

4

Exceção e Direito

4.1.

Dos paradoxos da exceção e a forma jurídica

“Aqui não há uma lacuna na lei, ou seja, no texto constitucional, mas uma lacuna no Direito que não pode ser preenchida com operações jurídico-científicas. Aqui cessa o direito público”.
(Gerhard Anschutz – Staatsrecht)

Geralmente, segundo concepções correntes no campo do direito, a complexa cadeia de legitimidade utilizada para formular a fundamentação da lei é pensada em termos de vontade geral³⁰⁶. Segundo essa forma de pensar, a ação com base no direito seria aquela que respeitaria as leis gerais estabelecidas no ordenamento, que se funda como resultado das diferentes vontades particulares abstraídas, e por vezes até dissolvidas, em uma gama de relações de representação. Seguindo esse raciocínio, o exercício do poder em uma determinada realidade social se fundaria no próprio direito, mediando essas relações através da legitimidade da legalidade. A crença é na harmonização produzida por um sistema de valores que supostamente é intersubjetivamente partilhado, que atuaria na produção de uma certa consensualidade, e que conferiria ao direito um papel chave nessa conformação tanto como referencial quanto como instrumento de “pacificação”.

Essa estratégia consiste em excluir do direito, de maneira mais ou menos completa, aquilo que não estaria presente no fechamento exato do sistema jurídico. Dessa forma, pertencem a esse léxico comum a crença em expressões como generalidade, uniformidade, constância e etc. Essa atividade, que por mais que esteja presente com traços distintos em períodos anteriores, é impelida ao extremo no movimento que eleva a segurança jurídica a princípio basilar do formato de reprodução social sob a égide das relações capitalistas. Esse fenômeno,

³⁰⁶ Agamben indica, numa aproximação que pode parecer assustadora para alguns, que esse tipo de pensamento, inclusive no uso do termo vontade geral, encontra referências na doutrina teológica do governo providencial do mundo. AGAMBEN, Giorgio. *A lei e o milagre*. In: O Reino e a Glória – Uma genealogia teológica da economia e do governo. Op. Cit. p.285.

que não é nada desprezível, implica em conceber o fenômeno jurídico a partir de um primado de estabilização, política e social, na qual se busca uma certa expectativa de normalidade³⁰⁷. Com o processo de cientificização no centro das relações sociais, essa tendência à tecnicização passa a significar para o direito, um caminhar a passos largos em direção à previsibilidade, à repetição, ao pleno domínio da legislação e das decisões. Isso se dá tanto na tradição romano-germânica, com a codificação progressiva dos referenciais legais e da positivação em sentido estrito, quanto na tradição anglo-saxônica com a previsibilidade dos julgamentos repetidos pelos tribunais.

Entretanto, como compreender a existência no próprio ordenamento jurídico de mecanismos que primam por essa estabilidade e outros que contêm a possibilidade aberta de suspensão legal dessa mesma ordem legal? Ou, como conciliar num mesmo formato de racionalidade o fetiche da lei e a excepcionalidade a esse mesmo princípio? Agamben ao tomar o estado de exceção como objeto de estudo não pretende, como já foi ressaltado, somente realizar um estudo de caráter técnico sobre esse tipo de mecanismo, mas se interessa por demonstrar a maneira pela qual a estrutura do estado de exceção pode revelar aspectos geralmente negligenciados na análise do direito.

Aquilo que conhecemos como estado de sítio ou estado de exceção não é uma criação da tradição conhecida como absolutista, mas da democrático-liberal. A origem desse instituto remonta ao decreto de 8 de julho de 1791 da Assembléia Constituinte Francesa³⁰⁸. O mecanismo é criado e formulado concomitantemente ao processo que, em tese, transforma o súdito do rei em cidadão ativo da república. Somado ao processo de universalização formal do direito a todos os cidadãos, cria-se um mecanismo de suspensão legal da própria ordem legal em “casos extremos” ou de “necessidade”. No ápice do movimento de positivação e codificação do direito com o código civil francês, Napoleão em 1811 estende a possibilidade da decretação do sítio independentemente de qualquer situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas. Muito além de um gosto estilístico pelos paradoxos históricos, Agamben pretende

³⁰⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.44.

³⁰⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.16.

demonstrar como a transição das relações de soberania não se opera na forma de uma ruptura completa, como imaginam os teóricos da chamada soberania popular. Procurando indicar os vínculos indissociáveis entre soberania e direito, Agamben identifica na lógica da exceção soberana um dado que nos permita revelar uma dupla existência articulada na ordem jurídica global: a de um elemento normativo e um elemento anômico, que representa uma zona de abertura e de captura no interior do próprio campo legal³⁰⁹.

4.1.2. Quando Schmitt afirmava que “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”³¹⁰ não fazia uma afirmação somente relativa a uma proclamação de urgência, de necessidade ou de algo que o corresponda. O estado de exceção (ou a suspensão legal da ordem legal) é um conceito-limite, que assinala o fim e o princípio do próprio ordenamento jurídico. A lógica da situação em que vigora o estado de exceção é dotada de uma conceituação complexa: o soberano está fora da lei, pois pode suspendê-la, mas isso não implica que esteja excluído do ordenamento, pois retira do mesmo a sua condição de existência. Schmitt a coloca da seguinte maneira: “o soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*”³¹¹.

A capacidade de definir o que é a exceção parece ser de fato complexa. A regulamentação de mecanismos que tentem lidar com a exceção nos põe diante da tentativa do direito de definir justamente aquilo que em tese lhe escapa, e que para ele é imprevisível: a exceção. Como definir a exceção se a exceção é aquilo que não está presente no ordenamento? Caso desejássemos defini-la, estaríamos diante da seguinte situação: se ocorrer a exceção, decorre determinada consequência jurídica. Mas como definir a exceção? E quem a define? A exceção costuma ser identificada com uma espécie de competência imprevisível, estranha às normas de direito público, mas que ao mesmo tempo é mobilizada para garantir a própria existência da norma ou das suas condições de aplicação. Não é gratuito que geralmente nesse tipo de debate alguns teóricos do direito público ou do direito

³⁰⁹ SACCO, Gianluca. *Da teologia política à teologia econômica: Entrevista com Giorgio Agamben*. Revista Interthesis v.2 n.2, p.8. Florianópolis, jul./dez. 2005.

³¹⁰ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.7.

³¹¹ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Op. Cit. p.8.

constitucional sejam obrigados a falar em normas do direito e normas de realização do direito, da necessidade como fonte primária do direito, ou do genuíno direito estatal, pois estão diante da situação que em detrimento do direito, a relação de soberania permanece³¹². A exceção não é simplesmente uma lacuna tal como normalmente se entende, ela é uma lacuna que diz respeito à própria existência do direito enquanto tal. Caso a exceção fosse apenas uma lacuna, a solução que boa parte da doutrina encontraria seria regular aquela situação originária, mas diante de ocasiões como o estado de exceção, a simples regulamentação parece recorrentemente não dar conta daquilo que originalmente se pretendia, pois se está diante primariamente da pergunta: quem decide sobre a exceção?

Isto por que a exceção não representa simplesmente uma exclusão, ou o afastamento total daquilo que foi normativamente posto. Geralmente quando estamos diante de mecanismos ou situações de exceção, é comum o discurso de salvaguarda da ordem jurídica, mediante a suspensão, em tese temporária, de determinados padrões normativos. A exceção não é a negação daquilo que foi normativamente posto, mas a situação gerada a partir de sua suspensão, e que atua na conservação dos fundamentos do ordenamento jurídico. Diante do estado de exceção, ou da situação excepcional, não se está diante de qualquer situação geralmente definida como caótica, pois determinadas relações de hierarquia social são preservadas como pressupostas por aquele que decreta a exceção, pois ele deve, em tese, não somente resguardar sua posição enquanto soberano, mas preservar e criar outros postos a este relacionados e que garantam a preservação da relação de soberania³¹³. Diante da exceção, deve ser incluída uma determinada condição de existência no próprio ordenamento através da criação de uma zona de indiferença entre externo e interno, caos e situação normal. A norma precisa de um âmbito de existência no mínimo homogeneizador, em que essa normalidade fática não é somente um pressuposto dentre outros que o jurista pode ignorar, mas

³¹² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.43-48. Essa zona de penumbra nos leva para um campo de indagações próximo, embora com algumas sutis diferenças (as distinções históricas são tratadas pelo próprio Agamben), àquilo que alguns teóricos dos séculos XVI e XVII conceberam como as Leis Fundamentais do Reino. Ver BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.65-71.

³¹³ AGAMBEN, Giorgio. *A zona morta da lei*. Folha de São Paulo. 16 de março de 2003.

pertence ao seu mais profundo âmbito de validade. É nesse sentido que Schmitt indica que para a vigência da norma deve estar pressuposta uma situação normal, e na exceção soberana é decidido se definitivamente uma situação normal é de fato dominante³¹⁴. Mesmo Kelsen, que procura abrir um abismo entre o ser e o dever-ser, é obrigado a reconhecer que o mínimo de eficácia é necessária como condição de existência da norma³¹⁵.

Não se trata apenas daquilo que é sugerido por Schmitt como sendo o rompimento da crosta de um mecanismo enrijecido pela repetição, mas de algo que concerne à própria existência da lei. O direito tem caráter normativo, é “norma” não porque comanda e prescreve, mas porque deve criar o âmbito de sua própria referência na vida real, normalizá-la. O direito se ocupa das condições de estabelecimento de sua referência no real e ao mesmo tempo a pressupõe, revelando um duplo movimento articulado de sua incidência. Por isso a estrutura originária da norma é do tipo: “se (caso real) então (consequência jurídica)”, onde um fato é incluído na ordem jurídica através de sua exclusão e a transgressão parece preceder e determinar o caso lícito³¹⁶.

Partindo dessas situações que a originam, Agamben reconhece na própria exceção uma estrutura de difícil caracterização, pois ela não pode ser definida nem como fato, pois resulta da suspensão da norma; nem como uma situação de direito, pois se origina da suspensão do normativo, que em tese deveria abrir a possibilidade de vigência da lei. Assim, a própria exceção é caracterizada a partir de um paradoxal limiar de indiferença, em que os campos, em tese opostos (a lógica binária direito-exceção) perdem muito de sua substancialidade:

“A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. *A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta.* O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede à ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Nesse sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo,

³¹⁴ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Op. Cit. p.13-14.

³¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.12. Também, ainda que com diferenças. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editores, 1986, p.179. Estes pontos afastam uma pretensa ‘despreocupação’ kelseniana com a aplicação da norma no seu projeto de ciência do direito.

³¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.33.

*capturada fora (ex-capere) e não simplesmente excluída*³¹⁷.

Esse aspecto, que não é nada trivial, indica para o autor a exceção como elemento fundamental para se pensar o próprio direito, que vai instituir no limiar entre norma e aplicação um espaço de indistinção paradoxal que revelará a presença da relação de soberania no interior do direito. A exceção é nesse raciocínio capturada fora, e não simplesmente excluída. A imagem do lugar sob o qual remontaria essa situação concreta é sugestivo: “é como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor”³¹⁸. Essa é uma das chaves de compreensão da estrutura do ordenamento jurídico-político como contendo uma inclusão daquilo que é expulso, representando assim a potencialidade de captura de todo um campo de relações que originariamente não estavam contidas na relação com o próprio direito em seu interior. É essa estrutura que permite em determinados momentos que se esteja diante de uma situação jurídica mesmo sem que a mesma esteja sequer definida em normas. Diante de um excesso, o sistema em sua manifestação fática se modela interiorizando através de uma interdição (uma suspensão) aquilo que o excede e se define como contendo uma exterioridade a si próprio. A exceção soberana revela que aquilo que está fora vem incluído suspendendo a validade do ordenamento, deixando que o mesmo se retire da exceção.

Na exceção, norma e aplicação dissociam-se para que a própria norma seja aplicada, introduzindo uma zona de anomia para que se torne possível algo como uma normatização efetiva do real³¹⁹. Nessa zona de anomia, o mínimo de vigência formal e o máximo de aplicação real podem coincidir sem fazer com que a ordem jurídica como um todo seja formalmente substituída, tornando complexa a tarefa de definir uma distinção coerente entre transgressão da lei e execução (quem passeia após o toque de recolher não transgredir mais a lei do que o soldado que, eventualmente, o mate esteja executando essa mesma lei, incluindo nesse tipo de

³¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.25. Grifos do próprio Agamben.

³¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op.Cit. p.48-49.

³¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p. 58.

caso as marcas de uma decisão sobre a própria fratura em que se estabelece o corpo legal)³²⁰. A exceção como um elemento que pertence de maneira profunda à própria realidade do direito, é o que permite a ancoragem de um mecanismo tal como o estado de exceção na ordem jurídica. Disso decorre que a simples oposição topográfica dentro/fora, implícita na tradição positivista, é insuficiente para dar conta do fenômeno que deveria explicar, pois deixa de lado o espaço aberto em que o ordenamento revela ter uma lacuna em uma situação crucial: “esse espaço vazio de direito parece, por uma razão ou outra, tão essencial à própria ordem jurídica que esta última deve tentar por todos os meios assegurar uma relação com o primeiro, como se, para garantir seu funcionamento, o direito devesse necessariamente manter uma relação com uma anomia”³²¹.

4.1.3. Antes de passarmos adiante, um ponto que soaria completamente desnecessário esclarecer caso não fosse objeto de um mal-entendido tão grande. Para além da controversa recepção de sua obra na Alemanha³²², Agamben vem por vezes sendo apontado como o discípulo de Carl Schmitt³²³, ou de ser simpático ao mesmo³²⁴. Como o próprio Agamben ironicamente indicou uma certa vez, analisar o pensamento de Schmitt em distinções entre bom e mau parece ser infecundo. O que não se pode ignorar é o fato de que um teórico do partido nazista alemão tenha reconhecido, reconstruindo uma certa tradição, alguns dos elementos de funcionamento da soberania e do direito. Por isso, é fundamental saber diante de quais conceitos e relações sócio-históricas operamos, dentre eles aquele que tinha uma importância crucial no pensamento de Schmitt: a soberania. Os teóricos da chamada “soberania popular” imaginam que com o somatório da

³²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.65. Ainda na p.181: “Em todos os casos, um local aparentemente anódino [...] delimita na realidade um espaço no qual o ordenamento normal é de fato suspenso, e que aí se cometam ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana (por exemplo, nos quatro dias em que os estrangeiros podem ser retidos nas *zone d'attente*, antes da intervenção da autoridade judiciária”.

³²¹ AGAMBEN, Giorgio. *A zona morta da lei*. Op. Cit.

³²² Esse ponto pode ser percebido em: RAULFF, Ulrich. *An interview with Giorgio Agamben*. German Law Journal. Vol. 05, n.05, 2004, p.609-614. Ver também: COSTA, Flávia. Entrevista com Giorgio Agamben. Op. Cit. p.132.

³²³ DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire: The political philosophy of cosmopolitanism*. London: Routledge, 2007, p.6.

³²⁴ MILLS, Catherine. *The philosophy of Agamben*. Op. Cit. p.66. Mills fala em um Agamben mais simpático a Schmitt em 'Homo Sacer' e mais distanciado em 'Estado de Exceção', o que não me parece ser o caso.

expressão povo, de maneira muito mais formal do que substancial, à expressão soberania, teria se inaugurado o momento em que o poder soberano deixaria de exercer um papel decisivo no campo sócio-político, com isso esquecendo que operam ainda diante de uma certa relação de soberania³²⁵. Para além desse ponto, que terá uma implicação decisiva na crítica à soberania feita por Agamben, o mesmo dirá em um determinado momento sobre Schmitt:

“O encontro com Carl Schmitt se deu, por outro lado, relativamente tarde, e teve um caráter totalmente distinto [do de Heidegger]. Era evidente (creio que é evidente para qualquer um que não seja estúpido ou tenha má-fé, ou, como acontece frequentemente, as duas coisas juntas) que, se queria trabalhar com o direito e sobre a política, era com ele que eu deveria medir-me. Como um inimigo, antes de tudo – mas a antinomia amigo-inimigo era precisamente uma das teses schmittianas que eu queria pôr em questão”³²⁶.

