de situações que fujam dessa configuração torna necessário o uso de outros instrumentos que não sejam os legais. E nessa concepção que reside o paradoxo de suspensão do direito para sua

própria proteção. Todavia nesse ponto deparamo-nos com questões mais específicas, tal como: o que significa suspender o direito?

Para respondermos a tais indagações retomaremos a tese VIII de Walter Benjamin⁵⁵, na qual dispõe que: “*A tradição na qual vivemos 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 (...)*”.⁵⁶

Nessa visão, Benjamin inaugura um importante viés na análise do estado de exceção, o qual credita aos acontecimentos excepcionais a normalidade na política contemporânea.

Benjamin quando escreveu tal tese claramente reportava-se a situação histórica enfrentada, especialmente quanto ao nazismo e ao fascismo, e a perplexidade que tais eventos proporcionavam – especialmente para as concepções positivistas que acreditam que a história é uma sucessão de acontecimentos em uma linha “evolutiva”. Em seu enunciado torna clara a distinção de duas concepções de história: a primeira a já citada positivista, para a qual eventos como fascismo e nazismo fogem à regra da evolução histórica; e a segunda a história dos vencidos e dos oprimidos, na qual o estado de exceção é sempre uma opressão das classes. Para essa concepção, aceitar o estado de exceção através de um conceito de história que reflita essa situação é tornar possível o verdadeiro estado de exceção, ou seja, a abolição da dominação, a sociedade sem classes.⁵⁷ Nesse mesmo sentido, Žižek considera que o estado de exceção muitas vezes é utilizado de forma reacionária para impedir o verdadeiro estado de exceção.⁵⁸

A profunda negação de Benjamin da história “evolutiva” fica ainda mais clara na tese IX da história, em que através de uma alegoria compara o progresso a uma tempestade que impele o anjo (do quadro “*Angelus Novus*” de Klee) ao futuro enquanto ele está virado ao passado. Portanto a imagem que temos não é de um

⁵⁵ Benjamin fez algumas teses para a histórica, no qual estabelece alguns preceitos importantes para a interpretação e compreensão históricas. A esse respeito consultar *Sobre o Conceito da História*.

⁵⁶ BENJAMIN, W. Sobre o Conceito da História. In: BENJAMIN, W. *Obras escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*.

⁵⁷ LÖWY, M. *Walter Benjamin: Aviso de Incêndio*. Uma leitura das teses “Sobre o Conceito da História”. p. 85

⁵⁸ “Em resumo, a proclamação reacionária do estado de emergência é uma defesa desesperada contra o verdadeiro estado de emergência”. ŽIŽEK, S. *Bem-Vindo ao Deserto do Real!* p. 128

progresso promissor, mas sim de um progresso conflitivo, que representa a crise da cultura moderna e, segundo Löwy, parece antecipar eventos como Auschwitz e Hiroshima, exatamente no ponto em que esses eventos representaram um profundo questionamento da civilização e suas escolhas.

O essencial na tese benjaminiana, além de colocar o estado de exceção em um novo patamar, o de normalidade, é sua compreensão acurada quanto à modernidade do fascismo e sua profunda ligação com a sociedade industrial/capitalista contemporânea⁵⁹. A compreensão dos eventos históricos é expressa por Hannah Arendt nos seguintes termos: (...) *compreender não significa negar o ultrajante, subtrair o inaudito do que tem precedentes (...) Significa antes examinar e suportar conscientemente o fardo que os acontecimentos colocaram sobre nós – sem negar sua existência nem vergar sobre seu peso, como se tudo o que de fato aconteceu não pudesse ter acontecido de outra forma. Compreender significa, em suma, encarar a realidade, espontânea e atentamente, e resistir a ela – qualquer que seja, venha a ser ou possa ter sido.*⁶⁰

Nesse sentido, seguir a convocação de Benjamin e tentar inscrever os eventos presentes em um conceito diverso de história – que não negue, mas reconheça os eventos extremos – e seguir os avisos de Arendt, é de fundamental importância para compreendê-los e as suas conseqüências. A partir disso, através do reconhecimento de suas implicações e mecanismo de funcionamento, tornar possível a não-repetição de tais eventos.

3.1 TERRA DE NINGUÉM

Como aponta Agamben, um dos paradoxos do soberano é incluir excluindo-se, ou melhor, estar ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento⁶¹, de maneira que a exceção ocupa um espaço indeterminado. Podemos considerar nesse sentido que a exceção sobrevive através da exclusão, no sentido em que é excluída da norma geral. Todavia ao excluir-se, acaba por ser incluída no sistema – ressalte-se que do ponto de vista dogmático a exceção está incluída na maioria dos

⁵⁹ ŽIŽEK, S. *Bem-Vindo ao Deserto do Real!* p. 85

⁶⁰ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. p. 21

⁶¹ AGAMBEN, G. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. p. 23. Tal paradoxo ocorre porque para que possa decidir-se pelo estado de exceção – previsto no ordenamento – o soberano deve estar fora da lei. Outra forma de colocar a questão é através do termo “a lei está fora dela mesma”.

ordenamentos ao ser prevista e aceita pelas normas. Schmitt estabelece que a exceção não é o caos, mas uma ordem criada quando a ordem jurídica é suspensa, e nesse momento, o que está fora inclui-se. Nos dizeres de Agamben: “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”.⁶²

O Estado de exceção, com seus paradoxos, simboliza a não aplicabilidade da lógica tradicional. Se perante a lógica aristotélica os elementos são definidos em termos de “ser” ou “não ser”, “pertencer” ou “não pertencer”, o estado de exceção demonstra a possibilidade de “ser” e “não ser” ao mesmo tempo, da mesma forma como se pode pertencer e não pertencer à determinada situação. O maior paradoxo é justamente o fato de ser incluído pela exclusão.

A necessidade, fundamento comumente invocado para a existência do estado de exceção, tem uma origem bastante antiga. Agamben apresenta com exemplo o adágio “*necessitas legem non habet*”, cuja tradução é: “a necessidade não tem lei”, o que pode ser compreendido de duas formas: que a necessidade não conhece nenhuma lei, mas também como a necessidade cria sua própria lei.⁶³ Se em um primeiro momento pode parecer que a necessidade torna o ilícito lícito, a interpretação deve ser no sentido de que a “exceção age como justificativa para uma transgressão em um caso específico”⁶⁴ Nessa interpretação, que também é utilizada por Tomás de Aquino⁶⁵, a necessidade é uma teoria da exceção. A necessidade não cria ou suspende a lei, mas subtrai um caso particular da aplicação da norma.

Todavia, se a exceção medieval representa uma abertura do sistema jurídico a um fato externo o estado de exceção moderno é uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e norma coincidem.⁶⁶ Ou em outro aspecto: se para as teorias clássicas e medievais a exceção limitava-se a um caso concreto, que por seu potencial de perigo não

⁶² AGAMBEN, G. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. p. 26.

⁶³ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 40.

⁶⁴ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 41

⁶⁵ “Se a observância literal da lei no implicar um perigo imediato ao qual seja preciso opor-se imediatamente, não está no poder de qualquer homem interpretar que coisa é útil ou prejudicial à cidade; isso é competência exclusiva do príncipe que, num caso do gênero, tem autoridade para dispensar da lei. Porém, se houver um perigo iminente, a respeito do qual não haja tempo para recorrer a um superior, a própria necessidade traz consigo a dispensa, porque a **necessidade não está sujeita à lei** [*ipsa necessitas dispensationem habet annexam, quia necessitas non subditur legi*]. Grifos nossos. Presente em: AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 41.

⁶⁶ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p.. 42

permitia a aplicação da lei, na modernidade, como notado por Benjamin, a exceção tornou-se o próprio paradigma de governo.

A indistinção entre fatos e direito ocorre porque o estado de exceção não é fato, porque criado pela suspensão da norma, e pelo mesmo motivo não é um caso jurídico.⁶⁷ O estado de exceção ocupa um *locus* similar, mostra a indistinção entre o externo e o interno, entre o caos e a situação normal. Nessa “ilocalização” demonstra ser 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”.⁶⁸ Nesse sentido retomamos a afirmação de Schmitt que dispõe que a regra nada prova, já a exceção tudo prova. O ordenamento jurídico somente subsiste na medida em que pode ser suspenso, ou em outros termos, a regra só existe porque pode não ser aplicada.

A indistinção entre fato e direito, além de aplicável à necessidade também pode ser considerada em relação à revolução. Assim, se enquanto o conceito de necessidade considera a não-aplicabilidade da lei para a manutenção de determinado ordenamento, na revolução a não-aplicabilidade da lei ocorre em prol do novo, com a conseqüente destruição do antigo. Nessa ótica retomamos a questão dos momentos da exceção, originário ou “final”. Essa distinção nos auxilia no sentido de entendermos a ampla utilização do termo excepcional para designar eventos ímpares entre si.

O uso do estado de necessidade para explicar o estado de exceção fracassa na medida em que não se compreende muito bem sua natureza. Os autores consideram-na como uma situação objetiva, pressupondo uma pura factualidade. Porém, a necessidade é tipicamente subjetiva, pois só são reconhecidas como necessárias e excepcionais as circunstâncias declaradas como tais⁶⁹, o que nos leva mais uma vez a questão da decisão. Decidir a exceção é incluí-la, excluindo-a, é incluir-se através de uma exclusão. Logo, utilizar a necessidade para resolver o estado de exceção leva-nos mais uma vez à aporia – que não pode ser negada, pois é simplesmente constitutiva da exceção.

