

Introdução

Nossa inscrição no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUC-Rio, teve como ponto de partida algumas conclusões que nos foram possíveis em nosso trabalho de dissertação apresentado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Na dissertação, intitulada “*A Função Social da Propriedade e o Crime de Esbulho Possessório*”, concluímos que, a partir do tipo penal em questão e de sua relação com a propriedade, o poder se reveste de uma aparência de legalidade para agir de acordo com interesses que existem e se impõe *para além do direito*. Mais do que isso, na dissertação percebemos a insuficiência da Constituição para controlar a violência utilizada para garantir a propriedade. Essa violência, apesar da Constituição, foi ponto de maior inquietação e que nos levou ao desejo de aprofundar a pesquisa sobre a relação de tensão entre Poder e Constituição.

Após a pesquisa, apresentamos ao leitor a sistematização sobre Estado, Estado de Direito e o Paradigma Constitucional. Há muito se discute a relação entre estado de natureza e estado civil; civilização e barbárie; normalidade e exceção. O que impulsionou a presente tese foi a análise da real existência destes binômios e como se processam estes momentos de transição ou ruptura. O surgimento do Estado é tido pela história tradicional como uma evolução da civilização, sobretudo, o Estado Democrático de Direito.

De acordo com Saint-Bonnet¹ *l'idée de necessite est toutes les epoques et tous les régimes*. A necessidade colocada pelo autor seria um fato que mata a norma, a normalidade. “A exceção confirma a regra” é um adágio popular que vez ou outra utilizamos diante de uma situação na qual a regra não pode dar conta. Esta expressão ligada ao senso comum pode aproximar-se facilmente de outras encontradas no direito romano (*necessitas legem non habet*), na máxima de Cícero (*salus populi suprema Lex esto*) ou mesmo de formas medievais (*ratio*

¹ SAINT-BONNET, François. *L'État d'Exception*. Paris: Léviathan, 2001.

necessitatis). Assim, desde a Antiguidade que o jurista se esforça para justificar a falha/brecha da “norma normal”. *L’exception est de tous temps. Elle est aussi de tous domaines juridiques*, arremata Saint-Bonnet.

Neste passo, muitos autores, ao detectarem práticas que fogem à normalidade constitucional, a denominam como de exceção. Entretanto, malgrado sob o título de excepcionais, não raras vezes tais práticas apresentam-se repetidamente. Este fato levou muitos autores a afirmarem que estaríamos diante de um novo paradigma constitucional.

A polícia e o bandido, o Estado e o Homem; tais binômios representariam a violência legitimada/institucionalizada de um lado contra a violência, por exemplo, do terrorismo. É preciso mudar esse discurso de cunho canônico, maniqueísta, da luta do bem contra o mal, de modo a surgir a verdadeira aposta, qual seja, aquela que visa uma modificação profunda na organização do poder.

O Estado de exceção *se insere na duração, na permanência*. Aparece, para alguns autores como uma nova forma de regime político² que tem como objetivo maior a própria defesa da democracia e dos direitos do homem. Em outras palavras, o cidadão deve estar pronto para, durante um longo período, renunciar às suas liberdades concretas a fim de manter a ordem democrática auto-proclamada e abstrata.

Nesse cenário, a complexa filosofia de Giorgio Agamben nos intima à compreensão da crise dos atuais modelos políticos-governamentais ligados a uma lógica de segurança orquestrada pelo medo, tendo como objetivo a desmascarada eliminação dos indesejáveis, dos marginalizados, dos não integrados. A compreensão desta crise pressupõe a superação do conceito tradicional de soberania e mesmo dos próprios conceitos de direito e poder. Quando confrontamos as acepções semânticas do termo vida e da relação desta com o poder soberano, sobretudo em uma sociedade biopolítica, emerge o cerne da obra agambeniana, a *vida nua*.

² Nesse sentido: PAYE, Jean-Claude. *La Fin de L’Etat de Droit*. Paris: La Dispute, 2004, p. 9.