Para Agamben, identificar o papel exercido pela exceção no direito não o leva a encontrar o espaço a ser preenchido pela decisão soberana fundamental. Em Agamben, desvendar o fundamento da exceção permite o reconhecimento do funcionamento da própria lei em sua relação com soberania, e posteriormente a emergência de uma possibilidade crítico-prática de contestação dessas estruturas. A exceção em Agamben representa o momento em que o próprio discurso jurídico em seus procedimentos de totalização do real pode entrar em curto circuito para garantir essa própria incidência. Aquilo que em Schmitt tem um caráter sobretudo apologético, em Agamben tem uma função crítica fundamental, que representará uma inversão proposta pelo mesmo, ainda a ser trabalhada.

A exceção diante do funcionamento da própria lei é o que permite a esta manter-se em relação com um irrelato pressuposto, representando o espaço de captura da própria vida no espectro da decisão soberana. Essa seria uma das

³²⁵ Não está em jogo igualar de forma absoluta os dois modelos de pensamento, mas de apontar que há afinidades estruturais presentes. Apenas para chamar a atenção para os sugestivos adjetivos que geralmente são encontrados na obra de Rousseau, o teórico chave da chamada soberania popular, que indica a soberania como poder: Sagrado, Uno, Inviolável, Inalienável, Indivisível. Não pode deixar de soar no mínimo estranho que esses tipos de adjetivos serem prioritariamente utilizados para se trabalhar em contextos teológicos.

³²⁶ COSTA, Flávia. *Entrevista com Giorgio Agamben*. Op. Cit. p.132. Pode ser útil nesse tipo de distinção a fala feita por Agamben no projeto *Uninomade*, em Padova, em que analisa as implicações do termo movimento no pensamento político. AGAMBEN, Giorgio. *Movement*. Comunicação feita em 30 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.generation-online.org/p/fpagamben3.htm>

interpretações possíveis (a de Scholem) para a lenda de Kafka, “Diante da Lei”. Nada impediria ao camponês, nem mesmo a recusa do guardião, entrar pela porta da lei, a não ser o simples fato de que essa porta está sempre aberta e que a lei não prescreve absolutamente nada. Essa seria uma das verdades mais profundas das obras kafkianas para Agamben, a de um sujeito exposto à pura forma de lei, que carrega em seu corpo as marcas da relação de abandono, sem que isso o impeça de estar em constante relação com a mesma. Uma lei que se encontra em tal condição não está ausente, mas se apresenta sobretudo na forma de sua própria inexequibilidade, como vigência sem significado³²⁷.

4.1.4. O interesse de Agamben por essa situação repleta de paradoxos no livro em que pretende desvendar os processos de captura da vida³²⁸ nos cálculos do poder soberano não se dissocia da forma como enxerga o papel que ocupa o direito nessa cadeia de relações. Agamben pretende demonstrar como, dentro do regime de aplicabilidade da norma pode estar englobada a sua própria suspensão, aonde sua significação não reconheceria a métrica exata exigida por certas correntes de pensamento³²⁹. Aquilo que Agamben chamou de inclusão exclusiva, como a estrutura correspondente à exceção, é o que retira a força das dicotomias geralmente utilizadas para se pensar as formações políticas contemporâneas (Estado de direito x totalitarismo). O aparente dualismo entre norma e exceção passa a perder em substancialidade quando se analisa o seu funcionamento real. O autor identifica a relação entre o direito e essa aparente zona de anomia, como a dialética³³⁰ responsável pela própria manutenção da forma jurídica tal como a conhecemos. É nesse sentido que é passível um enunciado que aparentemente incomoda boa parte da teoria do direito como “a regra vive somente da exceção”³³¹. Essa análise correspondente à estrutura formal da norma jurídica permite lançar novos olhares sobre a maneira pela qual os elementos ideais que condicionam e são condicionados por esse funcionamento estão apenas

³²⁷ Benjamin tem uma interpretação distinta de algumas passagens de Kafka, na qual Agamben irá se ancorar com maior profundidade.

³²⁸ Ver nota 302.

³²⁹ SAFATLE, Vladimir. *Materialismo, imanência e política: Sobre a teoria da ação de Giorgio Agamben*. In: O comum e a experiência da linguagem (Org. SEDLMEYER, Sabrina; GUIMARÃES, César; OTTE, Georg). Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2007, p.102-103.

³³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.130.

³³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.34. A expressão é de Schmitt.

aparentemente em descompasso com seus destinatários e à sua efetividade³³². O que pode parecer irônico nesse processo é o choque de realidade que a teoria do direito que aposta em sua autonomia referencial tem ao defrontar-se com uma realidade social que escapa aos seus processos de idealização, quando torna possível no plano das relações reais de poder a presença do direito para legitimar ações que supostamente lhe seriam contrárias.

“Com efeito, o exercício do poder político leva permanentemente o sistema de instituições do Estado a transbordar e inclusive a transgredir o ordenamento jurídico que ele mesmo institui. Isto acontece em virtude da lógica das relações de forças que comanda o campo da luta política, previsto por outro lado no próprio dispositivo legal (“Raison d’état”, “ordem pública”, “circunstâncias excepcionais”, etc.), ou que de toda maneira se impõe através de lacunas inerentes ao texto da lei. De fato a ilegalidade é um componente das instituições estatais, no sentido de um poder normativo que elas colocam em prática além da própria lei³³³”.

Isso implica a perda de muito do sentido de algumas definições abstratas sobre “O Estado de Direito” quando se passa a perceber a presença desse campo de relações de força que condicionam a própria forma jurídica, que não tem uma realidade autônoma além das relações históricas nas quais está imersa. Talvez esses elementos possam nos fazer perceber, apenas para ficar num exemplo simples, como grande parte dos regimes autocráticos do nosso tempo se apresentam no plano das relações inter-estatais como defensores do direito e da democracia, como a própria imagem feita de si por parte da ditadura militar brasileira de 1964-85. A forma discursiva conhecida como direito lhes parece ser fundamental, a ponto de precisar sempre estar em conexão com ela, ou de manter algum tipo de relação, ainda que no plano concreto das relações sociais as zonas de indistinção entre direito e não-direito possam carecer de clareza.

A relação entre norma e exceção não implica em quebra de um certo tipo

³³² Bercovici tem lançado recentemente essa hipótese para tratar das declarações de direitos sociais contemporâneas, especialmente na periferia do capitalismo. Posteriormente à luta de classes ter arrancado do capital essas concessões, aparentemente os direitos sociais parecem vigorar em sua suspensão para manter a ordem de relações no qual estão inseridos em que o primado da acumulação capitalista se sobrepõe aos anseios da grande maioria da população. Ver: BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, p.149-180. Também: BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.290-344.

³³³ GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma crítica: a propósito de Juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado*. Op. Cit. p.107.

de auto-narrativa interna, como promovedor de segurança, estabilidade, abstratividade, cuidado com a vida e etc. Por mais que seja possível perceber que tais características estejam em uma crise a cada dia mais intensa, prescindir absolutamente e abertamente delas levaria ao descumprimento de qualquer expectativa simbólica sob o qual foi estruturado. Nos momentos de contestação de seus fundamentos alguns desses paradoxos podem ser percebidos certamente de maneira mais aberta, seja no embate por meio da resistência, quando os mecanismos de exceção são mobilizados diante daqueles que divergem dos processos de partilha do sensível³³⁴, seja na utilização por parte do poder estabelecido dos mecanismos que lhe permitam por meio de uma relação de inclusão exclusiva tentar ancorar aspectos da realidade em seus modos internos de sustentação. Agamben pretende demonstrar com isso de que forma atuam dois elementos em certa medida antagônicos (norma e a exceção), mas funcionalmente ligados, indicando de que maneira na constante tensão em que o direito se encontra para estabilizar uma certa ordem, ele mesmo está constantemente abalado por tais características que se manifestam não somente em seu âmbito formal, mas sobretudo prático³³⁵.

O tecnicismo jurídico, que geralmente se manifesta como fetichismo da legalidade, e a exceção não se afastam completamente, pois o discurso da estabilidade é um dado componente na manutenção das relações atualmente estabelecidas³³⁶. É importante no interior desse tipo de dispositivo a promoção de uma certa universalidade em sua construção que o mantenha enquanto formato histórico, mesmo que cindido em suas estruturas. A busca por obediência, que é um elemento crucial nesse interior, não seria possível de ser pensada na atual conjuntura histórica sem a inserção dos sujeitos individuais e coletivos na inscrição do universal. É preciso que se cesse de ver a exceção como oposto desse universal, mas pensar o universal jurídico em uma complexa relação de exclusão-inclusiva dessa anomia na totalidade jurídica. Assim, a lei geral e a sua exceção se interpenetram revelando um aspecto aparentemente subterrâneo das estruturas

³³⁴ Ver: RANCIÈRE, Jacques. *A partilha do sensível*. São Paulo: Editora 34, 2005.

³³⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.130.

³³⁶ Agamben indica isso também em: RAULFF, Ulrich. *An interview with Giorgio Agamben*. German Law Journal. Vol. 05, n.05, 2004, p.611-612.

governamentais contemporâneas. A exceção é parte integrante da máquina governamental, e ocupa nela um papel determinante que articula sua execução em âmbitos aparentemente inimagináveis. A relação entre lei geral e exceção garantem uma certa estruturação e movimentação da governamentalidade sobre o real, em que se deixa à economia das relações de poder os cálculos necessários dessa relação. Essa potência de inclusão por via da exceção não implica em uma divisão do ordenamento enquanto tal, mas é o método de sua própria operatividade³³⁷.

4.2.

Subsunção, anomia e decisão

“Assim, se lançaria luz sobre a experiência singular e em princípio desanimadora de que, em última instância, é impossível 'decidir' qualquer problema jurídico”
(Walter Benjamin – Crítica da Violência – Crítica do Poder)

É comum se pensar, principalmente no discurso que subjaz em diversos momentos da atividade prática e teórica de um jurista, que um dos grandes problemas do direito está na inadequação entre expectativa normativa e realidade prática. Isso ocorre tanto por parte daqueles que acreditam que a resolução de todas as situações sociais estejam contidas em adequações normativas pontuais (presentes geralmente em códigos) que possam ser resolvidas na comparação norma-fato, quanto daqueles que pensam que a efetivação dos enunciados normativos estruturais (presentes na constituição ou nas declarações internacionais de direitos humanos) possam dar conta do cumprimento das expectativas sociais de uma determinada realidade. Não é incomum se pensar o direito enquanto fenômeno a ser resolvido em situações de subsunção/efetivação, sem que se levem em conta outros fatores sejam classificados como “não-jurídicos”. É um problema particular do direito a crença na autonomia de um determinado referencial normativo sem que se indaguem outros elementos que subjazem a sua própria existência.

³³⁷ Esse ponto é trabalhado por Agamben em: AGAMBEN, Giorgio. *A lei e o milagre*. In: O Reino e a Glória... Op. Cit. p.283-300.

Entretanto, quando se está diante da tentativa de definir a exceção, algumas aporias que pertencem de maneira profunda ao direito se revelam de maneira ainda mais nítida. Geralmente a exceção é meramente enxergada como seu reflexo legal (declarações e regulamentação do estado de exceção) ou vinculada a expressões classificadas como vagas, ou carentes de significados. Entretanto, tais expressões (bons costumes, ordem pública, segurança pública apenas para ficar nos exemplos mais claros, mas outros poderiam ser colocados) são geralmente postas em momentos decisivos de determinados textos normativos. Somente encarando essas situações de maneira muito superficial que pode ser arguida a vagueza de tais expressões, pois aqui não está em jogo o esclarecimento semântico que nos levaria à uma “essência” da norma ao recorrer a determinados procedimentos lógicos, mas a incidência de um fator (a soberania) que penetra por todo o horizonte normativo do direito. Bourdieu havia apontado³³⁸ que com a tentativa de construção de um campo que se pretenda neutro e abstrato, as recorrentes abstrações feitas para que os processos reais caibam na generalidade das normas fazem com que expressões abertas precisem dar conta de uma normatização ampla do real (algo que nas ocasiões em que se discute a exceção é impelido ao extremo). Essa tendência de alguma maneira rompe com a ideologia, que ao mesmo tempo o direito precisa pressupor, de uma crença na possibilidade de representação ideal ou idealizante entre o enunciado e o real. No direito, não está em jogo apenas a discussão a respeito da produção de sentido dos termos expressos na norma. Para além deste ponto, estamos diante da capacidade de indexação de um determinado enunciado. Isso quer dizer que, nas palavras de Vladimir Safatle, essa situação não representa um ideal de adequação normativa, pois “indexar a lei é uma questão de soberania”³³⁹.

Decidir não é um momento dentre outros quaisquer no direito, mas a decisão é dotada de uma relevância que não pode ser ignorada pelos filósofos que pretendem preocupar-se apenas com a identificação de critérios. A decisão, e mais claramente ainda a decisão sobre a exceção, revelam de maneira bastante nítida a incidência das relações de soberania no interior do direito. É por isso que Schmitt

³³⁸BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, p.215.³³⁹SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. Op. Cit. p.80

iria arguir que mesmo a decisão “incorreta” tem um efeito jurídico, e no caso dessa decisão ser tomada por parte da instância na qual reside a decisão última, ela adquire efeitos independente do fato de ela ser explicitamente a negação da norma³⁴⁰. A decisão também demonstra que a sua fundamentação não é o fator principal no momento em que a mesma irá adquirir seus efeitos. Nesse momento se está diante não somente de uma questão de subsunção lógica, mas da passagem de uma proposição geral dotada de um referente virtual à uma situação concreta da vida. Essa passagem não é uma operação lógica, ou matemática, mas implica em uma atividade prática de conexão entre um enunciado e um aspecto da realidade concreta³⁴¹. A aplicação da norma não está de forma alguma contida nela mesma e nem pode ser dela deduzida, pois, de outro modo, não haveria que se criar qualquer elemento intermediador, tal como o direito processual. A subsunção inexistente sem ter um sujeito histórico real que, a partir de determinadas relações hierárquicas muito mais profundas do que uma mera decretação de competências, aplique o que está hipoteticamente pressuposto na norma.

A decisão é central em toda percepção jurídica no momento em que o ordenamento jurídico transpõe o plano ideal manifestado na norma jurídica e incide sobre a realidade em sua nitidez. A decisão é o momento em que há essa incidência e não pode ser extraída propriamente da norma jurídica que está sendo aplicada, e sim da conferência de um poder de atuação sobre o caso concreto. A decisão personaliza todo direito, visto que a norma, por não realizar-se sozinha, necessita de alguém que a aplique, tornando inevitável a interposição de um sujeito que decida em um caso específico se determinada lei se aplica. A regra aplicada é estruturada ao caso concreto pelo sujeito que a aplica, e, no momento da decisão, “a autoridade comprova que, para criar o direito, ela não precisa ter razão/direito”³⁴². É por isso que talvez Derrida tenha insistido de maneira tão intensa no fundamento místico da autoridade da lei, partindo de Montagne³⁴³. Diante dos momentos de indiferença substancial (diante da decisão sobre a

³⁴⁰ Acredito que deva ser compreendida dessa maneira uma série de decisões tomadas por Eros Grau quando ainda era ministro do STF principalmente a partir da ADI 2240-7, quando explicitamente declara a exceção para suspender a constituição ou outros referenciais legais.

³⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op.Cit.p.61-63.

³⁴² SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Op.Cit. p.14

³⁴³ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – O fundamento místico da autoridade*. Op. Cit. p.21-27.

exceção) a lei demonstra que sua vigência independe do pretense acordo intersubjetivamente partilhado que os liberais buscam a qualquer preço, pois ela vigora na sua suspensão. O momento instituinte de uma decisão é envolto por uma força performativa e um apelo a crença no fundamento daquela relação, pois em um momento o discurso encontra um limite no seu próprio poder de decidir. “Há ali um silêncio murado na estrutura violenta do ato fundador”³⁴⁴.

Por isso, Agamben dirá que o conceito de aplicação é certamente uma das categorias mais problemáticas da teoria jurídica, pois ainda que Kant estivesse perfeitamente consciente de determinadas aporias e dificuldades de se decidir concretamente entre juízo determinante e reflexivo, é incorreto pressupor que na relação entre caso e norma esteja em jogo uma operação meramente lógica. No caso da norma jurídica a analogia com a linguagem³⁴⁵ permitiria inferir que na passagem do semiótico ao semântico não está em jogo simplesmente uma operação lógica. No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um ‘processo’ que envolve uma pluralidade de sujeitos e que culmina, em última instância, na emissão de uma sentença, ou seja, de um enunciado cuja referência operativa à realidade não é garantido pela norma, mas pelos poderes institucionais a ela relacionados³⁴⁶. Não se decide simplesmente a subsunção de uma determinada norma ao caso, mas se decide, dentre outras coisas: qual norma utilizar-se; qual o significado do conjunto de expressões não unívocas e positivas carentes de definição (dignidade da pessoa humana, por exemplo); qual complementação doutrinária ou jurisprudencial utilizar-se; qual o sentido no interior do direito dos princípios e sua incidência ou não; qual a importância de um fator tal como os chamados costumes; qual o lugar das lacunas; se a teoria utilizada para buscar referências em normas internacionais é uma referência à

³⁴⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – O fundamento místico da autoridade*. Op. Cit. p.25.