⁶⁷ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. p. 26

⁶⁸ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. p. 27

⁶⁹ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 26

3.2 FORÇA DE LEI⁷⁰

O estado de exceção é particularmente interessante ao direito enquanto relembra a questão das lacunas. Como é sabido, a maioria dos ordenamentos adota disposições no sentido de estabelecer que o juiz deve decidir mesmo quando houver lacunas na lei, o que significa dizer que se considera que a lei pode ter lacunas, mas não o direito – pois tem a obrigação de dar uma resposta, a jurisdição deve sempre dizer o direito. O estado de exceção corresponde não a uma lacuna das leis, mas a um descompasso entre a lei e a realidade, podemos dizer “uma lacuna de realidade”. E nessa fratura entre o estabelecimento de normas e sua aplicação é que surge o espaço da exceção, em que o direito permanece em vigor, mas sem nenhuma aplicabilidade. E é precisamente no sentido de ausência de aplicabilidade que Agamben considera que há uma força de lei sem lei – utilizando as palavras de Derrida, que fez uma conferência nomeada “*Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*”⁷¹ a respeito da releitura do ensaio benjaminiano “Crítica da Violência”.

Devido a importância da força de lei para a exceção, analisaremos brevemente a obra de Derrida e sua interpretação do ensaio benjaminiano. No original Benjamin utiliza o termo *Gewalt* (“*Zur Kritik der Gewalt*”), que conforme noticiado por Derrida significa tanto violência quanto força legítima, o que leva Derrida a questionar como é possível distinguir entre força de lei de um poder legítimo, e a violência que instaurou essa autoridade – no sentido em que toda autoridade é instaurada por uma violência criadora.

No livro de Derrida, tão importante quanto o termo força de lei é considerar o que significa a expressão “fundamento místico da autoridade”. Essa expressão foi utilizada pela primeira vez por Montaigne e posteriormente por Pascal. Montaigne coloca o problema do fundamento místico nos seguintes termos: “*Ora, as leis se mantêm em credito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro.*”⁷² Nessa concepção, podemos falar em força de lei enquanto característica intrínseca ao próprio direito. O fundamento místico seria a lei ter sua força pelo fato último de ser lei e ligando com

⁷⁰ Agamben utiliza-se dessa força gráfica para descrever a força de lei sem lei. Presente em AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua.

⁷¹ Em português: *Força de Lei: o Fundamento místico da autoridade*.

⁷² DERRIDA, J. *Força de Lei: o Fundamento místico da autoridade*. p. 21

a exceção, poderíamos nos perguntar qual é o fundamento místico de uma não-lei que possui força de lei?

Benjamin distingue entre dois tipos de violência: a fundadora e a conservadora do direito. Todavia não é possível separá-las completamente, pois na violência que cria, ou melhor, institui o direito, já há aspectos para sua conservação. Da mesma maneira, na violência que conserva, há resquícios da violência criadora. Nesse sentido parece-nos que podemos considerar que a violência criadora está sempre latente no funcionamento do direito, é ela também que confere força de lei (*enforceability*). Dessa forma, devemos considerar que a ameaça não é propriamente externa ao direito (“*O direito é ao mesmo tempo, ameaçador e ameaçado por ele mesmo*”⁷³), assim como ambas as violências entrelaçam-se na constituição e funcionamento da polícia nos Estados Modernos, especialmente porque essa instituição tem o poder de garantir a ordem, a força das normas; além de hodiernamente o poder de criação de normas, de criação da própria força.

Força de lei nesse contexto retoma uma tradição nos direitos romano e medieval em que há o sentido de poder obrigar. Mas é a partir da Revolução Francesa que passa a nomear atos expressos pelas assembléias representativas do povo, tendo o sentido de intangibilidade da lei. Para a doutrina há uma distinção entre eficácia – que decorre do ato legislativo – e força de lei – expressa a posição da lei em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior ou inferior à lei.⁷⁴ Interessante notar que tal distinção confere “força de lei” a atos que não são lei, como decretos – ou na tradição brasileira de inflação do executivo, às Medidas Provisórias, que em geral, não têm por hábito a provisoriedade. Com isso possibilita o reconhecimento de normativos que não são leis, e que em casos excepcionais costumam ser decretados pelo executivo. Logo, através do termo força de lei diferenciamos os elementos eficácia e forma, possibilitando uma lei sem força e uma não lei eficaz, ou dotada de força de obrigação. Essa dualidade ocorre no estado de exceção com a suspensão do ordenamento legal e introdução de não leis que têm força. Utilizamos novamente as palavras de Agamben para explicitar a situação vivida no estado de exceção: “*O estado de exceção separa, pois, a norma*

⁷³ DERRIDA, J. *Força de Lei: o Fundamento místico da autoridade*. p. 96.

⁷⁴ DERRIDA, J. *Força de Lei: o Fundamento místico da autoridade*. p. 60

*de sua aplicação para tornar possível a sua aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real.*⁷⁵ É de Agamben a manifestação gráfica de força de lei, através da qual pretende designar a força de lei sem lei.

A análise de Agamben compara esse fenômeno – a lei sem aplicação – ao processo da linguagem, no sentido em que na linguagem há uma diferença entre *langue e parole*, ou entre semântica e semiótica, e a passagem de uma a outra não se dá simplesmente por uma aplicação lógica. Do mesmo modo a aplicação de uma norma jurídica não está contida em si mesma – conforme já considerava Schmitt – mas pressupõe uma atividade prática. Nessa concepção o estado de exceção demonstra de maneira clara a separação entre aplicação e norma, ou em outros termos “*que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa*”.⁷⁶ A mesma relação entre *langue e parole* ocorre no estado de exceção através da relação entre norma e realidade, pois para que uma norma aplique-se há a necessidade de suspender sua aplicação, através de uma exceção.

3.3 SOMOS NÓS HOMO SACER?

Retomando o pensamento benjaminiano acerca da normalidade da exceção, verificamos que ao abraçarmos essa idéia devemos entender outras concepções que estão diretamente ligadas a apreensão da exceção enquanto paradigma de governo. Uma das questões principais, especialmente face a não aplicabilidade de uma lei, é definir o que assume o espaço da lei, ou em termos mais precisos, o que é utilizado para governar o direito e a política. Esta considerada nesse momento enquanto espaço no qual os preceitos tradicionais não se aplicam – a distinção amigo-inimigo tratada anteriormente não pode mais ser considerada como critério de distinção na política. O próprio termo política parece não ter o mesmo significado hodiernamente, ocasionado entre outros fatores pela diminuição do significado do espaço público.

O que assumiu o espaço do direito e perante a política foi a vida nua. Para entendermos o que significa esse termo e como sua inclusão na política ocorreu,

⁷⁵ DERRIDA, J. *Força de Lei: o Fundamento místico da autoridade* p. 59

⁷⁶ AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. p. 63

devemos rememoramos alguns conceitos tradicionais, especialmente os conceitos gregos quanto a vida. Para os gregos a vida pode ser expressa por duas palavras *zoé* e *bíos*. Enquanto a primeira representa o viver comum, ou os impulsos biológicos; a segunda significa a vida política, ou melhor, a vida politicamente considerada. Na tradição grega, a *bíos* era fundamental, pois era o que permitia a participação do cidadão na política. Inclusive o próprio termo cidadão só é possível se inscrito na *bíos*. Já a *zoé* não tinha função perante a política grega, ao contrário, só era importante na medida em que ao garantir os impulsos vitais permitia a ocorrência da *bíos*. Ou seja, a *zoé* não tinha importância por si, mas somente enquanto tornava possível – ainda que indiretamente - a existência da vida política.

Todavia essa relação inverte-se e passa a incluir na política a *zoé*, a vida natural. Segundo Foucault esse movimento inicia-se a partir da Idade Média, culminando com a biopolítica, que em sua definição tem as seguintes características: “*A biopolítica lida com a população, e a população como problema político, como problema a só tempo científico e político, como problema biológico e como problema de poder (...).*”⁷⁷ A biopolítica pode ser considerada como a apropriação de elementos biológicos – da população – pela política. Nesse ponto cabe ressaltar a natureza do poder biopolítico e a coexistência com outros tipos de poder. A existência do poder biopolítico, no qual questões como mortalidade, natalidade e doenças são apropriadas, não conflita ou impede a manifestação do poder centrado no corpo do indivíduo, o chamado poder disciplinar. Enquanto este é anterior e ocasiona uma dominação da sociedade pela manifestação no indivíduo, através de uma concepção representada pelo surgimento das prisões⁷⁸. O poder biopolítico tem uma manifestação mais sutil, confundindo-se muitas vezes com cuidados médicos.

Foucault explicita o poder de vida e morte existente na biopolítica com a comparação entre o poder atual e clássico do soberano. Em termos clássicos tal poder era formulado de forma que o soberano ao sentir-se ameaçado ordenava que os súditos estivessem a sua disposição para protegê-lo. Dessa maneira não propõe diretamente a morte, mas coloca as vidas dos súditos a sua disposição. Ou o soberano tinha o poder da morte se a ameaça fosse feita por um súdito, pois tinha o

⁷⁷ FOUCAULT, M. Aula de 17 de março de 1976. In: *Em Defesa da Sociedade*. p. 293.

⁷⁸ Nesse sentido consultar a obra de FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir*. História do nascimento das prisões.

poder de ordenar sua morte. Tal poder era formulado em termos jurídicos, ou seja, era fundamentado pelo conceito de soberania.