Esta vida, como veremos, não é uma inauguração da modernidade, mas sim, do exercício do poder soberano, logo, podemos encontrá-la tanto na *pólis* e na *civitas*, assim como no totalitarismo moderno e até mesmo na ilusória democracia em que vivemos. Trata-se da vida matável e exposta à morte, fundada numa relação de *exclusão inclusiva*, isto é de *abandono*, que revela o verdadeiro vínculo social.

Para Agamben³, o que une vida e lei, violência e norma é, justamente, o *estado de exceção*. A norma aplica-se na exceção, desaplicando-se: a *força-de-lei* exercida no estado de exceção não põe, nem conserva o direito, mas o conserva, suspendendo-o e o põe executando-o. Uma figura na qual *factum* e *ius* tornam-se indissociáveis e *homines sacri* são produzidos a esmo. Um espaço no qual distinções clássicas como esquerda e direita, público e privado, perdem sua clareza e inteligibilidade. Essa abstração pode ser materializada em outra categoria trazida por Agamben, *o campo*. Este pode ser o de refugiados, o campo de concentração ou o campo existente hoje nas favelas, periferias, zonas cinzentas e ainda inominado, mas que reflete o paradigma da atualidade. Assim, vivemos na chamada era de exceção permanente.

Nesta era, algumas “anomalias” podem ser percebidas como as pesquisas de opinião realizadas nos Estados Unidos que indicam um número crescente de pessoas que estão dispostas a tolerar uma vigilância acirrada⁴, assim como concessões no que concernem os direitos que garantem sua vida privada, desde que, em contrapartida, lhes seja garantida segurança. Assim, explorar esse contexto de agigantamento do estado penal poderá descortinar as hipóteses que convertem o Estado de Exceção em mecanismo imbricado na realidade política, não raro, denotando a latência da exceção no Estado de Direito.

³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. Sao Paulo: Boitempo, 2004, pp. 61 e ss.

⁴ BORLAND, John et BOWMAN, Lisa. *Après le 11 Septembre: l'informatique au centre Du deal sécuritaire des États-Unis*. CENT News. Com, ZDNet.fr-Actualités, 6 setembro 2002.

1.1

A Hipótese

Iniciando nossa pesquisa, trabalhamos com a seguinte hipótese:

Ora, o soberano é aquele capaz de decidir quando a lei vale e quando a lei não vale, e, nessa alternativa não existe, como aqui se verá, uma relação de regra e exceção. Nesse sentido, a vida nua⁵ sempre estará presente ao lado da vida que se exerce sob a proteção da lei e os limites entre as mesmas, ou seja, estar num Estado de direito ou num Estado de vida nua não é algo que possa ser garantido apenas pelo direito, pelo contrário, o direito moderno, entendido como instrumento de dominação, além de não evitar que se viva uma vida nua para além da proteção do direito, sobretudo, fundamentalmente, ao mascarar a realidade, funciona como ideologia⁶ que tenta legitimar a opressão e a exclusão.

1.2

A Metodologia

Antes, deve-se fazer um esclarecimento basilar e simples quanto a questão do método e da metodologia. Temos, com Chizzotti que *o método seria como uma justificativa para o tipo de procedimento (quantitativo ou qualitativo) empregado na pesquisa, ao passo que a metodologia seria o conjunto de procedimentos utilizados para a realização de um estudo*⁷. O método⁸ que se empregou para a

⁵ “Os gregos não possuíam um termo único para exprimir o que nós queremos dizer com a palavra vida. Serviam-se de dois termos, semântica e morfológicamente distintos, ainda que reportáveis a um étimo comum: *zoé*, que exprimia o simples fato de viver comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) e *bíos*, que indicava a forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo.” Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. p.9

⁶ Ideologia aqui utilizada com o sentido possível no pensamento Marxiano, qual seja, o de ideologia como visão enganosa ou ilusão do real. Assim, ideologia assume aqui um sentido nitidamente pejorativo. Nesse sentido, cf. Löwy, Michael. *Ideologias e Ciências Sociais: elementos para uma análise marxista*. 16ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

⁷ CHIZZOTTI, A. *A Pesquisa Qualitativa em Ciências Humanas e Sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 16.

elaboração deste trabalho é eminentemente qualitativo, pois trabalhou com símbolos e valores não reduzíveis a números – variáveis quantitativas. Sobre a pesquisa qualitativa, prevê a doutrina:

O termo qualitativo prevê uma partilha densa com pessoas, fatos e locais que constituem objetos de pesquisa, para extrair desse convívio os significados visíveis e latentes que somente são perceptíveis a uma atenção sensível⁹.