³⁴⁵ “O campo pressuposto por decisões passadas não tem estruturalmente a força de retirar a indeterminação de decisões futuras, porque as indeterminações não foram resolvidas sequer nas decisões passadas. Para que tais indeterminações estivessem ausentes seria necessário aceitar que decisões passadas, além de terem sido produzidas em contexto de partilha intersubjetiva, no sentido de terem sido vistas como modos bem-sucedidos de aplicação de regras, construíram procedimentos e critérios não problemáticos de inferência e universalização, a não ser que estejamos dispostos a ‘naturalizar’ tais critérios, como se tivéssemos uma gramática natural dos modos de relação. [...] Ficamos, assim, dependentes de raciocínios analógicos. No entanto, tais raciocínios são marcados por fragilidades e inseguranças epistêmicas profundas[...]”.SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. Op. Cit. p.82.

³⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.62.

teoria dualista ou monista (novamente complementado por articulações não somente legais); qual o grau e nível de aplicabilidade das normas concretas e suas relações entre si; qual a relação entre ordenamentos internos. Caso a tarefa fosse meramente subsumir (ou “identificar o direito”, no debate sobre o positivismo conceitual) estaríamos diante de uma gama de possibilidades que não podem ser explicadas a partir de uma pretensa ‘autonomia do magistrado’.

Isso indica, para Agamben, que a presença de um espaço anômico pertence intimamente ao direito, pois toda decisão em sua relação com o direito é envolta por um momento de indiferença substancial quando a busca por adequação encontra um limite, em que independentemente da vontade do aplicador individual, o referencial normativo não dá conta das relações sociais ali inseridas. Na decisão, mesmo que por um átimo de tempo, em detrimento do que está escrito, a relação de soberania permanece fundada no limiar entre direito e fato. Isso significa que, em última instância, para se decidir em sentido jurídico, é preciso *produzir uma exceção*, por isso talvez Benjamin tenha insistido tanto na indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos³⁴⁷. Em algum momento, aquele que decide (e centralmente aquele que decide em última instância), apropria-se do espaço anômico existente no processo hipotético de adequação normativa, e nesse espaço em que o direito em si não é o fator preponderante, funda a decisão. Para Agamben, “a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção”³⁴⁸. Ou ainda: “A afirmação segundo a qual ‘a regra vive somente da exceção’ deve ser tomada, portanto, ao pé da letra. O direito não possui outra vida

³⁴⁷ “Assim, se lançaria luz sobre a experiência singular e em princípio desanimadora de que, em última instância, é impossível 'decidir' qualquer problema jurídico”. BENJAMIN, Walter. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. Op. Cit. p. 171. Ainda, na dissertação sobre o drama barroco quando se refere ironicamente ao conceito schmittiano de decisão: “O príncipe, que durante o estado de exceção tem a responsabilidade de decidir, revela-se, na primeira oportunidade, quase inteiramente incapacitado para fazê-lo”. BENJAMIN, Walter. *Origem do Drama Barroco Alemão*. Op. Cit. p.94.

³⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.63.

além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e sem ela é letra morta”³⁴⁹.

Quando se fala em “produzir uma exceção”, não está em jogo somente a inversão por completo daquilo que poderíamos chamar de uma 'significação normalmente pressuposta'. No caso dessa decisão ser tomada pela última instância, mesmo a inversão ou a suspensão da norma irá adquirir seus efeitos independente dessa significação. Seligmann-Silva, ao abordar esse tipo de paradoxo existente entre direito, linguagem e decisão, abordou que “o direito só existe dentro deste espaço (negado e temível), entre a lei e sua realização. Ele sempre depende, em última instância, do poder decisório dos que dominam o aparelho jurídico. Ele é sempre, portanto, poder instituinte e mantenedor”³⁵⁰.

Podemos seguir a partir desse momento as linhas gerais da argumentação trazida por Safatle³⁵¹. A exceção não é somente vinculada a uma hipótese de negação ou suspensão de um direito, cuja aplicação daquilo que fora previamente estabelecido daria conta dessa situação contraditória. Essa dicotomia (aplicação-suspensão) aparentemente simples de ser solucionada no plano lógico-formal não parece ser suficiente para abordar um questionamento que perpassa estruturalmente o papel do direito em nossas sociedades. Quando pensamos geralmente a exceção em termos dicotômicos, tal fator implicaria em uma contradição entre fato e lei, o que teria como consequência reconhecer que na lei existem coordenadas gerais e seguras que permitem a sua indexação por parte de agentes individuais sem maiores problemas³⁵². A aceitação dessa condição é geralmente defendida por aqueles que acreditam que no ordenamento jurídico (geralmente reduzido a discussões linguísticas) e nas sociedades contemporâneas

³⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.34.

³⁵⁰ SELIGMANN-SILVA, Marcio. *Walter Benjamin: O estado de exceção entre o político e o estético*. Op. Cit. p.220.

³⁵¹ SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. Op. Cit. p.80-89.

³⁵² Simplesmente separar de maneira estanque a 'resolução' de questões jurídicas em casos 'fáceis' e casos 'difíceis' não nos leva a entender o fenômeno certa vez chamado por Jonnefer Barbosa de ubiquidade da exceção de maneira adequada. A própria determinação de um caso específico como fácil ou difícil é ela mesma uma condição de decidibilidade prévia, que tem por consequência a tecnicização dos casos ditos fáceis e o decisionismo diante dos ditos casos difíceis levado ao extremo, sem que com isso se aborde as condições da crise de legitimação atravessada pelo atual formato de sociabilidade. Estabelecer tal tipo de divisão implica na determinação de que certos casos tenham uma solução unívoca, tornando injustificada a situação que o origina e desnecessário o ator interposto no processo de indexação da situação normativa.

há um núcleo semântico geral que permitiria o reconhecimento de noções similares nos processos de produção de sentido referentes a linguagem.

Diante de situações críticas, esse tipo de *background* pressuposto pode se romper demonstrando a distinção entre os pretensos referenciais intersubjetivamente partilhados e sua própria aplicação a casos concretos. A existência de alguns sentidos gerais partilhados na linguagem não implica uma partilha de significado, pois saber o sentido não implica em saber a referência de onde partem, e muito menos quais referências principais são adequadas, quais não são e de que forma operam as estruturas de indexação de enunciados (os poderes de decisão/aplicação)³⁵³. Pressupor tais tipos de coordenadas não oferece referências seguras aos processos estruturais de intersetivação desses sentidos característicos da exceção, pois no direito não há desacordo somente diante de expressões linguísticas carentes de significado. Isso nos levaria a aceitar que a norma jurídica pontual seja suficiente por si só para sua indexação, e que não hajam outras relações interpostas no ordenamento entre si e nas relações fáticas que se manifestam na produção e manutenção de um determinado campo de relações jurídicas. A linguagem não tem existência isolada das relações históricas das quais deve sua existência e está imersa nas relações de poder que imprimem determinados significados na transposição de decisões fundamentais nas quais reside o ordenamento jurídico. Recorrer aqui a procedimentos hermenêuticos para obter situações não problemáticas de decisão é insuficiente, pois a indexação diz respeito não somente a critérios e valores partilhados, mas a estruturas de aplicação de normas de aspiração universalizante a casos concretos. É pernicioso adotar, como faz boa parte da filosofia analítica, exemplos analógicos para tentar justificar que o funcionamento do direito é similar a determinados usos da linguagem. Nesse campo da filosofia geralmente se comparam situações de inexistência de acordo em exemplos como: regras de jogos de xadrez, regras de utilização de brinquedos em parques e etc. É difícil pressupor que a estrutura de funcionamento do aparato jurídico obedece a tais formas de procedimento e que

³⁵³SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. Op. Cit. p.80-82.

esse tipo de raciocínio lógico possa substituir a análise de complexos fenômenos históricos inter-relacionados que incidem sobre a própria existência do direito³⁵⁴.

Reconhecer esse tipo de contradição estrutural indica que em determinadas realidades, ações que em tese não se conformam com algumas expectativas podem aparecer como realização última das mesmas. Deleuze chamou isso uma certa vez de “torção da lei pelo aprofundamento de suas consequências”³⁵⁵. Assim, a lei passa a se realizar na inversão dos modos de adequação entre critérios normativos e consequências da ação, podendo legalizar sua própria suspensão. Essa lógica é constitutiva da fundamentação do ordenamento jurídico da modernidade ocidental, por isso não são gratuitos os paradigmas históricos mencionados no tópico anterior, em que no limiar da Revolução Francesa surge concomitantemente ao processo de universalização formal de direitos um mecanismo legal de suspensão da própria ordem legal em situações de exceção. Assim, legaliza-se a suspensão do próprio ordenamento em casos de 'necessidade'. Acompanhando com Safatle: “se a norma pode ser suspensa, sem, no entanto, deixar de estar em vigor, é porque sua significação não reconhece um campo seguro de designações. Como se a anomia fosse interna ao funcionamento normal da lei”³⁵⁶.

4.2.2. Dessa maneira, o debate epistemológico no campo do direito precisa ser redimensionado, pois a existência dessa zona de anomia (que funda para Agamben a potencialidade de captura do vivente na esfera do direito) equivale à afirmação de que o referencial normativo vai precisar constantemente se manter em relação com esse espaço aparentemente vazio de direito na pretensão de normatização de um campo de relações não presentes inicialmente na norma. A exceção e por consequência a decisão sobre ela, afastam as tentativas de elaborações conceituais que reivindicam uma autonomia absoluta do normativo. A exceção revela a decisão como um elemento sobre o qual o direito não pode fugir, indicando a incidência das relações de soberania em seu interior. A decisão sobre

³⁵⁴ A análise da filosofia analítica está repleta desse tipo de exemplos. Dentre eles o gritante de Jon Elster, que depois se arrependeu, que compara um fenômeno complexo como o constitucionalismo a lenda de Ulisses e as Sereias, quando Ulisses pede para ser amarrado ao seu navio para não ser seduzido pelo canto das sereias.

³⁵⁵ DELEUZE APUD SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. Op. Cit. p.76.

³⁵⁶ SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. Op. Cit. p.88.

a exceção não indica meramente a expressão de vontade de um sujeito hierarquicamente superior a outro, mas a inscrição no corpo do *nomos* da exterioridade que o anima e lhe dá sentido. Assim, não se decide somente sobre o lícito ou o ilícito, mas a situação originária de adequação ou não de uma relação no direito. Na transposição do plano ideal para a sua incidência real, o poder de atuação sobre o caso concreto está inserido em um momento de indiferença, aonde o que define a adequação de algo ou não com a norma não é a própria norma, mas a autoridade que a aplica. Aqui o revestimento normativo é obtido através de uma forma de autoridade³⁵⁷.

“O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado, mas, por outro lado, a *auctoritas* só pode se afirmar numa relação de validação ou de suspensão da *potestas*. Enquanto resulta da dialética entre esses dois elementos em certa medida antagônicos, mas funcionalmente ligados, a antiga morada do direito é frágil e, em sua tensão para manter a própria ordem, já está sempre num processo de ruína e decomposição. O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ela se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma da *auctoritas*, da lei viva ou da força de lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida”³⁵⁸.

Trazer esse tipo de discussão não aponta para as considerações segundo as quais a decisão, e em especial a decisão na forma de exceção soberana, surgiria do nada de acordo com a livre vontade de um sujeito. É importante colocar que no momento de decidir o sujeito evidentemente se defronta com as condições históricas do seu processo decisório, aonde as próprias condições de decidibilidade não são elementos que podem ser desprezados. Embora Agamben procure explorar o caráter praticamente transcendental no qual se funda a decisão soberana³⁵⁹, isso não implica em formular um voluntarismo absoluto no interior da estrutura de poder correspondente ao processo decisório. A própria relação de

³⁵⁷ BARBOSA, Jonnefer F. *Extravio do jurídico, Ocaso do político e Ubiquidade da exceção – Fragmentos heurísticos sobre alguns locais da filosofia do direito contemporâneo*. Dissertação de Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito orientada pela professora Jeanine Nicolazzi Philippi. UFSC, 2006, p.50.

³⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.130.

³⁵⁹ Agamben lembra que Benjamin reconhece na decisão em sentido jurídico espacial e temporalmente determinada ‘uma categoria metafísica’. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.85. Também: AGAMBEN, Giorgio. *A lei e o milagre*. In: *O Reino e a Glória*. Op. Cit. p. 299-300.

soberania, que confere a força de aplicação ao que está sendo decidido, é ela mesma histórica, e depende do reconhecimento mediado por complexas relações para a sua existência e dos atores reais que lhes imprimam significado em suas relações conflitivas diante de um determinado contexto histórico.

A abordagem dessas características próprias da decisão tem o intuito de apontar de que maneira a decisão incide não somente sobre o conteúdo direto da norma, mas da concatenação dela com determinados elementos do ordenamento jurídico como um todo, fazendo da decisão particular e da ordem jurídica global um conjunto cujas relações mantém conexões internas e complexas em que poder, força e violência não são externos ao seu funcionamento. É importante identificar de que maneira a pretensa vontade geral (geralmente relacionada à lei) e vontade particular (decisão individual) formam uma dupla estrutura articulada em que se inclui no interior desse processo a própria suspensão da norma. Aqui se trata da determinação de valores jurídicos e daquilo que a eles é relacionado, nas relações sociais, econômicas e políticas mantidas dessa forma.

“Poder normativo, seja dito *en passant*, que também está presente na função criadora desempenhada pelos juízes quando interpretam a lei para 'resolver' o caso particular. Só que aqui, longe de ser uma prova da independência dos magistrados, o que se manifesta com frequência é a dependência destes em relação aos dispositivos normativos controlados pelo Executivo (poderes próprios acima da legalidade para manter a ordem pública; peso predominante na elaboração do conteúdo das regras de direito; monopólio da força para aplicar a sanção; etc.). Trata-se, em definitivo, de um aspecto que corrobora o caráter político das instituições judiciárias, juntamente com outros mais visíveis, como são os casos das jurisdições de exceção em períodos de crise, ou as cumplicidades estruturais (sociais, ideológicas, etc.) e o jogo de pressões que são tecidas entre a burocracia judiciária e administrativa em período ordinário. De todos os modos, o que nos importa [...] é indicar que a 'separação de poderes', a 'independência do Poder Judiciário' e a 'supremacia legal' são invenções doutrinárias; igualmente, que a pretensa primazia do Direito sobre o Estado só se mantém na medida em que a análise elude os problemas-chaves: por exemplo, o da validade do próprio direito, que por certo não está no puro signo legal, mas na força organizada do Estado, última *ratio* do poder político quando fracassam seus outros meios”³⁶⁰.

Enxergar na possibilidade de se produzir uma exceção e exaltar tal tipo de característica (algo que independente da boa vontade dos atores individuais, é problemática), não nos leva a questionar o horizonte de funcionamento da lei e o

³⁶⁰ GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma crítica: a propósito de Juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado*. Op. Cit. p.108.

enraizamento institucional do judiciário em uma determinada sociedade, por isso adotar o ângulo da decisão individual não parece ser suficiente. A crença na capacidade de “reflexo” da lei no caso concreto, partindo do exposto anteriormente, também é insuficiente tanto como premissa teórica quanto no tratamento diante da realidade. A aposta recente no papel do judiciário em tempos de “judicialização da política” e de “ativismo judicial” não parece dar conta das demandas reais que rapidamente são individualizadas e consolidam o judiciário como espaço por excelência de “resolução” de conflitos sociais, políticos e econômicos que perpassam estruturalmente uma sociedade, sem que se pergunte jamais pelas razões que os originam. Dessa maneira, se reduz o campo político, pois reivindicações políticas se transformam em exigências de reparação subjetiva. Ao mesmo tempo em que se reconhece a correção de demandas sócio-políticas em uma sociedade profundamente desigual, isolamos para fora do campo político sua dinâmica de modificações estruturais³⁶¹. A estruturação do processo decisório e de seu conjunto, está pressuposta e condicionada pela manutenção e tentativa de estabilização de um certo campo de relações sociais a ela vinculados. A exceção dessa maneira é um espectro da garantia de um certo poder de racionalização sem contestar o fundamento institucional que origina aquele formato de interação social. Dessa maneira, além de se reforçar as relações vinculadas a tais estruturas de poder, estamos distantes da reflexão sobre seus fundamentos. Não se trata com isso de subestimar as demandas, as reivindicações e as lutas traçadas a partir dessa perspectiva, mas chamar a atenção para os limites estruturais existentes nessa relação.