Já no poder contemporâneo, o direito de morte desloca-se a um novo patamar, o da produção, crescimento e o de ordenação de forças, ao invés de simplesmente protegê-las. Assim, o poder pauta-se na vida através de sua majoração, gestão e multiplicação; com o fim de mantê-la sob controle. A justificativa do poder não é mais o soberano e sua proteção, mas a defesa de todos. E precisamente nesse sentido podemos falar de guerras que são justificadas pela proteção de toda a população mundial face a uma ameaça exterior; demonstrando como o paradigma de (in) segurança é usado para justificar o uso de expedientes excepcionais. O genocídio não representa o velho direito de matar, mas exerce-se no nível da espécie, da raça, dos fenômenos maciços da população, e nesse contexto podemos compreender que os fatos extremos ocorridos na modernidade são mais que desvios de uma história evolutiva, mas estão inscritos em uma racionalidade própria, que ao não ser compreendida pode ser repetida. Sintetizamos o pensamento socorrendo-nos novamente das palavras de Foucault “*Pode-se dizer que o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte*”.

Esse processo levou, junto a uma desqualificação da vida, a uma desqualificação da morte. Se hoje não podemos diferenciar entre vida e morte⁷⁹, também no âmbito da linguagem há o reflexo, através da impossibilidade de nomeá-la. Adiantando-nos um pouco na temática, não casualmente o grande resultado dos campos de concentração nazista foi uma morte coletiva e destituída de rosto ou de sentido. Tão desprezada quanto a vida foi a morte, ambas perderam o sentido ao nível discursivo. Primo Levi questionou em seu livro se os sobreviventes continuavam a ser homens⁸⁰, pois a morte teve negado o próprio termo, no sentido em que a indignidade impetrada acabou por impossibilitar a existência da morte. No livro *Lo Que Queda de Auschwitz* Agamben analisa através da figura do *muselmann*, o muçulmano, a importância do relato para contar os horrores experimentados, assim como a importância de eventos como Auschwitz para configurarem a feição

⁷⁹ A medicina constantemente apresenta alterações nos parâmetro de definição do que é vida e do que é morte. Nesse sentido, interessante a discussão sobre o desligamento dos aparelhos que mantinham Teri Schiavo viva e a solução encontrada, que se utilizou de uma concepção meramente formal ao não permitir a aplicação de nenhuma substância, e permitir a morte por falta de alimentação (fato ocorrido em 2005).

⁸⁰ LEVI, P. *É Isso Um Homem?*

da filosofia moderna. Nesse sentido a utilização do termo holocausto é, em si, uma tentativa de dotar de sentido algo que por definição não tem sentido⁸¹. Agamben aponta um “envelhecimento da morte” e uma “perda de dignidade da morte”, pois esta foi substituída por uma morte burocrática, inscrita em um lócus excepcional, onde a única “lei” que atuava era a da vida nua. A inscrição da vida nua na política moderna provoca uma animalização do homem, na mesma medida em que este clama por um pertencimento quase biológico à espécie.

O *homo sacer* é mostrado por Agamben como uma figura pertencente ao direito criminal romano na qual se manifesta um paradoxo: ao mesmo tempo em que detém sacralidade, sua morte é impunível. As duas características, veto do sacrifício e a impunidade de sua morte, apresentaram dificuldades de interpretação até mesmo para os autores romanos. Nesse sentido é apresentada a seguinte questão: “O que é então, a vida do *homo sacer*, se ela se situa no cruzamento entre uma matabilidade e uma insacrificabilidade, fora tanto do direito humano quanto daquele divino?”⁸²

Para explicar a essência do *homo sacer* e o que significa a sacralidade e a impunibilidade, Agamben analisa a questão do sacro. Nessa esfera, ele inclui uma outra figura: o bando. O bando, assemelhado ao tabu, mostra a ambigüidade do sacro. Ambigüidade esta, que para Durkheim, manifesta-se através da possibilidade da transmutação entre o fasto e o nefasto (duas formas opostas, mas que podem passar de uma a outra sem alteração do objeto). A obra Totem e Tabu de Freud analisa a questão da ambivalência, criando uma teoria da ambivalência em termos psicológicos, antropológicos e lingüísticos. Nesse livro o termo *sacer* é descrito como “santo e maldito”. O *sacer* é justamente a figura que representa a ambigüidade do sacro através de sua dupla característica de sacro e maldito.

O *homo sacer* simboliza uma dupla exceção, está fora da lei humana, sem ter ingressado na lei divina. É um ser que está duplamente desprotegido. E nesse sentido pode-se dizer que tal como na exceção soberana, a lei aplica-se desaplicando-se, “o *homo sacer* pertence a Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacrificabilidade e,

⁸¹ “El desdichado termino holocausto (a menudo con la H mayúscula) surge de esa exigencia inconsciente de justificar la muerte *sine causa*, de restituir un sentido a lo que no parece poder tener sentido alguno.” AGAMBEN, G. *Lo que Queda de Auschwitz: el archivo y el testigo*. p. 27

⁸² AGAMBEN, G. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua* p. 81

*todavia, matável, e a vida sacra*⁸³. Nessa ordem, pode-se considerar que “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.”⁸⁴

O *homo sacer* simboliza como a vida biológica foi apreendida e utilizada pela política, e como o soberano pode dispor livremente dessa vida, em nome de uma estratégia de poder que inclui toda a população. Com os campos, enquanto figura paradigmática do estado de exceção, podemos vislumbrar claramente a biologização da vida, a redução do ser humano a meros complexos biológicos – a zoé. Portanto, na atualidade, ainda podemos vislumbrar que o paradoxo da sacralidade e impunidade da morte ainda tem muito a acrescentar a nossas análises acerca do estado de exceção. Para melhor compreendermos a apreensão citada, passaremos a discorrer acerca do funcionamento dos campos, e porque é um espaço paradigmático.

3.4 CAMPOS: A LOCALIZAÇÃO DO ILOCALIZÁVEL

É inevitável que ao analisarmos a figura dos campos venha a mente os campos de concentração como seu exemplo mais conhecido e extremo. Todavia é imperativo considerarmos que na atualidade temos muitos exemplos da existência de campos, e que estão em contextos bastante distintos. A fim de melhor delinear essa figura, utilizaremos a definição proposta por Agamben no livro *Means Without End*, qual seja, a de um espaço onde se materializa o estado de exceção e cria com isso um espaço de vida nua, e também o espaço onde a mais absoluta condição inumana é atingida⁸⁵. O que é absolutamente interessante na visão de Agamben é a inscrição do campo como matriz escondida e nómos do espaço político em que ainda vivemos⁸⁶. Outro aspecto relevante em sua teoria é a abrangência de sua concepção de campo, que incluem territórios de aparente normalidade. Assim, cita

⁸³ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. p.90

⁸⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. p.91

⁸⁵ AGAMBEN, G. *Means Without Ends*. p. 41

⁸⁶ “This will lead us to look at the camp not as a historical fact and an anomaly that – though admittedly still with us – belongs nonetheless to the past, but rather in some sense as the hidden matrix and nomos of the political space in which we still live.” AGAMBEN, G. *Means Without End*. p. 37

como exemplos de campos as *zones d'attente*⁸⁷ nos aeroportos franceses – embora possa-se dizer que a inclusão da vida nua em espaços nos quais as leis não são aplicáveis acontece na maioria das fronteiras e aeroportos do mundo, simbolizando que a questão do migrante explicita de forma ímpar a existência da exceção – e o estádio de futebol em Bari no qual a polícia italiana alocou temporariamente os imigrantes ilegais albanianos em 1991. Logo, o campo é o espaço por definição do funcionamento do estado de exceção. É onde a exceção se concretiza e com isso a vida nua é apreendida, e nesse sentido que deve ser entendida a afirmação de Agamben sobre a ilocalização entre o externo e o interno: “Quando nosso tempo tentou dar uma ilocalização visível permanente a este ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração”⁸⁸.

O campo tem uma importância fundamental para a política moderna, não apenas por ser o espaço onde por definição concretiza-se a exceção, mas também porque demonstra que os elementos fundantes do Estado-nação não se aplicam mais. Se a tríade território, ordem legal e nascimento eram os elementos sobre os quais se fundava a soberania, estes entraram em crise e em seu lugar o campo assumiu uma função primordial⁸⁹. Para que possamos compreender de maneira mais clara o funcionamento dos campos, convém estabelecermos sua origem.

Agamben aponta-nos que os historiadores debatem se a primeira aparição dos campos ocorreu em Cuba em 1896, através dos *campos de concentraciones* para os insurgentes, ou com os *concentration camps* formado pelos ingleses no início do século XX. Em ambas as hipóteses o campo surge através de uma ligação entre o estado de exceção e leis marciais, e não de uma mudança de leis ordinárias.