Em outros autores encontramos:

Na pesquisa qualitativa questões e problemas para a pesquisa advêm de observações do mundo real, dilemas e questões. Elas são formuladas como hipóteses se-então [*se* variável independente, *então* variável dependente] variável da teoria¹⁰.

A metodologia, especificamente, foi aplicada às categorias de “estado de exceção” e “estado de direito” a partir de uma perspectiva crítica da relação entre Poder e Constituição.

Adotamos aqui a concepção de crítica como uma guia que nos conduz a uma atividade específica da razão, produtora de discernimentos e juízos. Na Escola de Frankfurt, a crítica aparece como “crítica da razão” relacionada com as finalidades técnicas, atrelada a dimensão essencial de denunciar abuso de poder e a função de contestação e desmistificação¹¹.

A crítica é tida no presente como um instrumento epistemológico, como intermediária entre o ceticismo e a dogmática¹². Trata-se de tentativa, pós-moderna, de reconstrução da ideia e da prática da transformação emancipatória nos referida por Boaventura de Souza Santos¹³. Com efeito, o desejo é da construção de um conhecimento-emancipação¹⁴, realçando o caráter ideológico do

⁸ FONSECA, M. G. P. da. *Iniciação à Pesquisa no Direito: Pelos caminhos do conhecimento e da inovação*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009.

⁹ CHIZZOTTI, A. *A Pesquisa Qualitativa em Ciências Humanas e Sociais*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 16

¹⁰ CLÉMENT, Elisabeth, et al. *Dicionário Prático de Filosofia*. Edição Original: Paris, Hatier, 1994. 2ª edição portuguesa: Terramar, Janeiro, 1999, p. 80.

¹² HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 43-44.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente vol. 1*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 29-33.

¹⁴ SANTOS, A *Crítica...* op. cit., p. 89 e 79.

Direito (e porque não do Estado de Direito), vinculando-o à política, como discurso legitimador do poder.

1.3

O objeto investigado

Giorgio Agamben, filósofo italiano, na introdução de seu *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*, menciona uma possível lacuna deixada por dois notáveis: Michel Foucault e Hanna Arendt. O primeiro não teria deslocado sua investigação a cerca da *importância da vida biológica e da saúde da nação como problema do poder soberano*¹⁵ para os campos de concentração e para os grandes estados totalitários, isto é, áreas fundamentais da biopolítica moderna; de outro lado, Arendt não teria estabelecido a conexão da biopolítica com suas análises do poder totalitário. Para o filósofo italiano¹⁶:

Que a pesquisa de Arendt tenha permanecido praticamente sem seguimento e que Foucault tenha podido abrir suas escavações sobre a biopolítica sem nenhuma referência a ela, é testemunho das dificuldades e resistências que o pensamento deveria superar nesse âmbito. E justamente a essas dificuldades devem-se provavelmente tanto o fato de que, em *The human condition*, a autora curiosamente não estabeleça nenhuma conexão com as penetrantes análises que precedentemente havia dedicado ao poder totalitário (das quais está ausente toda e qualquer perspectiva biopolítica), quanto à circunstância, também singular, de que Foucault jamais tenha deslocado a sua investigação para as áreas por excelência da biopolítica moderna: o campo de concentração e a estrutura dos grandes estados totalitários dos Novecentos.

Agamben, assim como outros autores¹⁷, afirmou que Foucault teria recusado a possibilidade ou a intencionalidade de ser reconhecido como o filósofo ou teórico do poder¹⁸. Assim, *se Foucault contesta a abordagem tradicional do problema do poder baseada exclusivamente em modelos jurídicos (o que legitima*

¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua* I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 11-12.