4.3.

Metáforas da exceção: A oposição Schmitt-Benjamin e a oitava tese “Sobre o Conceito de História”

*“A partir de certo ponto não há mais retorno.
É este o ponto que tem de ser alcançado”
(Franz Kafka – Aforismos)*

³⁶¹ SAFATLE, Vladimir. *De que filosofia do acontecimento a esquerda precisa?* In: BADIOU, Alain. São Paulo: a fundação do universalismo. São Paulo: Boitempo, 2009, p.136-137.

Em debates no plano da teoria política ou mesmo do direito, Agamben reiteradamente vem sendo acusado de um pessimismo exacerbado, ou, como ouvi certa vez em uma conferência, de aniquilar a possibilidade da ação política. Esse tipo de leitura, geralmente baseada na percepção isolada de alguns momentos da tetralogia sobre o *Homo Sacer*, não parece dar conta de certas distinções decisivas no interior de seu pensamento. Alguns leitores de 'Estado de Exceção' identificam nele somente o duro e necessário diagnóstico do tempo presente, mas por trás de algumas das linhas dessa obra está contida uma reflexão sobre a necessidade de ressignificação da ação política para afastá-la da zona nebulosa que o livro se dedica a desvendar, aonde não somente a ideia de estado de exceção é alterada (por isso a distinção entre Schmitt e Benjamin), mas também a forma como habitualmente é compreendida a resistência e a revolução. Por isso, parece ser necessário nesse ponto seguir em alguns momentos o próprio roteiro traçado por Agamben³⁶², ainda que complementados por algumas considerações, pois estamos diante daquele que é um dos núcleos imediatamente políticos de seu conjunto recente de obras.

Uma dessas distinções parte de uma interpretação da oitava tese 'Sobre o conceito de História' entre um 'estado de exceção' e um estado de exceção efetivo [*wirklich*], ou real estado de exceção³⁶³. A oposição construída no interior dessa tese, assim como as figuras da violência no ensaio de 1921, também já foram alvo de inúmeras incompreensões. A admiração por parte de Benjamin do teórico fascista do direito público alemão causaram no interior de alguns debates acadêmicos certas impressões escandalosas, geralmente mal fundamentadas, fazendo com que essa tentativa de diferenciação das conceituações de Benjamin no interior das teses seja também uma certa continuidade na possibilidade de esclarecimentos em torno dessa diferenciação. O debate entre Benjamin e Schmitt,

³⁶² O roteiro traçado por Agamben está indicado no capítulo 4 de 'Estado de Exceção', e a opção por segui-lo pretende expor algumas construções fundamentais em seu pensamento e que influencia pontos decisivos de sua obra. Principalmente no que tange à interpretação de Benjamin, o caminho traçado também se aproxima do de Agamben, sem com isso prescindir de outros comentadores de percepções diferentes e da consulta ao texto original.

³⁶³ A tradução aqui consultada é feita por AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.90. Também: BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o Conceito de História*. Op. Cit. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 222-232. Consultada a tradução feita por Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Muller em LOWY, Michael. *Walter Benjamin – Aviso de incêndio: Uma leitura das “Teses sobre o conceito de História”*. Op. Cit.

segundo Agamben e Seligmann-Silva³⁶⁴, começa em 1921 com a leitura de Carl Schmitt do ensaio benjaminiano “Crítica da violência- Crítica do Poder”, de acordo com o estudo feito por Agamben das notas de rodapé dos escritos de Schmitt. A “Teologia Política”, nesse sentido, é considerada por Agamben como a resposta sequencial de Schmitt à Benjamin, recuperando alguns aspectos de seu livro sobre a Ditadura. O debate se segue em “A origem do drama Barroco Alemão” com a citação um tanto irônica por parte de Benjamin da obra anterior de Schmitt. A sequência, no interior das obras, se dá com a publicação do livro de Schmitt sobre o Leviatã de Thomas Hobbes, de 1938, que Schmitt classificou, em carta à Viesel em 1973, como uma “resposta à Benjamin [...] que passou despercebida”³⁶⁵. Segundo Brederkamp³⁶⁶, pela leitura de uma série de cartas de Schmitt de 1973, o mesmo confessa ocupar-se da obra benjaminiana na década de 1930. No interior das obras, este terminará com a publicação de Schmitt em 1956 de Hamlet ed Ecuba, 16 anos após a morte de Benjamin.

Algumas citações recíprocas no campo pessoal atravessam a década de 20 e 30. Benjamin em carta à Weissbach, de 23 de março de 1923, recorda a este ter esquecido a obra “Teologia Política” de Schmitt em sua casa, pedindo ao mesmo que o envie pois este livro seria importante para o trabalho sobre o drama barroco alemão. Há também uma rápida menção em carta a Gottfried Salomon-Delattour sobre o estudo da teoria da soberania no século XVII. Posteriormente temos a citação no curriculum vitae, de 1928 e finalmente a carta puramente formal de Benjamin à Schmitt, em 1930, onde este a envia avisando que o mesmo receberia o ensaio sobre “A origem do Drama Barroco Alemão”.

Seligmann-Silva, classifica essa relação, com acerto, de uma “admiração distanciada”, ao apontar que apesar da paixão metodológica pelo estudo de fenômenos extremos, a crítica ao liberalismo em campos radicalmente diferentes e a atração pela teoria da soberania no século XVII, essa leitura recíproca que vale como inspiração é constantemente tomada por um distanciamento crítico. Isto por

³⁶⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 83-84.
SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Walter Benjamin: o Estado de Exceção entre o político e o estético*. In: Leituras de Walter Benjamin (Org. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2007, p.224-230.

³⁶⁵ VIESEL apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op.Cit. p.83.

³⁶⁶ Citado por SELIGMANN-SILVA, Márcio. Op.Cit. p. 228.

que um autor geralmente reverte o teorema do livro do outro. Estas considerações não excluem algumas aproximações pontuais na obra de ambos, mas é fundamental colocar que no limite da intervenção política e da preocupação com o real, Schmitt e Benjamin estão em campos opostos³⁶⁷, refletindo essa oposição também na construção das Teses.

4.3.2. Chegamos aqui a um ponto não explorado no primeiro tópico do segundo capítulo dessa investigação, que foram as figuras que Benjamin, em seu ensaio sobre a ‘Crítica da Violência – Crítica do Poder’ se utilizava para pensar os modos de escapar da dialética entre violência que põe e violência que conserva o direito. Um dos pontos centrais desse ensaio é expor a possibilidade de uma violência que possa estar absolutamente ‘fora’ e ‘além’ de sua relação com o direito, buscando romper com a dialética que enxerga no funcionamento do direito (entre uma violência que o põe e outra que o conserva). Essa violência que o direito não poderia tolerar de modo algum é chamada por Benjamin de violência divina³⁶⁸ e na esfera humana que aqui nos interessa, de pura ou revolucionária. Para Benjamin, caso essa forma de violência seja devidamente compreendida, sua existência é alheia ao direito e segundo o próprio, é essa a tarefa de sua crítica: provar a realidade e a possibilidade de tal violência. É importante chamar a atenção da passagem do texto de Benjamin reproduzida por Agamben: “se à violência for garantida uma realidade também além do direito, como violência puramente imediata, ficará demonstrada igualmente a possibilidade da violência

³⁶⁷ Essa construção tem o sentido de oposição às interpretações de Jacques Derrida, em “Força de Lei”, e Rainer Rochlitz, em “Le disenchantment de l'art”, este citado por LOWY, Michael. *Walter Benjamin – Aviso de incêndio...* Op.Cit. p.85.

³⁶⁸ Ainda que esse termo em Benjamin tenha conotações teológicas, cujas distinções não poderão ser aprofundadas nesse momento, Žizek dá a ele uma interpretação particular, distinta da do filósofo alemão, mas que pode auxiliar na tentativa de compreender a estrutura dessa ação: “So what is divine violence? Its place can be defined in a very precise formal way. Badiou already elaborated the constitutive excess of representation over represented: at the level of the Law, the state Power only represents the interests, etc. of its subjects; its serving them, responsible to them, and itself subjected to their control; however, at the level of the superego underside, the public message of responsibility, etc., is supplemented by the obscene message of unconditional exercise of Power: laws do not really bind me. I can do to WHATEVER I WANT. I can treat you as guilty if I decide to do so, I can destroy you if I say so ... This obscene excess is a necessary constituent of the notion of sovereignty – the asymmetry is here structural, i.e., the law can only sustain its authority if subjects hear in it an echo of the obscene unconditional self-assertion. And the people’s ‘divine violence’ is correlative to this excess of power: it is its counterpart – it targets this excess and undermines it”. ŽIZEK, Slavoj. *From democracy to divine violence*. In: *Democracy, in what State?*. AGAMBEN, Giorgio; BADIOU, Alain; BENSAID, Daniel et al. New York: Columbia University Press, 2011, p.116-117.

revolucionária, que é o nome a ser dado à suprema manifestação de violência pura por parte do homem”³⁶⁹.

O texto de 1921 de alguma maneira condensa suas reflexões em torno do direito³⁷⁰, que posteriormente não serão retomadas de maneira explícita como nesse texto. Ele marca também uma reunião singular de preocupações éticas, históricas e políticas não somente de cunho pessoal, mas com os rumos da Alemanha de então no já ressaltado esmagamento dos movimentos de resistência no estabelecimento do governo de compromisso da social-democracia. Nesse texto já estão contidas as linhas gerais de sua crítica à ideologia do progresso³⁷¹, que sofrerá um aprofundamento radical nas teses de 1940. A existência desse tipo de violência teria a capacidade, para Benjamin, de não conservar e nem por um direito, mas de o depor, mostrando em sua própria possibilidade uma concepção de história distinta da 'ordem de destino' na qual enxerga preso o direito. Benjamin procura demonstrar de que forma a ação política torna-se presa a um certo referencial no momento instituinte de uma relação jurídica, reproduzindo uma dimensão temporal que encara tanto o passado como despojo sequencial, quanto o futuro como projeção ideal.

4.3.3. A doutrina schmittiana da soberania situa-se em um campo largamente distinto. Segundo Agamben a partir do estudo das notas de rodapé que comprovariam a leitura por parte de Schmitt do ensaio benjaminiano, o teórico do direito público escreve a 'Teologia Política' em resposta a Benjamin e sua tentativa de expor uma possibilidade da ação humana que escape da alçada do

³⁶⁹ BENJAMIN APUD AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.85. Na tradução de Willi Bolle: “Se a existência do poder, enquanto poder puro e imediato, é garantida, também além do direito, fica provada a possibilidade do poder revolucionário, termo pelo qual deve ser designada a mais alta manifestação do poder puro, por parte do homem”. BENJAMIN, Walter. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. In: Documentos de Cultura – Documentos de Barbárie: Escritos escolhidos. Op. Cit. p. 175. Lembro aqui novamente que Benjamin jogava com a dualidade do termo Gewalt, embora a tradução nesse momento para violência pareça ser mais apropriada, pois Benjamin discute justamente a possibilidade e o estatuto da relação entre violência e política. A tradução de Ernani Chaves é mais próxima à de Agamben. BENJAMIN, Walter. *Para uma crítica da violência*. In: Escritos sobre mito e linguagem. Op. Cit. p.155.

³⁷⁰ Há curtas referências em ensaios como ‘Destino e Caráter’, ‘Sobre a linguagem em geral e sobre a linguagem humana’ e em um fragmento não publicado no decorrer da vida de Benjamin. Esse fragmento encontra-se em: BENJAMIN, Walter. *The right to use the force*. In: Selected Writings Vol. I. Op. Cit. p.231-234. Nesse fragmento, de 1920, estão contidas as linhas gerais do ensaio de 1921.

³⁷¹ BENJAMIN, Walter. *A vida dos estudantes*. In: Documentos de Cultura – Documentos de Barbárie (Org. Willi Bolle). Op. Cit. p.151.

direito. Agamben indica que está em jogo na estratégia schmittiana trazer essa violência para o contexto do direito, por meio da estrutura da exceção em sua relação com o direito. Conforme os pontos brevemente traçados no decorrer do presente capítulo, o estado de exceção demonstra não somente a presença de um elemento anômico no direito, mas como o direito precisaria desse elemento anômico no seu próprio processo de conservação. A norma é suspensa, mas isso não implica que a mesma deixe de estar em vigor.

A soberania representaria justamente o ponto em que direito e fato se indeterminam, e o soberano (enquanto sujeito concreto que possui a capacidade de decisão para o caso em que não haveria previsão normativa³⁷²) ocuparia um papel central de ancoragem no interior da ordem jurídica. Na exceção, o soberano que está fora, e ao mesmo tempo pertence à ordem jurídica, é responsável pela decisão acerca da suspensão ou não da constituição *in toto*. Isso não quer dizer, entretanto, que ele está excluído dessa própria ordem jurídica, mas pertence a ela na forma de uma inclusão exclusiva, pois retira fundamento da mesma, cabendo-lhe a possibilidade de suspendê-la para a garantia da própria ordem jurídica. O soberano, no interior desse pensamento, seria o responsável pela própria ordem, ou pela estruturação das relações de vida decidindo sobre se uma determinada situação normal é realmente dominante. A soberania seria uma função indispensável para se afirmar a pretensão de estabilização de uma dada ordem política, e a necessidade do soberano era interpretada por Schmitt justamente na

³⁷² Apenas a título explicativo, quando Schmitt fala em soberano, refere-se ao sujeito real que articula a existência das relações históricas de soberania, que vão muito além de sua figura pessoal. Schmitt provavelmente encontra referência a esse tipo de consideração não somente na obra de Hobbes, de quem era admirador confesso, mas também no parágrafo 279 da Filosofia do Direito de Hegel. Essa nota tem apenas o intuito de contestar a interpretação ingênua de Hart sobre um fenômeno complexo como a soberania. Em Hegel: “A soberania, primeiramente apenas o pensamento *universal* dessa idealidade, existe somente como *subjetividade* certa de si mesma e como *autodeterminação* abstrata, porque sem fundamento, da vontade, autodeterminação esta na qual reside a decisão última. É essa a individualidade do Estado como tal, que somente assim é *Uno*. Mas apenas como *sujeito* a subjetividade está em sua verdade, a personalidade como pessoa e, na constituição que atingiu a sua real racionalidade, cada um dos três momentos do Conceito tem sua configuração separada, *real para si*. Por isso, esse momento absolutamente decisivo do todo não é a individualidade em geral, mas um indivíduo, o *monarca*”. HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p.316-317. Tradução contida em: MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo: Boitempo, 2005, p.43.

inafastabilidade das situações de exceção na vida cotidiana³⁷³. Dessa maneira, Schmitt operaria excluindo a possibilidade de uma violência fora de sua relação com o direito, pois na exceção ela é incluída por sua própria exclusão.

Agamben percebe que Schmitt, em 1922 na 'Teologia Política', abandona a distinção entre poder constituinte e poder constituído que no livro sobre 'A Ditadura' era a base da ditadura soberana para substituí-lo precisamente pelo conceito de decisão. Essa substituição adquiriria seu sentido somente se fosse considerada a resposta à Benjamin, quando este último retrata a “a experiência singular e em princípio desanimadora de que, em última instância, é impossível 'decidir' qualquer problema jurídico”³⁷⁴.

“É para neutralizar a figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder constituinte e poder constituído, que Schmitt elabora sua teoria da soberania. A violência soberana na *Politische Teologie* responde à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, é em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como o lugar da decisão extrema. Que esse lugar não seja nem externo nem interno ao direito, que a soberania seja, desse ponto de vista, um *Grenzbegriff* (conceito-limite), é a consequência necessária da tentativa schmittiana de neutralizar a violência pura e garantir a relação entre a anomia e o contexto jurídico”³⁷⁵.