⁸⁷ Normatizado pela lei 92.625 de 6 de julho de 1992, *zone d'attente* (cuja tradução livre é zona de espera) é um espaço no qual os estrangeiros devem aguardar a análise de seu pedido de ingresso no território francês (mesmo se o pedido for baseado em solicitação de asilo), além de aguardar o reenvio para fora do território. Esse espaço pode existir dentro de aeroportos e portos. A “lei Sarkozy” de 26 de novembro de 2003 elastece a aplicabilidade desse espaço ao dispor que a *zone d'attente* pode ocorrer perto de redes ferroviárias, aeroportos, portos, além de possibilitar que no interior desse espaço exista toda a estrutura necessária para o procedimento do pedido de ingresso e recurso. Fonte: Association Nationale d'assistance aux Frontières pour les étrangers (ANAFÉ). Disponível em: <<http://www.anafe.org/za.php>>

⁸⁸ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. p. 27

⁸⁹ A não aplicabilidade da tríade já havia sido apontada por Hannah Arendt em sua obra *Origens do Totalitarismo* de 1951 ao tratar dos refugiados – que será analisado no próximo item – “Do ponto de vista dos governos interessados, era bastante compreensível que constantemente lembrassem a Liga das Nações (...), tinham muita razão de recear que os expulsos da velha trindade Estado—povo—território constituíssem apenas o começo de um movimento crescente, primeira gota de um dilúvio que se renunciava cada vez maior.” p. 315

Os próprios campos nazistas demonstram a aplicação de leis marciais em sua origem, pois foram criados por uma derivação de um instrumento da lei prussiana que tinha por objetivo garantir custódia protetiva (o *Schutzhaft*). Esse instrumento era considerado enquanto preventivo, permitindo “levar em custódia” indivíduos desprovidos de qualquer comportamento criminal relevante, sendo suficiente a alegação de “evitar riscos à segurança do Estado”⁹⁰. Assim, o campo surgiu como forma de proteção do Estado contra ameaças potenciais, portanto com a justificativa mesma do estado de exceção. Prosseguindo a análise de Agamben quanto ao surgimento do campo, a proteção oferecida pelo *Schutzhaft* refere-se justamente à proteção contra a suspensão da lei que é característica do estado de exceção. Assim o “*campo é o espaço aberto quando a exceção começa a tornar-se regra*”⁹¹.

O funcionamento do campo pressupõe a suspensão da lei e cria um espaço onde a exceção concretiza-se e a única lei aplicável é a da vida nua. Somente com esses conceitos é possível compreender os campos nazistas e porque a “logística” do Reich elegeu como fim a ser alcançado a criação dos campos que mais do que conduzirem à morte, levam a uma profunda indistinção entre vida e morte - a mesma indistinção entre interno e externo já comentada no item anterior.

Todavia devemos lembrar que a origem dos campos na Alemanha não ocorreu no sistema nazista, e sim dos governos social-democráticos em 1923. Nestes, além da utilização do *Schutzhaft* para a internação de militantes comunistas, também houve a criação, em Cottbus-Sielow, de um campo de concentração para estrangeiros (*Konzentrationslager für Ausländer*) que hospedava principalmente hebreus orientais. Este campo, mesmo que não se trate de campo de extermínio, pode ser considerado como o primeiro campo para hebreus do século XX⁹². A indistinção na exceção torna impossível circunscrevê-la a regimes ditatoriais, no sentido em que nunca houve um compartilhamento tão grande entre as características de Estados democráticos e totalitários – paradoxalmente em nome de uma proteção da democracia violam-se direitos, muitas vezes em guerras que não se explicitam como tal⁹³.

⁹⁰ AGAMBEN, G. *Means Without Ends*. p. 38

⁹¹ AGAMBEN, G. *Means Without Ends*. p. 39

⁹² AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua. p. 174

⁹³ ŽIŽEK, S. *Bem-vindo ao Deserto do Real!* “Deixa de existir assim a oposição entre guerra e ajuda humanitária: as duas são intimamente ligadas; a mesma intervenção funciona simultaneamente nos dois planos: a derrubada do regime talibã é apresentada como parte de uma estratégia para ajudar o

O campo, além de simbolizar a falência da tríade fundamental (nascimento/território/soberania) mostra que alguns conceitos fundamentais para o Direito simplesmente são insuficientes para dar conta da realidade. Se o Direito trata de responsabilidade-culpabilidade-gravidade do crime, como inscrever as mortes em massa nesses conceitos? A morte, que nem se enuncia como tal, sendo tratada muitas vezes de forma eufemística, foge das classificações jurídicas.

É impossível mensurar a gravidade de tais crimes e fornecer uma pena adequada – problema que ficou bastante claro nos julgamentos, seja de Nuremberg como os levados a cabo em Jerusalém.⁹⁴ Quanto a impossibilidade de fazer quaisquer gradações dos crimes cometidos no campo, temos como exemplo os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no pedido de extradição requerido pela Alemanha, Áustria e Polônia, de Franz Paul Stangl, nazista que morava e trabalhava em São Paulo. Como o preso era acusado de crimes nos campos de *Treblinka* (Alemanha) e *Hartheim* (Áustria), a questão era definir a qual país cabia a preferência da extradição. Na opinião do ministro Victor Nunes Leal a preferência deveria ser da Alemanha, pela maior gravidade dos crimes cometidos nesse país. Já o ministro Aduardo Cardoso considerou que “*depois que o homicídio passa a morticínio, não se pode mais distinguir entre o grave e o menos grave, (...)*”⁹⁵. No voto de Adalício Nogueira, mais um aspecto é explicitado, o fato de certos crimes, como o genocídio, extrapolarem a órbita do direito comum e por isso o seu julgamento não pode seguir totalmente os ritos jurídicos, mas deve incluir os critérios morais. Já o ministro Evandro Lins dava preferência à Alemanha pelo fato das decisões sobre a solução final terem sido tomadas em Berlim. Ou seja, não é possível compreender os crimes extremos, e aqui nos referimos especialmente aos ocorridos nos campos de concentração, sem levar em conta os regimes nos quais estão inseridos.

povo afegão oprimido pelo Talibã: como disse Tony Blair, talvez seja necessário bombardear o Talibã para assegurar o transporte e a distribuição de alimentos”. p. 114.

⁹⁴ Obra fundamental para compreender a impossibilidade de um julgamento dar uma pena adequada é *Eichmann em Jerusalém*, de Hannah Arendt. Esse livro surgiu do trabalho da autora enquanto correspondente para o periódico *The New Yorker*, no qual acompanhou o julgamento de Eichmann – responsável pelo envio dos judeus aos campos de concentração – em Jerusalém, após ter sido seqüestrado na Argentina. Em seu relato Arendt, percebe, não sem surpresa, que o julgado era uma pessoa “comum”, de aparência medíocre, e aparentemente incapaz de reconhecer o resultado de seus atos. É nesse contexto que Arendt introduz sua idéia quanto à “banalidade do mal” motivada por ausência de reflexão.

⁹⁵ LAFER, C. *Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. p. 106

Não pode haver uma fragmentação da responsabilidade pela execução de tais crimes, ao contrário, é necessário que haja uma verificação em termos de participação individual com o sistema que os originou – embora ressaltemos a incapacidade apriorística do direito lidar com tais fatos e com tais responsabilidades. Mesmo os tribunais internacionais (como Tóquio, Nuremberg e mais atualmente o Tribunal Penal Internacional, além dos *ad hoc*) mostram que não há um critério jurídico que consiga lidar com o horror de certos crimes. A punição será sempre incompleta e insuficiente.

O surgimento do campo é, portanto, bastante distinto do funcionamento de uma prisão, enquanto no primeiro manifesta-se a biopolítica, na segunda a manifestação é do poder normalizador, aquele que se exerce no corpo do sujeito. É sob essas premissas que devemos inscrever os campos atuais, não como uma derivação de prisões⁹⁶, mas de uma apreensão da vida, ou melhor, da conversão de todos em vida nua. Os campos para migrantes – ver anexo – demonstram que além da exceção ser a regra, a conversão de todos – especialmente daqueles considerados como Outros, ou seja, diferentes de mim - em vida nua, ou vida matável, é o motor da política moderna. A prisão de Guantánamo, os campos existentes na antiga Iugoslávia nos quais um dos propósitos principais era o estupro em massa como forma de engravidar as mulheres muçulmanas e com isso “espalhar a espécie”, as já citadas áreas nos aeroportos e as “guerras contra o terrorismo” são alguns exemplos, mais visíveis, da conversão acima referida. Nesse contexto mesmo o termo “guerra contra o terrorismo” parece adquirir significado novo. A história dos Estados-nação sempre contou com guerras, geralmente entre Estados. Mas agora o viés é bastante distinto, não há inimigos definidos, todos estão em um limiar de indiferenciação. Quando não se consegue definir quem é inimigo, ou ao menos quem é o Outro, todos passam a ser iguais em sua matabilidade. Todos devem ser combatidos, todos são “riscos potenciais”. Mas, ao mesmo tempo em que são aqueles que devem ser combatidos, são também os que “justificam” a “guerra”. É em nome de sua proteção que se travam as guerras. Desprovidos de uma

⁹⁶ “O processo de liquidação da personalidade jurídica dos indivíduos aprofunda-se quando os campos de concentração surgem fora do contexto do Direito Penal normal, tal com concebido desde Beccaria, ou seja, só as leis podem determinar os delitos e as penas. Em outras palavras, o campo de concentração não é uma prisão” LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. p. 109

linguagem e de costumes comuns, a única referencia possível é o corpo. Eis mais um sentido possível para vida nua.