A construção das percepções de ordem, direito e decisão oscilam no pensamento de Schmitt³⁷⁶, embora jamais estivesse em jogo qualquer tipo de orientação que prescindisse do aspecto normativo. Ao contrário, Schmitt procura diferenciar o estado de exceção do que chama de anarquia ou caos, pois ali subsistiria uma ordem, mesmo não sendo integralmente jurídica, ela existe para garantir a vigência da mesma. O direito, por precisar e pressupor um modelo específico de estabilização das relações de vida, nas situações de exceção justificaria ao Estado a concentração da força pública para garantir tal tipo de estabilidade. O problema central de sua concepção de soberania seria articular a

³⁷³ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente – A atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p.65.

³⁷⁴ BENJAMIN, Walter. *Crítica da Violência – Crítica do Poder*. Op. Cit. p.171.

³⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p. 86.

³⁷⁶ ORFANEL, German Gomez. *Excepcion y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, 49-53.

união entre o fático e o jurídico. Na exceção o Estado suspende o direito em virtude da própria manutenção do mesmo, e ao direito de autoconservação do Estado. Por pressupor e demandar a estabilização de um certo campo de forças (ainda que seja na imposição da violência soberana) para existir, a figura hipotética da decisão soberana sobre a exceção pertence ao direito, ainda que não esteja explicitamente exposta no texto constitucional. “A decisão soberana não é imanente a respeito da Constituição, ela está por cima das normas, e é livre de todo vínculo normativo, ainda que suponha como fundamento criações jurídicas, ainda que configure um processo constituinte”³⁷⁷.

Schmitt opera com o que chama de um conceito 'político' de lei, aonde sua luta é por contestar a redução do político ao normativo, sem entretanto negar a necessidade de sua existência no plano da organização do domínio. Schmitt dirá que “lei, no sentido do conceito político de lei, é *vontade* e *mandato* concretos, e um *ato* de soberania”³⁷⁸. Assim, na construção da situação de ordem pressuposta pela lei, atuam a figura técnico-jurídica do conceito formal de lei, e o conceito político da lei. Esse tipo de distinção é mantida em outras obras, quando, por exemplo, pretende estabelecer as condições de existência do Estado administrativo e do Estado dirigente em suas funções de criar a situação normal que a normatividade precisa pressupor³⁷⁹.

A exceção nesse tipo de pensamento coloca o exercício da soberania em constante tensão entre normas de direito e normas de realização do direito, reconduzindo ao poder soberano aquilo que em tese lhe escaparia na exceção³⁸⁰. Ao reconhecer a existência de algo correspondente à exceção no plano do direito, isso permite à Schmitt articular teoricamente a exceção como zona de captura para o campo da decisão soberana, instituída no limiar do ordenamento, aquilo que

³⁷⁷ ORFANEL, German Gomez. *Excepcion y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Op. Cit. p.55. Tradução livre do autor.

³⁷⁸ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p.155. Grifos de Schmitt. Tradução livre do autor.

³⁷⁹ SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.15

³⁸⁰ Samuel Weber nos lembra de dois textos em que Schmitt explicita esse tipo de aproximação às teses vinculada a sua atuação no partido nazista: “The Fuhrer protects the Law” (1934) e “German Jurisprudence in its struggle against the Jewish spirit” (1936). WEBER, Samuel. *Taking exception to decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt*. *Diacritics*, Vol. 22, No3/4, (Commemorating Walter Benjamin), Autumn – Winter 1992, p.5. Revista publicada pela John Hopkins University Press.

originalmente havia sido excluído. Entretanto, esse tipo de funcionamento que Schmitt identifica na forma jurídica lhe permite adentrar num espaço que mantenha em permanente relação norma e exceção, no momento em que percebe a zona de indiferença entre uma projeção hipotética e uma relação de vida, cujo campo de indeterminação é preenchido pela decisão. Isso abre uma distinção entre a lei e a sua aplicação no plano da decisão soberana: “é por meio do uso das competências extraordinárias do estado de exceção que a grande recompensa pela posse do poder, baseada em seu uso discricionário, presunção de legalidade e imediata exequibilidade, desenvolve o seu efeito integral maior”³⁸¹.

4.3.4. A resposta de Benjamin à Schmitt se concretiza em sua tese de livre-docência, 'recusada' pela universidade de Frankfurt e intitulada “Origem do Drama Barroco Alemão”, ou “Origem do Drama Trágico Alemão”³⁸². Nessa obra, Benjamin procura reconstruir os fundamentos sócio-históricos da arte barroca do Século XVII, e demonstrar a maneira como é representada a vida histórica de um período no interior da representação artística. O século que se inicia com a queima de Giordano Bruno na fogueira é também o século em que a teoria da soberania se consolidaria após as formulações iniciais de Jean Bodin e de outros autores. Benjamin, além de atacar esse tipo de construção, também procura articuladamente criticar as teorias estéticas que tentam camuflar a violência histórica e o massacre em uma roupagem pretensamente harmoniosa³⁸³.

No decorrer desse texto, Benjamin faz críticas fortes à teoria da soberania de Schmitt, mas que também oscilam com a irreverência e o deboche. Enquanto em Schmitt o ordenamento repousa sobre a instituição soberana, concebendo a soberania como conceito teológico secularizado³⁸⁴, Benjamin procura desfazer a tentativa schmittiana de fundação do horizonte político na transcendência. O

³⁸¹ SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Op. Cit. p.37.

³⁸² Consultadas ambas as traduções: BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. São Paulo: Brasiliense, 1984. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. BENJAMIN, Walter. *Origem do Drama Trágico Alemão*. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2011. Tradução de João Barrento. A citação utilizada nas passagens que se seguem quando falarem na tradução de Barrento a nota conterà 'Origem do Drama Trágico', quando referir-se à de Rouanet, 'Origem do Drama Barroco'.

³⁸³ GAGNEBIN, Jeanne Marie. *Walter Benjamin: Os cacos da história*. São Paulo: Brasiliense, 1982, p.39-45.

³⁸⁴ Agamben explicita algumas singularidades do conceito de secularização em Schmitt em: AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória – Uma genealogia teológica da economia e do governo*. Op. Cit. p.16.

drama barroco demonstra justamente que nem o monarca, nem os mártires escapam da imanência³⁸⁵, por mais que determinados pensadores tentem fundá-los num referencial transcendental, pois ainda conservam seu caráter de criatura. Benjamin ironiza constantemente tanto o soberano barroco quanto aqueles que buscam reverenciá-lo, demonstrando que os autores barrocos sempre visam buscar metáforas em comparações entre o soberano e o sol, ou então buscam na história do Oriente poderes imperiais absolutos, para realçar uma espécie de desejo na construção de um poder ditatorial de caráter único.

Enquanto Schmitt coloca a decisão como elo que unirá soberania e estado de exceção, Benjamin procede de modo irônico, elaborando uma verdadeira teoria da indecisão soberana, pois “separa o poder soberano de seu exercício e mostra que o soberano barroco está, constitutivamente impossibilitado de decidir”³⁸⁶. A miséria da condição humana do soberano barroco demonstrava a “incapacidade de decisão do tirano. O príncipe, cuja pessoa é depositária da decisão do estado de exceção, demonstra logo na primeira oportunidade que é incapaz de tomar uma decisão”³⁸⁷. Ou então, como observa Seligmann-Silva: “Benjamin dá a esta situação excepcional uma dimensão tão radical que destrói o reino sobre o qual este soberano poderia reinar”³⁸⁸. Ali, ainda pensando nos marcos da soberania moderna do século XVII, Benjamin ridiculariza os que tentam fundar o soberano como uma espécie de Deus, mostrando esse mesmo soberano num misto de loucura e animalidade³⁸⁹.

“O soberano do século XVII, a criatura no seu auge, irrompendo na loucura como um vulcão para destruir arrastando consigo toda a sua corte. [...] No momento em que o soberano ostenta o poder da forma mais furiosa for reconhecida a revelação da história e ao mesmo tempo a instância que põe termo às suas vicissitudes, então alguma coisa fala em favor do César que se perde no delírio do poder: ele torna-se vítima da desproporção entre a dignidade hierárquica desmedida de que Deus o

³⁸⁵ BENJAMIN, Walter. *Origem do drama barroco alemão*. Op. Cit. p.91.

³⁸⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.87.

³⁸⁷ BENJAMIN, Walter. *Origem do Drama Trágico Alemão*. Op. Cit. p.66.

³⁸⁸ SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Walter Benjamin: o Estado de Exceção entre o político e o estético*. Op.Cit. p.232

³⁸⁹ Esse tipo de análise talvez se associe à imagem que Marx faz de Luís Bonaparte, mostrando toda a conjuntura de seu golpe de Estado, desfazendo as interpretações miraculosas que lhe conferiam uma genialidade incomparável. Marx ao analisar o terreno histórico, pode pintar do sobrinho de Napoleão a imagem que Engels lhe atribuiu: “um farsesco digno de desprezo”.

investiu e a sua humilde condição humana”³⁹⁰.

O soberano nessa obra representa uma concepção de história que pretende se resolver no estado de exceção, por isso a tentativa dos autores barrocos de construir um príncipe como uma figura praticamente mitológica. A catástrofe, para Benjamin, não seria o que o soberano impede (como imaginam os contratualistas no plano da teoria política), mas o que se realiza a partir desse tipo de concepção da experiência histórica. Por isso o soberano quando reage à indecidibilidade diante da vida geralmente procura pelos poderes que o excedem, tentando colocar-se como um soberano que transcende o Estado em aproximação à um Deus que transcenda a criação³⁹¹. Diante dessa situação em que pretende se colocar como mártir, ele revela sua verdadeira face: a do tirano.

“O conceito moderno da soberania tende para um poder executivo supremo assumido pelo príncipe, o Barroco desenvolve-se a partir da discussão do estado de exceção, considerando que a mais importante função do príncipe é excluí-lo. Aquele que exerce o poder está predestinado de antemão a ser o detentor de um poder ditatorial em situações de exceção. [...] O além é esvaziado de tudo aquilo que possa conter o mínimo sopro mundano, e o Barroco extrai dele uma panóplia de coisas que até aí se furtavam a qualquer configuração artística, trazendo-as, na face do seu apogeu, violentamente à luz do dia para esvaziar um derradeiro céu que, nessa sua vacuidade, será capaz de um dia destruir a terra com a violência de uma catástrofe”³⁹².

Benjamin pretende pôr em questão a própria noção de soberania e o que a ela é relacionado³⁹³, elementos que de alguma maneira já estavam contidos no ensaio de 1921. O estado de exceção que era visto por Schmitt como o milagre na teologia é radicalizado e invertido, quando passa a ser percebido como correspondendo no drama barroco à catástrofe que é resultado do aprofundamento das contradições do discurso teológico-jurídico. Se a função do soberano é a de restaurar a ordem na situação de exceção, sua tendência é sempre a de representar historicamente uma ditadura seletiva, cuja utopia será sempre tentar impor leis

³⁹⁰ BENJAMIN, Walter. *Origem do Drama Trágico Alemão*. Op. Cit. p.66.

³⁹¹ WEBER, Samuel. *Taking exception to decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt*. Op. Cit. p.14-15.

³⁹² BENJAMIN, Walter. *Origem do Drama Trágico Alemão*. Op. Cit. p.60-61. Alterada a tradução de impedi-lo para excluí-lo (*den auszuschliessen*) a partir das traduções de Samuel Weber e Giorgio Agamben.

³⁹³ WEBER, Samuel. *Taking exception to decision: Walter Benjamin and Carl Schmitt*. Op. Cit. p.15.

férreas da 'natureza' em contraposição ao acontecer histórico³⁹⁴.

Essa drástica redefinição da função soberana implica uma situação diferente do estado de exceção, como irá colocar de maneira precisa Agamben.: “Ele não aparece mais como o limiar que garante a articulação entre um dentro e um fora, entre a anomia e o contexto jurídico em virtude de uma lei que está em vigor em sua suspensão: ele é, antes, uma zona de absoluta indeterminação entre anomia e direito, em que a esfera da criação e a norma jurídica são arrastada em uma mesma catástrofe”³⁹⁵.

4.3.5. É importante reproduzir nesse momento o inteiro conteúdo presente na oitava tese, aonde Benjamin escreve:

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um estado de exceção efetivo [*wirklich*]; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX 'ainda' sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável”³⁹⁶.

A tese se inicia com uma inversão de uma proposição schmittiana: a regra que vive com base no estado de exceção se inverte no estado de exceção em que vivemos, que na verdade é a regra geral. Essa inversão não somente tem um significado teórico, mas é a reflexão acerca da análise do próprio tempo que Benjamin vivia em múltiplos de seus sentidos. A exceção soberana que Benjamin enxergava na ascensão e atuação de Hitler no poder não era um dado marginal naquele momento, manifestando assim o aprofundamento das relações que o mesmo se propunha a criticar desde sua juventude; a consumação do progresso como norma histórica convertendo-se necessariamente em catástrofe; a preservação por meio da guerra, da exceção e da técnica da atual condição

³⁹⁴ BENJAMIN, Walter. *Origem do Drama Trágico Alemão*. Op. Cit. p.70.

³⁹⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.89.

³⁹⁶ BENJAMIN, Walter. *Teses sobre o Conceito de História*. In: Walter Benjamin – Mágia e Técnica, Arte e Política. Op.Cit. p.226. Tradução buscada na referida obra e substituído o termo “verdadeiro” da tradução deste livro para o termo efetivo, utilizado por Agamben baseado no termo alemão *wirklich* contido na tese original.

social³⁹⁷; e muitos outros aspectos são condensados no interior desse tipo de construção benjaminiana. Benjamin reúne na expressão oprimidos (explorados na tese 4, mas também combatentes na tese 12) a ambiguidade fundamental na qual se erige a pretensa ordem que está em jogo conservar nesse campo de relações, seja por meio da legalidade ou da exceção que a conserva³⁹⁸. O estado de exceção que pretensamente conserva a ordem da catástrofe em Schmitt, é na verdade a catástrofe na tradição dos oprimidos e explorados de que fala Benjamin.

No que tange ao direito, a partir de seus escritos e ensaios anteriores, pode ser mencionada a cumplicidade estrutural entre o direito e a elevação do progresso enquanto norma histórica. A já ressaltada dimensão temporal do direito que o coloca em uma ambígua relação entre passado e futuro atinge nesse momento sua máxima intensidade. Ao naturalizar e em certo sentido neutralizar as potências consolidadas e as opressões passadas, deslocando o momento de sua constituição enquanto normatividade a um futuro entendido como projeção linear, o direito reforça a orientação temporal que é duramente criticada por Benjamin no decorrer das teses. Toda norma jurídica se forma baseada em um processo de dessemantização e suspensão de uma prática concreta em sua referência imediata ao real para tornar-se direito. Por meio da regulamentação, é rompida a relação que origina o direito que se constitui, projetando tal tipo de prática ao futuro, entendido como campo de efetivação da norma jurídica. Daí se originam os discursos que falam, em uma tom confessamente orientado pela percepção vulgar de progresso, em primeira geração de direitos, segunda geração, terceira geração e etc. Isso quando não assumem de fato sua vocação 'programática'. Dessa maneira, são eliminadas diversas formas de intervenção no presente em prol de uma projeção da normatividade ao futuro e aos 'fins universais da humanidade',

³⁹⁷ BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica* In: Walter Benjamin – Mágia e Técnica, Arte e Política. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 195-196.

³⁹⁸ A passagem de Paulo Sérgio Pinheiro talvez possa ilustrar um pouco do que Benjamin provavelmente tinha em mente quando expôs esse tipo de paradoxo constitutivo que vincula a modernidade à barbárie: “O Estado, constitucional ou autoritário, qualquer que seja a forma de governo, segrega permanentemente um regime de exceção. O mais democrático dos Estados é sempre um regime de exceção para enormes contingentes. Loucos, prisioneiros, prostitutas, negros, hispânicos, ianomâmis, aidéticos, homossexuais, travestis, crianças, deficientes, operários irão nascer e morrer sem terem conhecido o comedimento do Leviatã”. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Estado e Terror*. In: Ética NOVAES, Adauto (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p.193.

estabelecendo os sacrifícios (humanos por vezes) no presente em prol de uma finalidade garantida.

Nesse discurso, em que a regra em sua aplicação necessita de sua inaplicação para alguns, o que fazer com a situação-limite em que exceção e regra tornam-se indiscerníveis? Se o funcionamento do ordenamento é garantido pelo mecanismo que o suspende para torná-lo eficaz, a máquina governamental constituída e em funcionamento em boa parte do mundo tem a tendência de estar em um ciclo destrutivo permanente para garantir as suas próprias condições de existência. Para escapar desse tipo de consequência pertencente à dialética interna do direito, que Benjamin pretende mapear no interior dessas contradições a abertura de um espaço para a ação que rompa com tal tipo de vínculo.

No momento em que exceção e regra revelam sua unicidade indissolúvel, o elo entre violência e direito se expôs: estamos diante da anomia constitutiva do direito em que age a violência sem qualquer roupagem jurídica na figura da exceção soberana, que ainda assim pretende conservá-lo. Dessa maneira, Benjamin pode desmascarar a essência do poder estatal que procura anexar-se à anomia por meio do estado de exceção, tornando o funcionamento desse direito uma ficção por excelência que pretende se manter em sua própria suspensão. Se o funcionamento dessa máquina se baseia em uma ficção e uma estrutura mítica originária em que a violência estatal e jurídica age, está aberto o espaço para a ação diametralmente oposta que Benjamin procura: o espaço da resistência e da violência que renunciam a qualquer relação com o direito³⁹⁹. Antes de passarmos às possibilidades históricas pensadas por Benjamin e Agamben para esse tipo de violência, algumas elucidacões sobre o debate.

³⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.92. É importante lembrar que Benjamin defendia a insurreição armada contra o fascismo. LOWY, Michael. *Walter Benjamin – Aviso de incêndio...* Op. Cit. p.69, nota 46. Lembro aqui de dois escritos de Benjamin em que se ocupa do fascismo e de seus modos de sustentação, em que encerra ambos os ensaios de maneira instigante. BENJAMIN, Walter. *Teorias do fascismo alemão: Sobre a coletânea 'Guerra e Guerreiros'*, editada por Ernst Junger. In: *Magia e Técnica, Arte e Política – Obras Escolhidas Vol. I*. São Paulo: Brasiliense, 1984, p.61-72. Também: BENJAMIN, Walter. *O autor como produtor – Conferência pronunciada no Instituto para o Estudo do Fascismo, em 27 de abril de 1934*. In *Magia e Técnica, Arte e Política*. Op. Cit. p.120-136. Esses escritos são importantes para demonstrar de que maneira o pensamento benjaminiano e sua percepção das transformações nas lutas reais vai além do que é corriqueiramente reproduzido por alguns de seus comentadores. Nesses escritos um autor como Benjamin, profundamente contra a guerra desde a juventude e que o leva inclusive a deixar o círculo intelectual de Gustav Wyneken em 1915, defende abertamente o enfrentamento revolucionário como estratégia anti-fascista.

4.3.6. Benjamin e Agamben identificam no direito a necessidade de uma zona anômica para se manter, que funda e refunda a violência administrada no exercício do poder soberano. O direito não existiria senão através da captura dessa zona de anomia na sua suspensão, sem deixar por isso de estar em vigor, aprisionando as formas de ação que lhe escapem. Por isso, para o direito, esse espaço vazio originário do estado de exceção, possui uma dimensão constitutiva em seu plano de funcionamento. Agamben dirá que essa zona de anomia interna ao seu funcionamento que Schmitt reconhece é “aquilo que funda o nexo entre violência e direito”⁴⁰⁰. Enquanto Schmitt procura manter-se em relação permanente com essa zona de indiferença, para Benjamin trata-se justamente de escapar dessa dialética. Se a relação entre norma jurídica e o real implica em uma suspensão para se fundar, é um paradoxo pertencente ao direito a figura extrema e espectral que o faz oscilar entre uma vigência sem aplicação⁴⁰¹ e uma aplicação sem vigência⁴⁰². O conflito entre Benjamin e Schmitt é sobre um espaço vazio: em Schmitt um *vacuum* jurídico a ser preenchido, e em Benjamin a existência do ser vazio de determinações e de predicados⁴⁰³. Agamben dirá que o rompimento em Schmitt se dá apenas de maneira virtual (recuperando a distinção da doutrina do direito público francesa entre estado de exceção fictício – ou virtual, em que se apóia Schmitt – e estado de exceção efetivo – o núcleo de Benjamin):

“Enquanto o estado de exceção se distinguir do caso normal, a dialética entre violência que põe o direito e violência que o conserva não será verdadeiramente rompida, e a decisão soberana aparecerá aliás simplesmente como o meio em que se realiza a passagem de uma a outra (nesse sentido, pode-se dizer que a violência soberana põe o direito, já que afirma a licitude de um ato de outra forma ilícito, e simultaneamente o conserva, já que o conteúdo do novo direito é somente a conservação do velho). Em todo caso, o nexo entre violência e direito é, mesmo na sua indiferença, mantido”⁴⁰⁴.

Está em jogo o debate entre um campo da ação que deve ser mantido a todo custo em relação com o direito, que é o caso de Schmitt; e do outro uma

⁴⁰⁰ COSTA, Flávia. *Entrevista com Giorgio Agamben*. Revista do Departamento de Psicologia – UFF, v.18 – n.1, Jan/Jun 2006, p. 133.

⁴⁰¹ Para a ideia de vigência sem aplicação ver: AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.57-69.

⁴⁰² Para a ideia de aplicação sem vigência ver: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. Cap. 2.

⁴⁰³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.93.

⁴⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.72.

possibilidade que deve ser implacavelmente libertada dessa relação, como pretende Benjamin. Não se trata para Benjamin de instituir e articular, mas de desinstituir e desarticular. Assim a crítica da relação entre violência e direito nos coloca diante do próprio estatuto da violência como código da ação humana. Enquanto Schmitt tenta reinscrevê-la em um contexto jurídico na forma da violência soberana e reativar a dialética entre violência que põe e que conserva o direito, Benjamin responde procurando assegurar uma forma de violência que exista fora do direito e que renuncie ao mesmo: esse é o espaço da violência pura, ou revolucionária que responde pelo que chama de estado de exceção efetivo⁴⁰⁵.

4.3.7. O termo pura ou a noção de pureza, fartamente utilizados no vocabulário kantiano tem uma significação bastante diversa no pensamento de Benjamin. Para Benjamin, o conceito de pureza é sempre um conceito relacional, em que está em jogo não um caráter substancial pertencente à uma ação ou a um objeto em si mesmo, e sim em sua relação com algo exterior, no caso o direito. Em uma carta à Ernst Schoen em janeiro de 1919, Benjamin iria expor em termos aproximados o que entende por pureza:

“É um erro pressupor, em algum lugar, uma pureza que consiste em si mesma e que deve ser preservada. [...]. A pureza de um ser *nunca* é incondicionada e absoluta, é sempre subordinada a uma condição. Esta condição é diferente segundo o ser de cuja pureza se trata; mas *nunca* reside no próprio ser. Em outros termos, a pureza de todo ser (finito) não depende do próprio ser”⁴⁰⁶.

Essa concepção relacional de pureza nos indica que quando fala em 1921 do caráter puro da ação violenta, não pretende dar a esta um caráter substancial. Benjamin critica a violência mítico-jurídica justamente por sua necessidade de estar pressuposta numa relação meio-fim (independente da justeza destes fins), aonde esse tipo de violência se manterá permanentemente em funcionamento para garantir a estrutura do aparato que a acompanha. Na crítica de 1921 Benjamin

⁴⁰⁵ Bercovici menciona um pouco dessa distinção ainda a ser trabalhada na conclusão de um recente e importante trabalho. “Entre o estado de exceção de Carl Schmitt e o estado de exceção em Walter Benjamin existem profundas diferenças, como as que separam um defensor da ordem e alguém que anuncia novos tempos revolucionários. O estado de exceção de Carl Schmitt defende a ordem contra a catástrofe. O estado de exceção de Walter Benjamin enxerga na ordem a catástrofe contínua da dominação”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. Op. Cit. p.343.

⁴⁰⁶ BENJAMIN apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.94.

busca justamente o que chama de 'meio puro' para escapar à dimensão temporal presente no ordenamento, aonde a pureza não é definida por qualquer propriedade intrínseca do meio que o diferenciaria dos meios jurídicos, mas em sua relação com estes. Pura é a violência que escapa da relação meios-fins e se apresenta em sua própria medialidade rompendo com isso as possibilidades de juridicização sobre si. “Benjamin defendia como 'pura' esta violência que quebra a relação entre violência e direito. Não se trata aqui de uma 'violência criadora' [...], mas de uma violência que interrompe e depõe o direito. Por outro lado, não se trata de uma violência reguladora”⁴⁰⁷.

No texto sobre a linguagem de 1916⁴⁰⁸, Benjamin critica uma certa concepção burguesa da língua, que a encara como instrumento para a comunicação. Para tanto, procura reforçar a importância de uma língua ‘pura’ que comunica a si mesma, cujo ato de nomear reforça sua medialidade e sua comunicabilidade. Assim, a violência pura não se encontra numa relação de meio quanto a um fim, mas se mantém em relação com sua própria medialidade. A violência como meio fundador do direito não consegue desfazer sua relação com ele, fundando intimamente o direito como poder, enquanto a ação que procura chamar de violência pura seria o que corta o elo entre violência e direito. A violência pura pode assim aparecer ao final não como a violência que governa ou executa, mas como a violência que age e se manifesta. O meio puro no ensaio de 1921, então, não deveria sua pureza a alguma característica substancial e específica que o diferenciaria dos meios jurídicos, mas à sua relação com estes. Trata-se então de um meio que possa estabelecer e manter outro tipo de relações que não os de uma teleologia absoluta. Esse meio se revelaria como exposição e deposição da relação entre violência e direito.

4.3.8. Em um ensaio chamado '*Sui limiti della violenza*'⁴⁰⁹, escrito durante

⁴⁰⁷ Trecho da entrevista de Agamben presente em: SAFATLE, Vladimir. *A política da profanação*. Op. Cit.

⁴⁰⁸ BENJAMIN, Walter. *Sobre a linguagem em geral e sobre a linguagem do homem*. In: Escritos sobre mito e linguagem. Op. Cit. p.49-73. Nas páginas 67-69 Benjamin reflete sobre de que maneira o que chama de decaimento da linguagem funda propriamente uma concepção burguesa da língua e um aparato de julgamento a ela relacionada.

⁴⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Sui limiti della violenza*. Nuovi Argomenti, n.17, 1970, p.159-173. Agradeço a todos os envolvidos na tentativa de encontrar esse ensaio, e a Jonnefer Barbosa, por gentilmente tê-lo enviado. A ideia de que um ensaio com tal conteúdo era existente surgiu a partir

os acontecimentos que acompanhariam o maio de 68, Agamben tenta dar significado à outra possibilidade de ação que romperia o núcleo da relação entre violência e direito: a violência revolucionária. Nesse ensaio Agamben basicamente procura distinguir quais os sentidos e significados daquela percepção sobre a relação entre violência e política que tem em mente de 3 situações concretas das quais pretende se afastar: 1- Agamben procura se distanciar das interpretações do que chama de um darwinismo aplicado à história que exalta na violência a realização natural de um ideal de progresso de acordo com leis históricas estanques e evolutivas (Agamben indica que por mais que tal teoria seja geralmente chamada de marxismo ortodoxo, dirá que de marxismo essa teoria guarda bem pouco, pois deriva “da concessão sociológica burguesa da história desenvolvida na segunda metade do século passado (século XIX) sob a influência do darwinismo”⁴¹⁰); 2- Afasta-se daqueles que acreditavam que a mera negação do sistema existente por meio da exaltação acrítica da violência seria por si só, suficiente para qualquer transformação efetiva da realidade social; 3- Busca alertar sobre os perigos de uma violência que carregue consigo a inauguração de um novo direito, rejeitando a tentativa de juridicização de um possível processo revolucionário.

Segundo Agamben, tal reflexão também é extremamente atual no contexto em que o desenvolvimento da técnica torna possível a destruição do próprio gênero humano por meio da guerra e das armas de destruição em massa, fazendo com que a violência atingisse uma dimensão que nem Sorel e nem Benjamin poderiam imaginar. Para o autor, diante desse contexto somado à ambiguidade que atingia as relações entre violência e política no decorrer do maio de 68, é possível pôr de volta ao alcance dos seres humanos e tentar expor o significado da própria relação entre violência e política na forma da violência revolucionária⁴¹¹. Segundo Agamben, a busca pelos sentidos desse tipo de ação não devem ser buscados em critérios de fora da própria violência, como a tentativa de justificar o

de algumas observações de cunho pessoal que Negri faz sobre Agamben no ensaio dedicado ao mesmo. Agradeço também aos que tiveram a paciência de discuti-lo comigo.

⁴¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Sui limiti della violenza*. Op. Cit. p.164.

⁴¹¹ O tema da violência revolucionária aparece em Agamben não somente em seus escritos desse período, mas em: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. Cap. 4. Também em: COSTA, Flavia. *Entrevista com Giorgio Agamben*. Op. Cit. p.133-134.

seu uso de acordo com determinados fins, mas buscar nessa própria violência a sua existência e a sua possibilidade. Agamben procura entender o sentido de uma violência em seu próprio princípio, e não de acordo com os fins aos quais persegue. Uma teoria que pretende justificar os meios revolucionários de acordo com os seus fins seria contraditória no mesmo sentido de uma teoria jurídica que tente garantir a justiça dos fins por meio da legitimidade dos meios repressivos⁴¹². Para Agamben o problema de uma teoria da violência revolucionária não é o de justificar uma violência entendida como meio a respeito de um fim justo, mas o de procurar uma violência que tenha em si mesma o critério de sua própria possibilidade de existência.

Segundo Agamben, o núcleo da teoria benjaminiana é justamente o corte que estabelece entre a violência revolucionária e a violência mítica que põe e executa o direito, em que Benjamin busca criticar tanto o direito quanto a força no qual se apoia (a soberania). O critério da ação violenta não corresponde à orientação teleológica que traz consigo como meta o desaparecimento do Estado, mas aquela que carrega em si própria a força dessa impossibilidade. Para Agamben, traçando paralelos com alguns povos ditos primitivos⁴¹³, essa violência não se propõe a afirmar um direito, mas ela quebra consigo a continuidade do tempo e seu fluxo homogêneo deixando aos seres humanos a possibilidade de serem contemporâneos de si próprios e donos da sua história. Essa violência se fundaria nos momentos em que a vida em comum é ameaçada e começa a ser esvaziada. Esse momento não se origina de uma refutação pessimista da vida ou da realidade, mas nessa irrupção e interrupção improvisada do tempo se pode readquirir a sua responsabilidade diante do poder de aceder a uma cultura e a um tempo histórico distinto.

Para Agamben, é em Marx que se encontra uma teoria da revolução que indica nela a possibilidade de uma história distinta nas quais se fundam as bases de uma nova sociedade, aonde é posta em relação com a característica particular da experiência que compete à classe revolucionária. O trecho da 'Ideologia Alemã' que reproduz é o que segue: “A revolução, portanto, é necessária não apenas

⁴¹² AGAMBEN, Giorgio. *Sui limiti della violenza*. Op. Cit. p.166.

⁴¹³ AGAMBEN, Giorgio. *Sui limiti della violenza*. Op. Cit. p.168-169.

porque a classe dominante não pode ser derrubada de nenhuma outra forma, mas também porque somente com uma revolução a classe que derruba detém o poder de desembaraçar-se de toda a antiga imundice e de se tornar capaz de uma nova fundação da sociedade”⁴¹⁴.

Para Agamben, essa passagem de Marx exprime a relação entre a classe revolucionária e a revolução, que a realiza na sua própria negação enquanto classe. A classe revolucionária teria a capacidade de recorrer à violência diante de uma experiência que dissolve a própria condição de existência histórica do conceito de classe, e por isso teria a capacidade de inaugurar uma nova época histórica. Para Agamben, está exposto aí o critério e a possibilidade na qual uma teoria da violência revolucionária pode ser fundada.

“Não é a violência que é simplesmente meio ao fim justo da negação do sistema existente, mas a violência que na negação do outro faz a experiência da sua própria autonegação e na morte do outro porta a consciência da sua própria morte, é a violência revolucionária. Somente enquanto é portadora desta consciência, isto é, somente quando está de frente da ação violenta saberá que é essencialmente a sua morte que está em cada caso em questão, a classe revolucionária adquire não o direito, mas acima de tudo assume o terrível compromisso de recorrer à violência. Como a violência sacra, a violência revolucionária é antes de tudo *paixão*, no senso etimológico da palavra, autonegação e sacrifício de si”⁴¹⁵.