3.5 VIDA QUE NÃO MERECE SER VIVIDA: REFUGIADOS E APÁTRIDAS.

Nesse contexto de certa forma desolador, em que medida é possível falarmos em direitos humanos? Ou mesmo em humanidade? O surgimento das modernas declarações de direitos do homem mostra que há muito tempo a vida nua é utilizada como elemento de distinção. A Declaração de 1789 – Declaração do Homem e do Cidadão – saudada como um marco na proteção dos direitos humanos mostra em seu título uma separação entre homem e cidadão – somente reconhecendo tal distinção é possível compreender logicamente sua nomenclatura. Em *Homo Sacer* Agamben aponta que não está claro se o título sugere um sistema unitário ou dual, ou em outras palavras, não se sabe se os direitos humanos são distintos para o homem e o cidadão, ou talvez se o homem deva necessariamente ser cidadão. Arendt, por sua vez, analisa o assunto considerando principalmente o surgimento de refugiados em massa no Pós-Guerra.

No livro *Origens do Totalitarismo* há um capítulo intitulado “O Declínio do Estado nação e o Fim dos Estados Modernos” no qual Hannah Arendt analisa como os processos de desnacionalização, e expulsão que culminaram com uma enorme quantidade de refugiados e apátridas mostraram a(s) fragilidade(s) do discurso dos direitos humanos. A pertinência dos argumentos de Arendt com o estado de exceção mostra-se principalmente pelo fato de suas análises ocorrerem no contexto do totalitarismo e da fragmentação das teorias clássicas que as Grandes Guerras causaram, especialmente no contexto europeu.

Embora Hannah Arendt não utilize em sua argumentação termos como “vida nua”, “zoé”, “bíos” ou biopolítica; no livro *A Condição Humana* ela faz uma distinção semelhante a essa⁹⁷. Desta forma é possível vislumbrar um diálogo dos argumentos de Arendt com Foucault e Agamben. Especialmente ao perceber que os regimes totalitários necessitam das massas para subsistir, e por isso quando não existe, criam-nas.

⁹⁷ ARENDT, H. *A Condição Humana*.

Interessante as observações da autora acerca das minorias na Europa. Após a Primeira Guerra mundial houve uma profunda alteração na política europeia com a extinção e criação de vários Estados através de Tratados de Paz⁹⁸. Com isso foram ignoradas as particularidades, criando um mesmo Estado com grupos étnicos bastante distintos, o que fazia com que um grupo minoritário em um determinado Estado fosse o majoritário em um outro. Nessa ordem de coisas, além de aglutinarem povos distintos em um mesmo Estado, os povos considerados “estatais” tiveram o poder confiado a si. Os outros povos “nacionalmente compactos” deveriam cooperar com o primeiro grupo no governo – o que não ocorreu – e os outros grupos foram alocados sob o termo “minorias”. Com isso pela primeira vez havia populações inteiras que sob a designação de minorias não tinham poder algum. Esse sistema levou cerca de 25% da população a ser tratada como exceção e ser protegida pelos tratados de minorias⁹⁹.

A Idéia de que o Direito do Homem era ligado à soberania nacional, proveniente da Revolução Francesa, fez com que as minorias considerassem que só poderia haver verdadeira liberdade e defesa dos seus direitos se houvesse um governo próprio.

A existência das minorias deixava os Estados-nação em uma situação particularmente difícil, pois estes consideravam que ou as minorias deviam ser assimiladas ou liquidadas¹⁰⁰.

As minorias eram reguladas pelo Tratado das Minorias, que era garantido pela Liga das Nações – e não pelos Estados. A existência de milhões de pessoas vivendo como minorias, em uma situação duradoura, era nova na Europa. Assim como a expressão pelo Tratado das Minorias que *“somente os ‘nacionais’ poderiam ser cidadãos, somente as pessoas de mesma origem nacional podiam gozar de toda proteção das instituições legais, que os indivíduos de nacionalidade diferente precisavam de alguma lei de exceção ate, que, ou a não ser que, estivessem completamente assimilados e divorciados de sua origem.”*¹⁰¹

Após, ou concomitante com, a “criação” das minorias, a Europa passa ver uma quantidade sem precedentes de apátridas e refugiados. Entre outros motivos,

⁹⁸ A inaplicabilidade do instrumento é expressa por Arendt nos seguintes termos: *“Mas pensar que fosse possível criar Estados-nações pelos métodos dos Tratados de Paz era simplesmente absurdo.”* ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo* p. 303

⁹⁹ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. p. 305.

¹⁰⁰ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. p.307

¹⁰¹ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo* p. 307

isso ocorreu pela dissolução de estados – o que acabava com nacionalidades inteiras – e, principalmente, por uma política em massa de desnacionalização levada a cabo pelos regimes totalitários. Dessa forma, tanto dissidentes políticos quanto grupos inteiros eram desnacionalizados – a exemplo dos judeus em vários países. O fenômeno mostra-se importante e complexo, especialmente se analisarmos a questão da desnacionalização no confisco de bens e supressão de direitos de grupos inteiros.

A concepção de Direitos Humanos proveniente da Declaração dos Direitos do Homem tem caráter universalista no sentido em que considera que todos os homens são iguais na medida mesma em que são homens. Por isso uma das críticas que se faz a esse modelo é o seu caráter abstrato, ou seja, considera os homens somente enquanto seres abstratos e desprovidos de qualquer história. Ao eleger o humano enquanto justificção, e com isso tirar o fundamento divino, considerou-se que não havia necessidade de uma proteção internacional, ou mesmo específica, já que os Estados deveriam fazer essa proteção, e caso não tivessem nenhuma norma específica cabia a eles normatizarem em âmbito interno.

Por isso a desnacionalização em massa efetuada significou muito mais do que a privação de uma nacionalidade. Significou em última análise a privação dos seus direitos, que supostamente eram inalienáveis. Portanto, não por casualidade o meio escolhido para colocar milhões de pessoas em um limiar – dentre elas grupos e povos inteiros – foi um meio técnico-jurídico. A consequência integral da desnacionalização ultrapassa a perda de proteção do Estado para o cidadão, alcançando o fato de nenhum outro Estado assumir tal proteção. Como expõe Arendt, os direitos humanos estavam vinculados em uma espécie de teia que perpassava o mundo e a perda da proteção de seu Estado, significava a desproteção em todo lugar. De repente, o mundo se tornou pequeno demais em termos de alternativas, e grande demais em termos de acolhimento – ou falta de acolhimento. Nesse procedimento mostrou-se que não é necessário o uso de armas e violência para transformar essas vidas em vida que não merece ser vivida, para usarmos uma expressão de Agamben.

Os refugiados em massa produziram um dilema quanto às soberanias nacionais na medida em que ao ocorrerem as desnacionalizações em massa, os

outros países eram forçados a aceitarem-los. Todavia, frente a uma quantidade absolutamente nova e surpreendente de refugiados, os Estados começaram a alarmarem-se, e com isso criaram leis tornando mais difícil o exercício do direito ao asilo e nacionalizações; na mesma medida em que criavam mais e mais hipóteses de desnacionalizações. A perversidade da desnacionalização consistia justamente em tornar as massas de refugiados não aceitáveis em lugar algum do mundo – principalmente se anteriormente houve confisco de seus bens – de modo que nenhuma lei é plenamente aplicável, deixando milhões de pessoas em uma espécie de “limbo legal”.

Quanto à questão legal, extremamente interessante a observação de Arendt de que para os que estavam fora das leis a única maneira de igualarem-se era através do cometimento de crimes. Ou seja, o único âmbito possível de aproximação com os nacionais e os nacionalizados era o criminal: “Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei”¹⁰². É dizer que só como excluído – no sentido em que o direito penal acaba por excluir o sujeito passivo de uma cidadania “plena” - que o apátrida pode ter algum direito, ainda que um direito parcial. No sentido do uso das normas penais como única possibilidade de inclusão, relembramos a questão dos imigrantes hodiernamente. Há um discurso que se utiliza do termo “imigração ilegal” para referir-se àqueles que não possuem a documentação regular para ingresso em determinado território. Todavia, o uso do termo “ilegal” justifica-se somente enquanto destinado a promover uma exclusão através da criminalização de um ato em si não passível de criminalização. O fato de ingressar em um Estado sem os documentos requisitados configura uma irregularidade – que pode ser tratada de diversas formas, inclusive com a deportação – e não uma ilegalidade.

Para a resolução da questão dos refugiados e dos apátridas as duas únicas respostas conhecidas eram a repatriação e a naturalização. Todavia ambas falharam, principalmente porque foram concebidas enquanto instrumentos individuais e não para aplicação em massa. Mas também, porque em alguns casos havia recusa da repatriação – porque possibilitava um retorno a um Estado que claramente não desejava o retorno do indivíduo – e da naturalização – esse era um momento perene, já que os Estados poderiam cancelar a naturalização, deixando as

¹⁰² ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. p. 320.

peças desprotegidas, e em parte por recusa das pessoas que não desejavam perder sua origem cultural.

Como já citado, diante de um fenômeno de proporções inéditas, os Estados não souberam como manter os elementos tradicionais de sua configuração – notadamente como manter sua soberania. Além das leis promulgadas na maioria dos países europeus, houve uma progressiva configuração em Estados policiais, a polícia era um poder quase independente, com autorização tácita para lidar com as questões referentes às pessoas migrantes. Ressalte-se que esse processo ocorreu inclusive em países democráticos, demonstrando que o processo de retirada do status de cidadão e sua conversão em pessoas sem lei e sem direitos assegurados ocorreu em todos os Estados – Arendt noticia que mesmo nos EUA, que tradicionalmente sempre incentivaram a migração, estudou-se a possibilidade de desnacionalização daqueles considerados comunistas.