Agamben, assim como Benjamin, trabalham com a percepção de uma interrupção revolucionária, como pode indicar a tese XVIIa⁴¹⁶, reproduzida anteriormente. Não é o caso de conferir a esse tipo de violência um caráter criador, autônomo ou regulativo, mas avaliar a possibilidade de seu uso como poder de resistência no qual a interrupção improvisada do tempo possa abrir consigo uma possibilidade distinta de construção da história. Também não é o caso de recorrer ao seu uso como instrumento autônomo e nem de percebê-lo como uma potência que nunca se configure em ato, mas de expor em si a sua própria possibilidade. A revolução não era compreendida, por Benjamin, como um resultado ‘natural’ e ‘inevitável’ do progresso histórico (como entendiam

⁴¹⁴ Foi utilizada a tradução presente em: MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007, p.42.

⁴¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Sui limitti della violeza*. Op. Cit. p.170. Grifos no original. Tradução livre.

⁴¹⁶ Reproduzida no item 1.3.

algumas interpretações da social-democracia de seu tempo), mas como uma interrupção da marcha da atual concepção de história⁴¹⁷. Os autores procuram encontrar no próprio ato revolucionário o seu critério, tentando escapar da relação meio/fim, recorrendo a uma violência que porta a consciência da própria negação, posterior e imanente ao próprio ato. O recurso a violência é feito contrapondo-se a uma violência secular reproduzida pela atual concepção de história que jamais portará a consciência de sua negação, pois é realizada e mantida pela opressão, exploração e violência gerada pela manutenção da atual ordem das coisas. Diante de tal situação, o sujeito revolucionário “adquire não o direito, mas acima de tudo assume o terrível compromisso de recorrer à violência”, portando consigo a consciência da sua própria negação.

Segundo Agamben, somente esse tipo de violência resolve a contradição que Hegel havia indicado no parágrafo 92 da 'Filosofia do Direito'⁴¹⁸, pois a violência revolucionária nos tornaria conscientes de que certas formas de violência em nossa sociedade jamais portam consigo mesmas o seu cancelamento. A violência que se torna, no direito, um método de exercício contínuo, jamais carrega consigo a sua própria negação, mas expõe o vivente ao seu nexos. Em sua relação com o direito, a ação violenta jamais é consciente de sua própria contradição original, pois direito e violência jamais se contradizem, ao contrário, se complementam. Por isso, a ação revolucionária não se vincula a pôr um direito, mas se volta contra a própria forma em si⁴¹⁹. Esse significado é particularmente próximo ao que Pachukanis⁴²⁰ atribuía ao que chama de forma jurídica no fim da

⁴¹⁷ Zamora desenvolve a noção benjaminiana sobre a interrupção revolucionária e sua relação com a memória em: ZAMORA, José A. *Tiempo, memoria e interrupción revolucionaria: sobre la actualidad de W. Benjamin*. In: ASSY, Bethânia; MELLO, Carolina C.; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria. *Direitos Humanos: Justiça, Memória e Verdade*. Rio de Janeiro, 2012, no prelo.

⁴¹⁸ HEGEL, G.W.F. *Elements of the Philosophy of Right*. Op. Cit. p.120.

⁴¹⁹ O que não quer dizer que o seu fim seja a abolição da forma, como é o caso dos anarquismos, mas de expor nessa ação a sua própria impossibilidade.

⁴²⁰ Pachukanis rompeu com boa parte das interpretações de um chamado marxismo instrumental, que faziam do direito meramente o resultado dos interesses da classe dominante, ou como seu instrumento de opressão unilateral. A crítica de Pachukanis aproxima a lógica do direito à própria lógica do capital, que por meio da abstração mediatizadora do valor toma as relações humanas em sua equivalência mercantil. Pachukanis procura aproximar o desenvolvimento da forma jurídica à própria forma mercantil, e que no direito se faz na operação que tornam os seres humanos reais convertidos em abstração (o sujeito de direitos das declarações), separando sua capacidade interventiva diante da realidade. Ver também: POGREBINSCHI, Thamy. *O enigma do político: Marx contra a política moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p.300-309.

introdução de ‘Teoria Geral do Direito e Marxismo’, quando fala em abolição da própria forma jurídica em si⁴²¹. Segundo Pachukanis, a partir do pensamento marxiano, no processo de superação da sociedade burguesa, não está em jogo a contraposição de uma legalidade e um direito ‘proletário’ e ‘revolucionário’ contra um direito e uma legalidade burguesa, mas a superação da própria abstração mediatizadora que singulariza a forma jurídica. A ação revolucionária que simplesmente contrapõe de maneira estanque uma legalidade burguesa a uma revolucionária, não põe em questionamento o fato de que ambas partilham de uma mesma modalidade instrumental, que reconhece a forma jurídica como neutra ao chegar a efeitos diversos mediante a mera troca de domínio estatal⁴²². Pachukanis, que pelo tempo que escreveu provavelmente não conhecia ‘A Ideologia Alemã’, certamente poderia se inspirar na percepção de forma na seguinte passagem de Marx e Engels:

“em todas as revoluções anteriores a forma da atividade permaneceu intocada, e tratava-se apenas de instaurar uma outra forma de distribuição dessa atividade, uma nova distribuição do trabalho entre outras pessoas, enquanto a revolução comunista volta-se contra a forma da atividade existente até então, suprime o trabalho e supera a dominação de todas as classes ao superar as próprias classes, pois essa revolução é realizada pela classe que, na sociedade não é mais considerada como uma classe, não é reconhecida como tal, sendo já a expressão da dissolução de todas as classes, nacionalidades etc., no interior da sociedade atual”⁴²³.

Permeiam não somente esse texto, como diversos momentos de sua obra⁴²⁴, a estrutura teórica da reflexão marxiana em torno da constituição do proletariado enquanto classe que se constitui e se afirma na sua própria negação, pois porta consigo a sua própria dissolução enquanto classe⁴²⁵. Essa consciência é o que porta a violência revolucionária em relação ao direito. Para Agamben, está em jogo um plano da ação que ponha em questionamento a própria relação entre

⁴²¹ PACHUKANIS, E.B. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Op. Cit. p.13-14. Também p.26-28.

⁴²² MASCARO, Alysso Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. Op. Cit. p.65.

⁴²³ MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Op. Cit. p.42.

⁴²⁴ 'A comunidade que vem', 'O tempo que resta', 'Profanações', e outras.

⁴²⁵ Remeto aqui às importantes páginas finais presentes em: MARX, Karl. *Crítica da filosofia do Direito de Hegel – Introdução*. In: *Crítica da filosofia do direito de Hegel*. Op. Cit. p.154-156.

política e direito, que alguns teóricos negligenciam por acreditar que o direito é um instrumento neutro do qual podemos nos servir sem problemas⁴²⁶.

4.3.9. Dessa maneira, é importante que se possa reconhecer em ‘Estado de Exceção’ também uma tentativa de ressignificação do próprio conteúdo da política contemporânea. Logo no início da obra o autor anuncia um de seus objetivos com o livro, ao declarar que somente erguendo o véu que cobre as zonas incertas entre o vivente e o direito pode se chegar a compreender a pergunta central que guia o livro: “o que significa agir politicamente?”⁴²⁷. Essa pergunta de alguma maneira é também o que encerra a última página da obra, quando repreende as tentativas de apreensão do político no jurídico para restituir ao uso e à práxis humana o que “os poderes do direito e do mito haviam procurado capturar no estado de exceção”⁴²⁸.

Essas considerações permeiam a discussão sobre a resistência, que é um dos panos de fundo da obra. Os pontos anteriores também nos fazem abordar a necessidade de se distinguir poder de resistência (poder como aquilo que conhecemos em português como verbo, que exprime possibilidade) de direito de resistência. Procura-se evitar com que a possibilidade de resistência aos poderes estabelecidos não se reduza ao que ocorreu com uma forma de resistência extremamente importante nas lutas político-sociais do final do século XIX e início do século XX: a greve. Embora o direito de greve tenha sido uma das mais duras conquistas do movimento operário e foi de fato arrancada como concessão dos poderes estabelecidos, o direito de greve trás as marcas da possibilidade de uma instância jurídica (um juiz ou tribunal) decidir sobre a legalidade ou não de uma forma de resistência construída no interior da luta dos trabalhadores. Isso retira do movimento grevista a decisão sobre a legitimidade ou a necessidade de uma greve e desloca ao poder jurídico de intervenção a decretação como uma greve legal ou ilegal, gerando um ‘enquadramento’ da capacidade de resistência no interior da ordem jurídica. Dessa maneira se revela um duplo vetor articulado no processo de juridicização da resistência, como no caso da greve: se legaliza a luta operária e as

⁴²⁶ Mencionado por Agamben na entrevista concedida à Safatle. SAFATLE, Vladimir. *A política da profanação*. Op. Cit.

⁴²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.13.

⁴²⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.133.

vantagens que se permite obter por parte desses movimentos, mas também se legaliza a sua repressão e limitação. Mas essa legalização se dá mascarando e deformando as relações sociais que a originam, como a inserção do trabalho sob o vetor da dominação capitalista, na medida necessária para sua constituição e funcionamento. Assim, duas funções se complementam: uma prática que se ocupa na ordenação daquelas relações e outra que a mascara envolvida sob um manto de ‘justiça’⁴²⁹. Nesse sentido, Agamben dirá que conceber a resistência como um direito carrega consigo certas ambiguidades, por isso a necessidade de se expor esse campo de indeterminações acerca das zonas limítrofes do direito em ‘Estado de Exceção’: “Em todo caso, é certo que, se a resistência se tornasse um direito ou terminantemente um dever (cujo não cumprimento pudesse ser punido), não só a constituição acabaria por se colocar como um valor absolutamente intangível e totalizante, mas também as escolhas políticas dos cidadãos acabariam sendo juridicamente normalizadas”⁴³⁰.

Ao expor a possibilidade desse tipo de ação, Agamben não oferece respostas simples para pensar a relação entre a ação que depõe o direito e o que é possível se pensar a partir disso. A partir das reflexões anteriormente traçadas, “o que é possível pensar a partir disso” não deve ser tomado como uma meta inexorável, mas uma prática a ser pensada a partir das experiências coletivas em jogo. Em ‘O Tempo que Resta’ o caráter antinormativo da crítica paulina ao *nomos*, já reforçado por Badiou⁴³¹, é interpretado por Agamben como uma busca simultânea por torná-lo inoperante e exigir o seu cumprimento final. Tornar a lei inoperante não é simplesmente negá-la e fazer o inverso do preceito que é afirmado, mas tem um sentido muito mais profundo de expor-se às estratégias que implicam em sua desativação. Tornar a lei inoperante (a tarefa de alguns personagens de Kafka) não quer dizer simplesmente destruí-la, pois esse gesto ainda opera mediante o léxico negativo em relação inversa ao normatizado. Levá-la ao seu cumprimento final também não tem aqui qualquer conotação jurídica do

⁴²⁹ BENSUSAN, Graciela. *Direito do Trabalho: Seu papel na organização da dominação: O caso do México*. In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do Direito e do Estado*. Op. Cit. p.122.

⁴³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.24.

⁴³¹ BADIOU, Alain. *São Paulo: a fundação do universalismo*. São Paulo: Boitempo, 2009, p.89-99.

cumprimento da lei em sua universalidade. Aqui está em jogo o que Catherine Mills chamou uma certa vez de justiça pós-jurídica⁴³², embora o termo pós soe de maneira um pouco inapropriada no pensamento de Agamben. Segundo Agamben, só é possível levar a lei ao seu cumprimento caso esta seja restituída à inoperabilidade de sua potência enquanto lei⁴³³. Essa formulação paradoxal faz com que a lei não seja entendida como cumprimento de preceitos aplicáveis na relação norma-caso, mas a manifestação de uma “justiça sem lei”. “Uma justiça sem lei não é a negação, mas a realização – *o pléroma* – da lei”⁴³⁴.

É importante deter-se temporariamente no significado desse duplo aspecto articulado quando se refere à estrutura da lei diante de seu conflito com uma ação que não se limite a adentrar na dialética interna na qual enxerga o núcleo de funcionamento do direito. Torná-la inoperosa aqui tem sobretudo um significado que vincula ética e estratégia política de resistência, e implica pensar as ações que possam resultar do corpo-a-corpo dos sujeitos singulares e coletivos diante dos dispositivos (jurídicos nesse caso) que procuram capturar essas ações no plano da normalização, da disciplina e da soberania⁴³⁵. Tornar inoperosa a lei refere-se a retirar daquele aparato correspondente à ela suas condições de existência, anulando seu *modus operandi* por excelência, desativando-o. Por isso, lhe é tão fundamental introduzir em “O Tempo que Resta” a ideia de um resto⁴³⁶. Por meio de um resto Agamben pretende rediscutir os marcos representativos normalmente forjados para pensar a própria estrutura da lei. Para Agamben, quando a lei judaica dividiu os homens entre judeus e não-judeus, Paulo atuou com um gesto singular, quando confrontado com essa divisão (sua proposta é rediscutir pares categoriais pertencentes ao direito, como homem e cidadão). Paulo não opôs, como geralmente é feito no debate atual sobre direitos humanos, um princípio universal à uma divisão étnica, mas dividiu a própria divisão, produzindo um resto que

⁴³² MILLS, Catherine. *Playing with Law: Agamben and Derrida on postjuridical justice*. The South Atlantic Quarterly. Winter 2008, Vol. 107, n°1, p.15-36

⁴³³ AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta*. Op. Cit. p.99.

⁴³⁴ AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta*. Op. Cit. p.107.

⁴³⁵ Ver: AGAMBEN, Giorgio. *O que é um dispositivo?*. In : O que é o contemporâneo? E outros ensaios. Op. Cit. p.27-51.

⁴³⁶ AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta...* Op. Cit. p.59-60. Na p.62-63 Agamben aproxima a ideia de um resto a três conceitos pertencentes ao pensamento político: o proletariado, de Marx; a plebe de Foucault e a 'parte dos que não tem parte', de Jacques Rancière.

anula a própria divisão⁴³⁷. Nesse gesto, é possível pensar um corte que corta a própria divisão em si, produzindo uma divisão que torna a lei inoperante diante de uma identidade que não seja substancializada. O resto não é nem o todo e nem a parte, mas significa a impossibilidade do todo e da parte de coincidir consigo mesmo ou entre eles⁴³⁸. Introduzir constantemente esse resto de que fala incide para tornar a divisão da lei inoperante, o que é mais importante do que negá-la. Em uma entrevista, ao ser questionado sobre as múltiplas divisões estabelecidas nos povos e pelas leis, propôs que “ao invés de perguntar a alguém: 'Quais os princípios comunais universais que nos permitiriam viver juntos?', seria preciso o contrário. É uma questão de confrontados com as divisões introduzidas pela lei, de trabalhar com o que a desabilita, através da resistência, através de um resto – *résister, rester* são da mesma raiz”⁴³⁹.

Não se trata de uma discussão que propriamente se relacione ou se encerre na lei em si. Agamben tem insistido em recentes trabalhos que o ponto central não é a lei, mas o que ela põe em funcionamento⁴⁴⁰ e ao que ela se articula. Não estamos diante apenas do papel que é exercido pela lei ou pela soberania, mas dos procedimentos governamentais que tornam os mesmos operacionais. A lei não é pensada por Agamben de maneira distante dos processos que dissolvem em sua forma os procedimentos de dominação e sujeição no qual se articula a forma-jurídica, e nem dos processos de normalização que ela põe em curso. Agamben geralmente procura afastar perguntas como “O que é Direito?”, “o que é o legal?”, para se concentrar na tentativa de compreensão do modo pelo qual funciona, opera e se articula a máquina político-jurídica em funcionamento nas sociedades

⁴³⁷ O exemplo utilizado é o seguinte: Paulo divide os judeus em judeus de acordo com a carne e de acordo com o espírito, introduzindo um resto que quebra a distinção habitualmente travada para distinguir o universal do particular. Esse gesto é um gesto político, e não uma declaração externa diante dos sujeitos singulares e coletivos. Para Agamben, com a ideia de um resto é possível pensar uma identidade que possa se distinguir tanto da fragmentação contínua quando da tendência à ontologização das mesmas.

⁴³⁸ AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta...* Op. Cit. p.60.

⁴³⁹ SMITH, Jason. *'I am sure that you are more pessimistic than i am': An interview with Giorgio Agamben.* Op. Cit. p.122. Tradução livre. Mantida a distinção entre *rester* e *resister*, visto que a entrevista original foi concedida em francês.