E é nesse contexto que voltamos a estudar os campos. Para Arendt, na discussão sobre como o refugiado poderia ser deportado novamente, “o campo de internamento tornava-se único substituto prático de uma pátria. De fato, desde os anos 30 esse era o único território que o mundo tinha a oferecer aos apátridas”¹⁰³. Outro ponto interessante, é que os campos espalharam-se pela Europa: “O fato de virem a existir campos de concentração para os mesmos grupos em todos os países, embora houvesse diferenças consideráveis no tratamento de internos, foi característico da época: se os nazistas confinavam uma pessoa num campo de concentração e ela conseguisse fugir, digamos, para a Holanda, os holandeses a colocavam num campo de internação.”¹⁰⁴ Ou seja, os campos, a transformação dos homens em vida nua (ou em termos arendtianos em “supérfluos”) e sua posterior apreensão pela política, contribuíram decisivamente para demonstrar quão longe está o discurso dos Direitos Humanos de significar uma verdadeira proteção.

Agamben analisa o fenômeno sob uma outra ótica, a qual considera que a proliferação de tratados internacionais acabou por impedir uma compreensão do significado do fenômeno da ligação entre direitos do homem e Estado nacional. Para ele é necessário abandonar a crença de que as declarações de direito são proclamações gratuitas e valores eternos metajurídicos que tendem a vincular o

¹⁰³ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. p. 318.

¹⁰⁴ ARENDT, H. *Origens do Totalitarismo*. p. 322.

legislador, para considerá-las de forma mais realista, ou seja, enquanto figura de inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. O que significa reconhecer a vida biológica enquanto “*fundamento terreno de legitimidade e soberania*”¹⁰⁵.

Voltemos à declaração de 1789 e seu significado para o Direito e a política. Seu texto mostra que o fato do nascimento é o que confere a qualidade de fonte e titular de Direitos. Ao eleger a vida biológica como base do ordenamento, desqualifica-se a figura do cidadão. Ao inscrever o nascimento como fundante do sistema moderno pode-se atribuir soberania à nação – que etimologicamente deriva do termo nascer – e com isso fecha o círculo aberto pelo nascimento do homem¹⁰⁶.

Logo a passagem da idéia divina para a soberania nacional parece mostrar aspectos bastante distintos daqueles considerados em uma análise inicial, os quais enaltecem a passagem da arbitrariedade para a racionalidade no Estado e na política. O nascimento e a soberania que eram separadas no antigo regime, unem-se no corpo do “sujeito soberano” e constitui-se no fundamento do novo Estado-nação.

Nesse contexto o nazismo e o fascismo adquirem outra perspectiva, a de dois sistemas que se utilizam da vida nua enquanto local da decisão soberana, inseridos no contexto da crise do Estado. O próprio uso da expressão “solo e sangue” pelo nacional-socialismo mostra a apropriação pelo regime dos dois itens considerados fundamentais. A origem de ambos são as concepções de “*ius soli*” e “*ius sanguinis*”, que no antigo regime representavam uma relação de vassalagem e no novo sistema tem um significado diverso: o de nomear a vida como estatuto. Portanto pode-se considerar o fascismo e o nazismo enquanto redefinição das relações entre o homem e o cidadão.

3.6 NARRATIVAS DO INARRÁVEL: A EXCEÇÃO EM KAFKA

Um modo particular de estudarmos e percebermos os fenômenos citados é através das redes narrativas construídas por Kafka, que são especialmente interessantes para o Direito. Não porque tenha tratado diretamente sobre o sistema jurídico, apesar de algumas obras utilizarem temas caros à área, quando o faz não é

¹⁰⁵ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua p. 134.

¹⁰⁶ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. O poder soberano e a vida nua p.135.

olhando a ciência jurídica, mas o absurdo que está presente nessa construção. Se em *O Processo* ele trata de tribunais, advogados e processo, não é para discorrer sobre as categorias, mas para mostrar o vazio, a destruição e a presença sempre incômoda de mecanismos de poder. Como podemos visualizar em *O Castelo*, onde há um castelo inacessível e personagens que nunca se apresentam inteiramente, há uma ausência de sentido nas instituições e nas construções sociais e uma contínua confusão da qual os personagens não conseguem afastar-se.

Kafka, em seus escritos, cria mundos que parecem não se ajustarem, onde o estranhamento é a regra. Seus personagens não se enquadram nos padrões esperados pelos leitores. Em seus textos o absurdo está presente nos menores detalhes, assim como a burocracia. Esta entendida como um emaranhado de normas, sistemas, regras opressoras dos que buscam seu auxílio. Todos os tipos de relacionamento, sejam institucionais, familiares ou sociais sufocam, tiranizam. Não por acaso em *O Veredicto*, não há nenhum tribunal ou procedimento jurídico, a sentença que condena à morte é dada pelo pai do personagem, ele é o juiz e o acusador.

O tradutor Modesto Carone diz que não é possível sonhar através de Kafka, que nenhum leitor lembra de sua obra com ternura ou alguma alegria¹⁰⁷. Jorge Luis Borges considerava que a obra kafkiana possui duas obsessões. A primeira a subordinação, e a segunda o infinito, e entre os dois extremos, a realidade, da qual o autor nunca conseguiu se separar completamente.

Embora possamos citar várias de suas obras como exemplos da manifestação da exceção, limitar-nos-emos a citar três: *O Processo* (e mais especificamente a parábola *Diante da Lei*), *A Metamorfose* e *A Colônia Penal*, cada uma representando um aspecto tratado no presente trabalho. Como precauções metodológicas, consideramos fundamental estabelecer que o objetivo do presente item não é interpretar Kafka, até porque a interpretação é a forma mais fácil de destituir de sentido a rede simbólica existente em seus escritos. Ao contrário, utilizaremos Kafka enquanto impossível de interpretar, ou seja, enquanto escritor do absurdo presente no Real.

¹⁰⁷ Presente nos comentários do tradutor no livro: KAFKA, F. *Narrativas do Espólio*.

O conto *A Colônia Penal*, passa-se em uma ilha, onde um funcionário (estes sempre presentes na obra como sinônimo de sujeidade, tédio e degradação¹⁰⁸) defende o método de execução de um antigo regime de aplicação de penas aos condenados. O método em questão é a utilização de uma máquina que grava nas costas do condenado símbolos que não são apreendidos de imediato, ao contrário, o ritual deve durar algumas horas até que as inscrições penetrem na carne do supliciado e este possa compreender a sentença gravada em seu corpo. Logo após a compreensão, a máquina prossegue seu trabalho, matando-o. O funcionário tenta convencer um observador estrangeiro a apoiar a manutenção de tal sistema, já que por ser considerado ultrapassado corre o risco de ser suprimido.

A Colônia Penal mostra no âmbito literário o que tratamos no âmbito teórico: inclusão da vida nua enquanto principal referencial da política. Mas para além dessa apreensão, podemos encontrar no conto – e na realidade – mais um aspecto: a utilização do corpo enquanto signo apto a exprimir um significado que de outro modo seria inexprimível. E aqui voltamos ao termo “*muselmann*” e seu significado no campo. O fato de não existir linguagem apta a expressar o “excesso de Real” faz com que se utilize o único padrão comum a todos: seu corpo. E aqui o significado do campo se assume plenamente. Não é a morte seu principal intento, mas a inscrição de todos em um limiar de indistinção, ou seja, a produção daquela figura que não é vida nem morte, que não pode contar, mas que justifica o relato de outrem. Quando o Real é tão extremo que não é possível contá-lo, deve-se inscrevê-lo, gravá-lo, de modo que não reste dúvidas da sua existência. Ou seja, com a falência – ou incapacidade - dos signos expressarem o significado, utilizam-se “máquinas” para mostrar, inexoravelmente, a sentença que recebemos sem, no entanto, nunca termos sido julgados. É nesse ponto precisamente que reside todo o paradoxo do conto, a humanidade só é possível ao entender a sentença, que ao ser gravada nas costas do condenado, acaba por matá-lo, mas não sem antes mantê-lo algumas horas no processo de gravação:

*Até mesmo os mais broncos tornam-se esclarecidos. Percebe-se isso na expressão dos olhos. É deles que irradia aquela sabedoria. (...) O senhor pode ver como é difícil a leitura com os olhos, mas nosso homem a decifra com sua carne ferida. Para falar a verdade, esta é uma tarefa bastante difícil, e ele necessita de mais de seis horas para realizá-la...*¹⁰⁹

¹⁰⁸ BENJAMIN, W. *Obras Escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. p.139

¹⁰⁹ KAFKA, F. *A Colônia Penal*. p. 110

Para Deleuze, Kafka mostra nesse conto (assim como na *Muralha da China* e no *Processo*) a característica de uma lei que nunca se mostra: “a lei apresenta-se como pura forma vazia e sem conteúdo, cujo objeto permanece incognoscível: a lei, portanto, só pode enunciar-se em uma sentença, e a sentença só pode ser aprendida em um castigo. Ninguém conhece o interior da lei”.¹¹⁰ A lei é, portanto, uma abstração em si, uma força de lei que não consegue – porque não pode – se mostrar. Seu cerne é sempre escondido a ponto de não ser possível jamais alcançá-lo.

Mas talvez tão perturbador quanto a inscrição de uma sentença nas costas de um condenado, seja a transformação de um humano em uma vida não só matável, como também desprezível. Essa transformação ocorre no livro *A Metamorfose*, no qual Gregor Samsa acorda um dia e ao invés de um pacato caixeiro-viajante, percebe-se como um inseto gigante. Não há nenhuma tentativa de explicação do que poderia ter desencadeado tal alteração, até porque qualquer tentativa de explicar seria um eufemismo involuntário, além de necessariamente ingênua. Talvez o terror da obra deva-se justamente a essa ausência não só de sentido, mas de qualquer tentativa de conferir uma lógica. Não a toa, a família de Samsa decide afastá-lo. Ele torna-se um ser que de tão horrendo deve ser extirpado, e a calma só retorna à família após a retirada de quaisquer aspectos de sua presença. Se em um primeiro momento o fato de não ser mais economicamente útil é a origem dos desagradados no meio familiar, posteriormente a mera presença do “ser” Samsa, causa a profunda exasperação:

- É preciso que ele se vá – disse a irmã. - Este é o único meio, pai. Basta que procures desfazer a idéia que se trata de Gregório. O tê-lo acreditado durante tanto tempo é na realidade a origem de nossa desgraça. Como isso pode ser Gregório? Se assim fosse, já há tempos teria compreendido que não é possível que alguns seres humanos vivam em comunhão com semelhante bicho. E a ele mesmo teria ocorrido partir. Teríamos perdido o irmão mas poderíamos continuar vivendo e sua memória perduraria eternamente entre nós (...)¹¹¹.

Segundo André Macedo Duarte: "O gênio de Kafka se encontra, entre outros fatores, no fato de que ele foi capaz de compreender que se tais palavras (*verme, parasita*) podiam ser empregadas para designar inequivocadamente um homem,

¹¹⁰ DELEUZE, G e GUATTARI, F. *Kafka: Por uma literatura menor*. p. 65

¹¹¹ KAFKA, F. *Um artista da fome*; e, *A Metamorfose*. Trad. GUIMARÃES, T. Rio de Janeiro: Ediouro. p. 100. Notar que na presente edição o nome da personagem é traduzido como Gregório.

então era possível aniquilá-lo do mesmo modo como se matam cães e vermes".¹¹² Com a metamorfose, Samsa passa a ser vida que não merece ser vivida e portanto deve eliminado para que garanta novamente a unidade da família. A conversão de Samsa em vida nua é uma sentença em si, não só de morte, mas também da inexistência dos laços familiares que em última análise não podem subsistir com a nova condição de Samsa. A sentença retoma o tema da culpa, sempre presente em Kafka, como uma culpa por ser e não por algo que tenha sido feito. Portanto a vida nua mais do que uma categoria aprioristicamente considerada e circunscrita a determinado local, há uma expansão e todos passam a ser vida nua.

Por derradeiro analisaremos o livro *O Processo*, não só por ser o mais lembrado quando se trata do absurdo kafkiano, mas também porque é nessa obra que encontramos o conto *Diante da Lei*, estudado por vários autores, entre eles Derrida e Agamben, no contexto da exceção. Análises essas que nos utilizaremos para demonstrar as características da exceção. A interpretação comumente feita desse livro, especialmente no âmbito jurídico, compõe-se de um viés procedimental. Ou seja, o processo é mostrado enquanto procedimento, e sua fundamentabilidade para alcançar a justiça e como o arbítrio estatal ao tirar essa garantia destitui de sentido o Direito. Embora concordemos com esse ponto, o livro simboliza muito mais do que a necessidade de procedimentos adequados, mostra que a lei é uma construção em si sem sentido. Quando Joseph K recebe a notícia que tem contra si um processo e procura o motivo, não há nenhum espanto, ao contrário, somente uma calma pasmamenta que aceita pacientemente sua (má) sorte.

Sua morte coroa o sentimento de absurdo, terminando sem encerrar. Ou seja, termina, mas não confere nenhuma validade, ao contrário, somente demonstra de forma clara a indiferença entre sua morte e sua vida. A trama tecida por Kafka mostra que a estranheza permeia as instituições tanto quanto suas narrativas. Se não cabe falarmos em culpa na sua condenação por inexistir quaisquer critérios, também não podemos utilizar esse critério para definir a vida biológica. Se a criação de apátridas e refugiados ocorria por base na "raça" ou grupo, também aqui o conceito jurídico "de a cada um sua punição conforme sua culpa" não tem

¹¹²DUARTE, A. M. Heidegger e a modernidade: notas sobre a crise do presente. In: *Crítica da Modernidade: Diálogos com o Direito*. p. 75

aplicabilidade. Todos somos culpados sem o ser. Esse é o grande trunfo kafkiano, saber que quando não há critérios, todos somos apreendidos pelo absurdo.

Diante da Lei demonstra bem como o Direito, apesar de sua negativa enfática, utiliza-se, ou melhor, constitui-se do absurdo. Diante da Lei está dentro de *O Processo*, mais especificamente no capítulo Na Catedral. Diante da Lei é a parábola que o Padre conta a Joseph K dentro da catedral, padre este que K sabe pertencer ao aparelho Judiciário.

Esse conto narra a busca de um camponês pelo ingresso na lei. Ao chegar, depara-se com um guarda que bloqueia seu ingresso e anuncia que depois de si há inúmeros guardas que igualmente bloqueiam, sendo que quanto mais próximo da lei, mais forte o guarda. O camponês decide aguardar na expectativa que um dia possa ingressar na lei, e acaba por passar toda sua vida diante da lei e diante do guarda. Na iminência de sua morte pergunta ao guarda como é possível que tenha passado toda sua juventude e nunca tenha encontrado outra pessoa que quisesse ingressar na lei, quando o guarda replica: “*Ninguém senão tu podia entrar aqui pois esta entrada estava destinada apenas para ti. Agora eu me vou e a fecho.*”¹¹³

Para Agamben a lenda expressa a forma pura de lei, na medida em que “ela se afirma com maior força justamente no ponto em que não prescreve mais nada, ou seja, como puro *bando*”.¹¹⁴ No mesmo sentido Agamben nota que nada impede o ingresso do camponês pela porta da lei e sim o fato da porta já estar aberta e de a lei não prescrever nada. É, portanto, uma exceção, no sentido mesmo da exceção soberana que aplica-se, desaplicando-se; inclui-se, excluindo-se. O camponês, o único que poderia ingressar, mas ao mesmo tempo não o faz – por acreditar que não o pode fazer – simboliza os mesmos elementos da exceção soberana.

Portanto o absurdo kafkiano mostra-se rotineiramente através da exceção permanente. Se no pós-guerra a vida absolutamente matável podia ser identificada na criação de massas de refugiados e apátridas, atualmente podemos apontar o esforço dos países desenvolvidos em não só barrar os migrantes – que em grande medida são originados por políticas econômicas exclusivas – como também identificá-los enquanto riscos às nações. Não em outro contexto podemos compreender as políticas cada vez mais restritivas e o uso de discursos que pretendem utilizar a busca por “segurança” para excluí-los definitivamente. Não por

¹¹³ KAKFA, F. *O Processo*. Trad. Guimarães, T. p. 232

¹¹⁴ AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. poder soberano e a vida nua. p. 57

coincidência uma das formas utilizadas para a exclusão definitiva pauta-se em aspectos biológicos. Não somente a discriminação feita pelos traços físicos, pela cor da pele, mas também o material genético serve para impedir o acesso do Outro. Portanto é bastante significativo que tenha sido aprovado na França – berço do iluminismo – projeto de lei 57, o qual prevê o uso de exames de DNA para os imigrantes que desejarem juntarem-se a sua família em território francês¹¹⁵. O princípio regente da *Metamorfose*, a matabilidade, não ocorre somente através da conversão em um ser horrendo, mas também a nível celular. Não ter o sangue certo também é motivo para a diferenciação e exclusão.

¹¹⁵ Presente em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u330017.shtml>>. Acesso em 30/09/2007.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