⁴⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Introductory note on the concept of Democracy.* In: Democracy, in what State?. AGAMBEN, Giorgio; BADIOU, Alain; BENSALID, Daniel et al. New York: Columbia University Press, 2011, p.4. AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória...* Op. Cit. p.299.

contemporâneas⁴⁴¹. Dessa maneira, inverte-se as perguntas e os próprios marcos da crítica que procura estabelecer ao direito, pois o que realmente está em jogo é compreender o que o direito faz funcionar, abrindo possibilidades para se pensar a própria resistência.

A constituição dos sujeitos políticos se dá também no interior dessas práticas de resistência a esses aparatos, modeladas por uma desconfiança profunda dos sentidos da própria forma jurídica. Aqui, a aproximação com Foucault é evidente e necessária⁴⁴². Foucault falava em uma de suas aulas (a de 14 de janeiro de 1976) sobre uma expressão, que Agamben mencionará em ‘Estado de Exceção’, enigmática no conjunto de seu pensamento: “um direito novo, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio de soberania”⁴⁴³. Foucault, em debates de 1972 sobre a justiça popular⁴⁴⁴, mencionava que é preciso pensar nas formas de justiça sobretudo em seu caráter anti-judiciários, que não se coadunem a forma de um tribunal que tente estabelecer a “vingança”, delimitar “culpados”, interrogatórios para “estabelecer a verdade” ou obter a “confissão”, mediados por uma instância “neutra”. Esse modelo, gestado em uma conjuntura histórica específica, e que encarna a forma do Estado burguês moderno não necessariamente implica na anulação de sua disciplina específica⁴⁴⁵. É preciso pensar também essas realidades para além de seus signos binários, os quais é necessário pôr em xeque e no limite deixá-los de lado: de acordo com a norma-contrário à norma; amigo-inimigo; e etc.

Essa construção de novas possibilidades implica em colocar elas mesmas a um contato com a “positividade” da atitude crítica que a exponha constantemente a novas significações, novas inversões e a um movimento em que se permita interrogar os processos de produção da verdade em uma determinada realidade⁴⁴⁶. Esse tipo de ação é relacionada às práticas que expressem a possibilidade de oposição dos agentes sócio-políticos às formas de domínio e gestão da vida que se

⁴⁴¹ Mencionado em entrevista concedida à Safatle, em. SAFATLE, Vladimir. *A política da profanação*. Op. Cit.

⁴⁴² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Op. Cit. p.97.

⁴⁴³ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Op. Cit. p.47.

⁴⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Op. Cit. p.39-68.

⁴⁴⁵ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.252-253.

⁴⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Op. Cit. p.68. FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. Op. Cit. p.265.

apoiam nos mecanismos de normalização. Decorre disso a necessidade de se pensar a resistência em uma determinada realidade e o que pode ser formado a partir daí. Em uma recente entrevista em que procura refletir sobre alguns sentidos da ética hoje, Agamben chama a atenção para a importância de serem pensadas novas formas de relações para além da exposição comparativa entre normas e fatos (um modelo assertivo). Segundo Agamben, ir além dessa forma de encarar a realidade é algo próximo do que Foucault tinha em mente quando falava em verificação. Nesse tipo de formulação não vigoram apenas as assertivas de tipo binário, ou à seca separação entre verdadeiro e falso, mas o pôr-se em jogo naquilo que se diz e se faz.

“Pensemos na ética: afirmamos que para agir precisamos dispor de um sistema de crenças pré-fixado. Portanto, agiria bem apenas quem tem uma série de princípios com que se deve conformar. É o modelo kantiano, ainda dominante, que define a ética como dever de obedecer a uma lei. Quando eu trabalhava sobre a ideia de 'testemunha', me incomodou a história de uma jovem que, submetida à tortura da Gestapo, havia se recusado a revelar o nome dos seus companheiros. A quem mais tarde lhe perguntou em nome de que princípios ela havia conseguido fazê-lo, respondeu apenas isso: 'o fiz por que me agradava que fosse assim'. A ética não significa obedecer a um dever, significa pôr-se em jogo, com aquilo que se pensa, se diz e se crê”⁴⁴⁷.

4.4

Limiar

Para Agamben, na auto-constituição singular e social, e as possibilidades emancipatórias a serem construídas ensejam a necessidade de se pensar uma forma de construção da vida em comum e do que tem chamado recentemente de uma forma-de-vida. Agamben pretende subverter as oposições conceitualmente utilizadas pelo pensamento jurídico entre forma e matéria, universal e particular, para poder pensar uma vida que não se separe da sua forma, como o exercício de uma vida em comum. Essa formulação pretende captar a possibilidade de uma vida e uma práxis imanentes que construam as suas próprias formas, e não de uma

⁴⁴⁷ MARCOALDI, Franco. *Em que cremos? Redescubramos a Ética. Entrevista com Giorgio Agamben*. Tradução: Selvino Assmann. Fonte: IHU-Online. 02/05/2011 (Acesso 10/02/2012) Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/42848-em-que-cremos-redescubramos-a-etica-entrevista-com-giorgio-agamben>

forma que construa as relações de vida como parece ser a maneira habitualmente moldada para se pensar o jurídico. Para Agamben, a vida em comum se funda na experiência humana auto-criadora e que certamente pode exigir instâncias que auxiliem nessa concretização, mas que operem de maneira distinta de tomar o direito como pressuposto. Para Agamben, recuperando algumas reflexões de Badiou, o Estado, e por consequência o direito a ele relacionado, não se fundam em um vínculo social, mas em sua dissolução e na inauguração dos pares categoriais identitários no qual se erige o direito moderno (o homem e o cidadão, o público e o privado, o nacional e o estrangeiro, até chegar ao extremo entre amigo e o inimigo)⁴⁴⁸.

É possível pensar a partir de Agamben, que as formas a serem criadas nas relações de vida são expostas na própria prática constitutiva dos seres humanos que possa renunciar às pretensões de totalização e que se engaje numa constante atualidade e atualização históricas. Partindo de Agamben é possível mencionar a possibilidade de uma práxis (que carrega consigo a sua própria potência e a potência de não⁴⁴⁹) nos quais as formas que eventualmente se constituam não sejam definidas e metricamente quantificadas. Não há com isso uma recusa de qualquer instituição ou institucionalização, mas a necessidade de que essa auto-constituição prática façam as instituições, e que estas portem inclusive a possibilidade de sua própria negação⁴⁵⁰. Essa possível auto-constituição não toma a existência de tais formas de maneira definida e definitiva num futuro distante, mas tem como referência fundamental a ideia de que somente a prática dos sujeitos, histórica e circunstanciada pode servir de marco para constituir suas formas⁴⁵¹. Tornando, assim, possível pensar tais formas de uma maneira que não estejam apartadas da realidade prática da auto-constituição comum, mas como o resultado dessas próprias experiências, que portem consigo o seu próprio

⁴⁴⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Tienanmen*. In: A comunidade que vem. Op. Cit. p. 67.

⁴⁴⁹ Essa ideia é provavelmente uma das mais complexas do pensamento de Agamben, e não poderá ser trabalhada no presente estudo. Ela é trabalhada por Agamben em diversos momentos, dos quais é possível destacar: AGAMBEN, Giorgio. *Bartleby – Escrita da potência*. Op. Cit. *passim*. AGAMBEN, Giorgio. *La potencia del pensamiento*. In: La potencia del pensamiento. Op. Cit. p.285-299, principalmente p.294-299. AGAMBEN, Giorgio. *On what we can not do*. In: *Nudities*. California: Stanford University Press, 2011, p.43-45. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I*. Op. Cit. p.47-56.

⁴⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *La chiesa e il regno*. Roma: Nottetempo, 2010, p.12-19.

⁴⁵¹ FONSECA, Márcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. Op. Cit. p.293.

questionamento e a possibilidade de sua dissolução.

Sua proposta é desconstituir a tentativa de confusão entre vida e forma, neutralizando-os para pensar uma práxis que se encarregue de criar as formas que a vida porventura exija, colocando em xeque os termos forma e vida diante de uma transformação sofrida por ambos⁴⁵². Essa capacidade pretende expor a possibilidade constante de recriação fazendo da experiência em comum algo distinto de uma análise contida na aplicação regra-caso, mas atuando no gesto auto-constitutivo de dispensar essa dicotomia. Agamben pretende expor uma práxis que não seja encarada como predicado de um enunciado legal, mas expor naquele gesto constituinte a busca por completude de uma inadequação constitutiva.

Buscando em Deleuze algumas chaves para pensar esses elementos, Agamben encontra em seu princípio de imanência a possibilidade de uma ontologia da univocidade, no qual pretende utilizar-se de tal imagem na proposta de excluir os pensamentos centrados em uma espécie de transcendência do ser. Agamben pretende expor que no conceito deleuziano de imanação, que parte de Spinoza, quando levado até as últimas consequências faz com que o plano de imanência não seja imanente a algo, mas apenas a si mesmo. O autor pretende, ao desenvolver essa ideia, quebrar as oposições categoriais clássicas do pensamento ocidental (no tema que toca uma de suas obras decisivas *zoé/bios*, vida nua e vida politicamente qualificada) ao romper com suas próprias distinções expondo aquilo que Deleuze chamou de “uma vida...”, e que Agamben compreende como sendo uma vida que assinala a própria impossibilidade de traçar hierarquias e separações na sua própria forma-de-vida⁴⁵³.

Ao discutir o que chama de forma-de-vida, Agamben pretende expor um significado em que as percepções habituais entre vida e forma sejam radicalmente transformados no qual esteja em jogo uma práxis que não permita a constituição de um poder que lhes isole em algo como uma vida nua. A aspiração é tentar pensar uma vida que não se baseie em seus movimentos na estrutura derivada entre uma aplicação regra-caso, e uma forma-de-vida distinta de um sistema de

⁴⁵² AGAMBEN, Giorgio. *Altissima povertà*. Op. Cit. p.133.

⁴⁵³ AGAMBEN, Giorgio. *La inmanencia absoluta*. In: *La potencia del pensamiento*. Op. Cit. p.398-412.

doutrina⁴⁵⁴. Não se trata de pensar a articulação entre forma e vida, mas expor a possibilidade de uma práxis que torna possível o próprio ser em comum. O problema central é pensar um paradigma simultaneamente ontológico e prático, no qual o ser e o agir exponham reciprocamente a existência integralmente histórica da vida e de suas formas⁴⁵⁵. “Uma vida que não pode ser separada de sua forma é a vida no qual o que está em jogo no seu modo de viver é o próprio viver em si. O que essa formulação significa? Ela define uma vida – vida humana – no qual suas simples formas, atos e processos de viver nunca são simples *factos*, mas sempre e acima de tudo *possibilidades* de vida”⁴⁵⁶.

Agamben tem se dedicado recentemente a estudar o conflito com a Cúria Romana travado pela Ordem dos Franciscanos. Como já ressaltado anteriormente, seu objetivo com esse estudo não é adentrar nos aspectos teológico-religiosos desse tipo de questionamento, mas pensar aquilo que os franciscanos chamaram em um determinado momento de uso comum, ou uso de fato. Tentar extrair os significados contemporâneos desse estudo não significam exaltar sua vinculação ao êxodo ou a constituição de uma vida em apartado distante da realidade que o constitui e que possibilita a emergência dessa própria crítica⁴⁵⁷. O objetivo é tentar pensar a historicidade daquela experiência e o que pode ser retirado da mesma, fazendo dos possíveis usos elementos na própria constituição e produção do antagonismo.

Agamben expõe que na reivindicação de “altíssima pobreza”, os franciscanos afirmavam a possibilidade de existência de um uso dos bens da vida totalmente desvinculado da esfera do direito ou da tentativa de constituição de propriedade. Para Agamben, os vínculos entre propriedade e direito guardam como consequência sócio-histórica o estabelecimento de uma relação que desloca os objetos do uso humano para que sejam constituídos enquanto propriedade, o que promove uma relação de dominação entre os seres humanos mediada pelas

⁴⁵⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Altissima Povertà*. Op. Cit. p.118.

⁴⁵⁵ No prefácio de ‘Meios sem fins’ expõe a urgência de se repensar o status que vincula a ontologia à política em um tempo marcado pela supremacia dos poderes da religião, da economia capitalista e do direito. AGAMBEN, Giorgio. *Means Without Ends – Notes on Politics*. Op. Cit. p.ix.

⁴⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Form-of-Life*. In: *Means without Ends – Notes on politics*. Op. Cit.

p.4.

⁴⁵⁷ E muito menos exaltar a própria figura autônoma da disciplina monástica.

coisas. Essa operação corresponde à constituição da propriedade enquanto dispositivo de deslocamento do livre uso comum dos seres humanos a uma esfera separada, no qual é convertida em direito. É evidente que a constituição das relações de propriedade e de seus vínculos com o direito vão muito além dessa discussão, e não se formariam sem os roubos, pilhagens e assassinatos já narrados por Marx no capítulo sobre a acumulação primitiva, em “O Capital”. O que Agamben parece querer demonstrar é que concomitantemente aos processos de pilhagem dos bens comuns (que se iniciam anteriormente à modernidade, mas que são radicalizados de maneira inaudita nesse período), os mesmos são acompanhados de um processo simbólico-prático que lhes faz adquirir um status de realidade apartada do plano das relações de vida. Esse procedimento é claramente presente na mercadoria, no qual essa separação a transforma em fetiche inapreensível formatando o primado do valor de troca, tornando manifestas as argúcias teológicas e sutilezas metafísicas, das quais já falava Marx⁴⁵⁸. O caráter praticamente sagrado que adquire o direito de propriedade, fundamento primordial de reprodução das relações capitalistas, tenta demonstrar a impossibilidade de seu uso mediada pela crença de sua existência alheia às relações entre os seres humanos e a realidade a sua volta.

Agamben procura desenvolver a possibilidade de um uso comum em contraponto ao domínio e às tentativas de constituição de propriedade a partir disso. O uso é uma potência genérica que o ser que se utiliza dela faz uso de fato, rompendo as distinções clássicas entre propriedade privada e pública para tentar pensar a comunalidade dos bens da vida. Essa distinção não funda nenhuma identidade nova do objeto ou daquilo que é utilizado, apenas recupera ao uso comum dos seres humanos os bens que haviam sido retirados e desconstituídos anteriormente enquanto propriedade⁴⁵⁹. Essa auto-constituição não se imprime simplesmente negando ou destruindo aquilo que era uma propriedade, mas abrindo o espaço para uma prática que desative os dispositivos simbólico-práticos que a fazem adquirir uma realidade distinta e expondo a vida à uma nova *forma-vivendi*, a uma vida em comum.

⁴⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Elogio da Profanação*. Op. Cit. p.71-72

⁴⁵⁹ AGAMBEN, Giorgio. *El tiempo que resta*. Op. Cit. p.35-36.

O uso é contraposto àquilo que os teóricos do direito civil chamam de um “direito de uso” ou de “usufruto”, pois segundo Agamben, o ato fático de utilizar é distinto de algo como o ter direito sobre alguma coisa. Para Agamben, é possível utilizar-se dos bens da vida sem ter direito sobre eles ou sobre seu uso na própria práxis de seu uso comum. É importante mencionar que quando Agamben fala em uso comum, não pretende defini-lo pelo léxico negativo que ensejasse uma espécie de normatividade que opera pelo negativo, mas expor em uma práxis essa impossibilidade a partir do uso comum das coisas, fazendo de seu uso de fato uma relação que toma os bens da vida como não próprios, como inapropriáveis e comuns. Essa exigência faz com que o uso não seja definido apenas negativamente a respeito do direito, mas que possua uma lógica própria de uma operação prática objetivamente determinada. Agamben com isso pretende insistir que a práxis adotada incide sobre as condições de existência histórica da forma, fazendo dessa práxis um instrumento mais importante do que qualquer conflito formal⁴⁶⁰. O autor coloca que esse é um dos pontos em que fracassa a tentativa dos franciscanos, que terminaram por caracterizar o uso mediante um conflito formal negativo⁴⁶¹ sem pensar a práxis constitutiva que corresponda a esse exercício de fato e de suas consequências, mas que nos deixa como legado legítimo a necessidade de se pensar para além disso. Para Agamben, o mais importante nesse processo é realmente: “a ideia de abrir uma zona de vida comunal que faz o uso, mas não tem o direito, e que não pede para tal [...]. Esse problema pode ser dito como sendo puramente político, ou ao menos comunal”⁴⁶².

⁴⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Altissima Povertà*. Op. Cit. p.156-157.

⁴⁶¹ *Ibidem* p.177

⁴⁶² SMITH, Jason. *I am sure that you are more pessimistic than i am': An interview with Giorgio Agamben*. Op. Cit. p.119. Tradução livre.