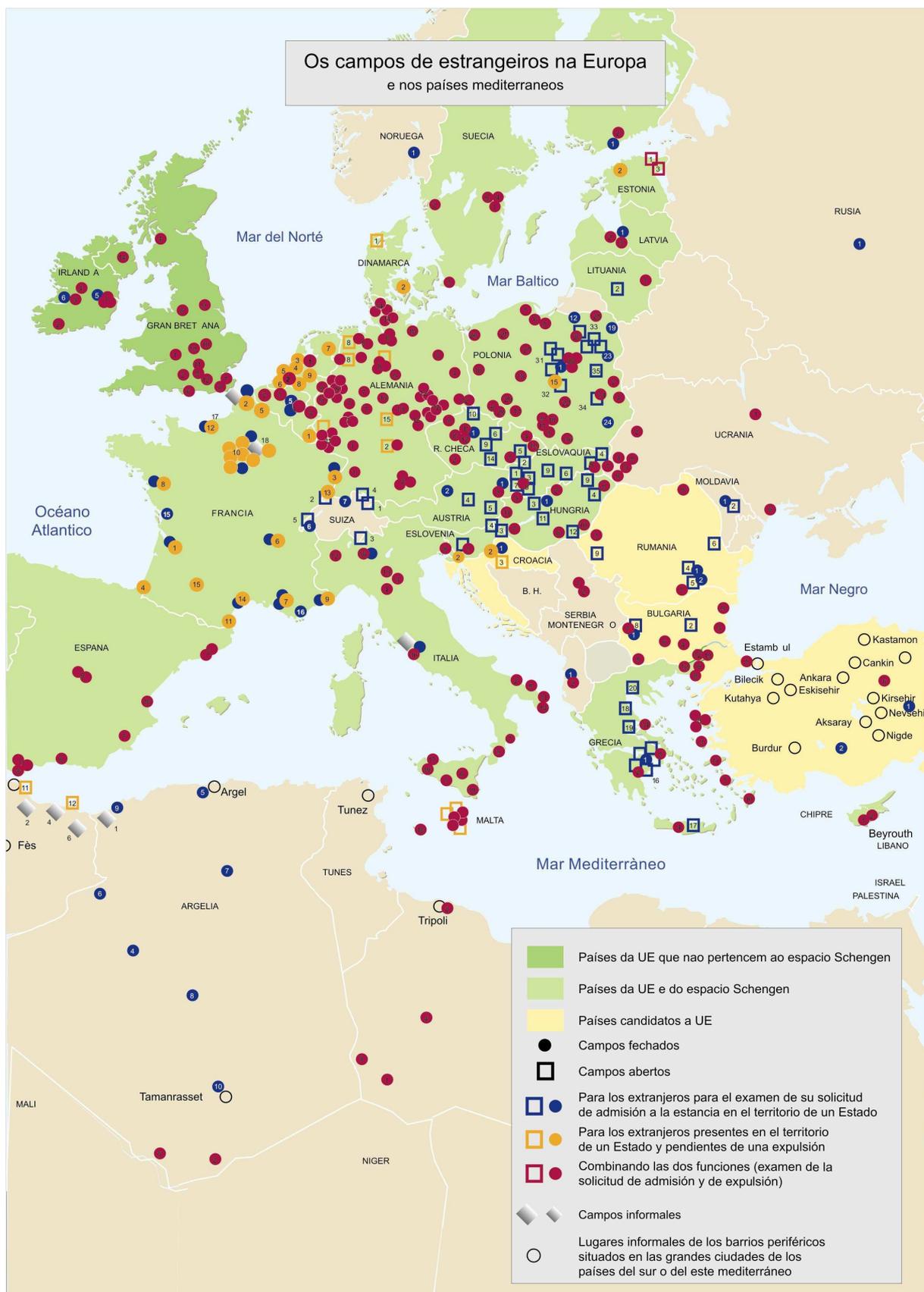
Com a exceção e sua manifestação no corpo do cidadão, tornou-se possível a existência de campos de concentração, ou mais precisamente, tornou possível a absoluta matabilidade. Podemos perceber essa conversão de cidadão em vida biológica através de Guantánamo e a obstinada negativa de reconhecimento dos "terroristas" com o status de prisioneiro de guerra. Esse exemplo é paradigmático pois nessa prisão - embora seja em verdade um campo - os presos são estrangeiros, possuidores de uma linguagem incomum para os ocidentais e sem possibilidade de defesa. Lembremos também da recusa do governo norte-americano em divulgar os nomes dos presos e o motivo da prisão. Não há uma supressão de seus direitos para que sejam deliberadamente inscritos em um limiar de indistinção? Mais, ao privar os prisioneiros e os combatentes de uma categoria, não exclui também qualquer possibilidade, ainda que mínima, de reconhecimento como um Outro? Se considerarmos que a resposta é afirmativa, então entenderemos que a consequência é impossibilitar a mediação entre a "civilização" e a "barbárie", restando somente o caminho da guerra - que como nota Žižek não é propriamente uma guerra.

O não reconhecer da biopolítica e da exceção enquanto funcionamento da política leva à pergunta: "como isso foi possível?" que para muitos é respondido baseado em considerações psicológicas ou como uma falha de percurso da civilização. Assim, partindo de uma das premissas que movem Agamben em seu trabalho, mais importante que compreender como os acontecimentos extremos foram possíveis, é analisar em que racionalidade estão inscritos. Nesse contexto, tanto a reflexão moral quanto o direito foram incapazes de impedirem e solucionarem as situações excepcionais tornadas paradigmas de governo.

A compreensão da incapacidade de reação a algumas situações, para além de significar um descrédito, mostra de forma incontestável, a impossibilidade de encerrar todas as questões em fórmulas jurídicas. Dessa forma, constatar a existência de aporias serve para questionarmos freqüentemente as respostas provenientes de uma legalidade que nem sempre é adequada e com isso não nos deixarmos seduzir pelo canto da sereia da legalidade e nem pelo seu silêncio, este,

segundo Kafka, ainda mais terrível. Portanto, a tarefa do constitucionalismo contemporâneo é problematizar essas questões, que são *a priori* insolúveis, para possibilitar uma maior eficácia de seus preceitos de forma a garantir uma proteção aos súditos, nós, enquanto vida nua. O estudo da política e sua influência no Direito é necessária para garantir a função última do Direito, sua aplicabilidade. Nesse sentido o estudo do estado de exceção e da biopolítica enquanto paradigmas de governo teve por função repensar a função e a aplicação do Direito Constitucional. Pois ignorá-los, além de não resolver as complexidades, significa que uma incompreensão do funcionamento dos fatos extremos, o que pode levar a sua repetição.

5. ANEXO



Disponível em <www.migreurop.org>

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, G. *Estado de Exceção: homo sacer, II, I*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

_____. *Homo Sacer. Poder soberano e vida nua*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. *Lo Que Queda de Auschwitz: El archivo y el testigo (Homo Sacer III)*. Valencia: Pré-Textos, 2005.

_____. *Means without End*. Minneapolis and London: University of Minnesota Press, 2000. 01-45.

ARENDT, H. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense-Universitária 1981.

_____. *Eichmann em Jerusalém. um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999
1981.

_____. *Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Étrangers (ANAFÉ). Disponível em: <<http://www.anafe.org/za.php>>

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

_____. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, C. P. e outros. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 75-150

BENJAMIN, W. Sobre o Conceito da História. In: BENJAMIN, W. *Obras escolhidas: Magia e Técnica, Arte e Política*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J.G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

CHUEIRI, V. K. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, R. M. *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 93-107.

_____. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas trilhas de Kafka): soberania, poder, constituinte e democracia radical. In: FONSECA, R. M. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004. 347-377

COCCO, G. Uma Filosofia Prática. *Cult.* São Paulo: Bregantini, n. 118, p. 51-53, out. de 2007

DELEUZE, G.; GUATTARI, F. *Kafka: por uma literatura menor*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1977.

DERRIDA, J. *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, A. M. Heidegger e a modernidade: notas sobre a crise do presente. In: FONSECA, R. M. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004. 73-91.

FERRAJOLI, L. Passado y Futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. 09-29.

FOLHA DE SÃO PAULO ON-LINE: <<http://www.folha.com.br>> Acesso em 30/09/2007.

FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 285-315.

_____. *História da Sexualidade: A Vontade de Saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. 127-149.

_____. *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, K., *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRST, P. Carl Schmitt's Decisionism. In: MOUFFE, C. (Ed.) *The Challenge of Carl Schmitt*. London:Verso, 1999. 07-17.

HOBSBAWM, E. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

KAFKA, F. *A Colônia Penal*. Trad. CAJADO, S. São Paulo: Nova Época, 1985.

_____. *Narrativas do Espólio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *O Castelo*. Trad. GUIMARÃES, T. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1980.

_____. *O Processo*. Trad. GUIMARÃES, T. São Paulo: Abril S.A., 1974.

_____. *Um Artista da fome; e, A Metamorfose*. Trad. GUIMARÃES, T. Rio de Janeiro: Ediouro.

KELSEN, H. Quem Deve ser Defensor da Constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. –198

_____. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984. 267-376.

LAFER, C. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LASSALLE, F. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 40p.

LEVI, P. *É Isto um Homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LIMA, M.M.B. Jurisdição Constitucional: Um problema da teoria da democracia política. In: In: SOUZA NETO, C. P. e outros. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 199-261.

LÖWY, M. *Walter Benjamin: Aviso de Incêndio. Leitura das teses sobre a história*. São Paulo: Boitempo Editorial. 2005.

MIGREUROP: Disponível em <www.migreurop.org>

NEGRI, A. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. 01-55

_____. *Exílio: seguido de Valor e Afeto*. São Paulo: Iluminuras, 2001.

OLIVEIRA, F. de. *Por uma Teoria dos Princípios: o Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

PENNA, J. C. Sobre Viver (Entre Giorgio Agamben e Primo Levi) In: *A Exceção e o Excesso: Agamben & Bataille*. Revista Outra Travessia nº 05, 2005.

SAINT-BONNET, F. *L'État d'Exception*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

SCHMITT, C. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *La Defensa de La Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Théologie Politique*. Paris: Éditions Gallimard, 1988.

SIEYÈS, E. J. *A Constituinte Burguesa: O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

ŽIŽEK, S. *Bem vindo ao Deserto do Real!* São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

Nome do arquivo: a tal!
Pasta: C:\Documents and Settings\Helo\Desktop
Modelo: C:\Documents and Settings\Helo\Dados de aplicativos\Microsoft\Modelos\Normal.dot
Título: SUMÁRIO
Assunto:
Autor: Banco do Brasil
Palavras-chave:
Comentários:
Data de criação: 17/10/2007 19:41:00
Número de alterações:9
Última gravação: 17/10/2007 22:40:00
Salvo por: Heloisa Camara
Tempo total de edição: 182 Minutos
Última impressão: 17/10/2007 22:53:00
Como a última impressão
Número de páginas: 63
Número de palavras: 17.995 (aprox.)
Número de caracteres: 97.179 (aprox.)