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua* I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 11-12.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 13

o poder?) ou em modelos institucionais (o que é o Estado?) e sugere liberar-se do privilégio teórico da soberania, sua análise de como o biopoder penetra no próprio corpo de seus sujeitos e em suas formas de vida, restou, segundo Agamben, incompleto¹⁹.

A seu turno, o trabalho de Arendt teria um limite: *a falta de qualquer perspectiva biopolítica²⁰*. É certo que Arendt percebeu e mostrou ao mundo o nexos entre o domínio totalitário e a condição particular da vida no campo de concentração ou dos laboratórios para experimentação. Entretanto, não pode perceber uma realidade inquietante proposta por Agamben, qual seja, *que o processo é, de alguma maneira, inverso, e que precisamente a radical transformação da política em espaço da vida nua (ou seja, em um campo) legitimou e tornou necessário o domínio total²¹*.

Da análise detida destes dois autores, à luz dos denominados limites²² entre os modelos jurídico e biopolítica, emerge a provocação de Agamben *in verbis*: (...) *a presente pesquisa concerne precisamente este oculto ponto de*

¹⁹ É importante frisar que Agamben deixa claro que Foucault iniciou tal trabalho. Nesse sentido, vide entrevista concedida à Folha de São Paulo em 18.05.2005. Disponível em [HTTP://www.geocities.com/vladimirsafatle/vladi081.htm?200722](http://www.geocities.com/vladimirsafatle/vladi081.htm?200722). Acessado em 22.10.2007. “Creio que Foucault tinha razão ao dizer que queria deixar de lado os ditos ‘universais’ (o Estado, a Lei, a Soberania, o Poder), a fim de analisar o processo concreto e os dispositivos que realizam as relações de poder. Desta forma, ao trabalhar sobre o estado de exceção, não se tratava para mim de responder a questões como: ‘O que é direito?’, ‘o que é o Estado?’, mas de procurar compreender o modo por meio do qual a máquina político-jurídica funciona. Ou seja, não parto de questões como: ‘O que é e o que não é legal?’, ou mesmo ‘o que é e o que não é justo?’, mas ‘como é possível desativar essa relação?’. Descobrir que o estado de exceção era, por assim dizer, o motor imóvel da máquina jurídica ocidental foi para mim muito instrutivo”.

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 125

²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 126

²² Nesse sentido: *A questão dos limites torna-se ainda mais urgente: se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional, as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se com a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito*. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

*intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítica de poder*²³.

Em outras palavras, Agamben propõe a aposta de reinterpretar institutos fundamentais do direito e da política, sob o manto de um novo terreno em que foram lançados os respectivos conceitos:

Somente em um horizonte biopolítico, de fato, será possível decidir se as categorias sobre cujas oposições fundou-se a política moderna (direita/esquerda; privado/público; absolutismo/democracia etc), e que se foram progressivamente esfumando a ponto de entrarem hoje numa verdadeira e própria zona de indiscernibilidade, deverão ser definitivamente abandonadas ou poderão eventualmente reencontrar o significado que naquele próprio horizonte haviam perdido²⁴

Esta tese posiciona-se, mais especificamente, nesta zona de intersecção, tal qual trazida por Agamben. Na forma da estrutura da exceção que, muito embora não tenha sido objeto de uma teoria no direito público²⁵, *emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se regra*²⁶. O que se busca examinar é, justamente, essa chamada “terra de ninguém”²⁷ que se situa entre a ordem jurídica e a vida que está no limite entre a política e o direito e deixa – embora possa parecer contraditório – às claras, na teoria agambeniana, o seu ponto de desequilíbrio e indiscernibilidade. Em outras palavras, examinaremos o híbrido entre o direito e o fato! Examinar em que momento a lei se relaciona com a vida por meio de sua própria suspensão, que é, segundo Agamben, o novo paradigma de governo.

²³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 126.

²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 12.

²⁵ Nesse sentido: *A contigüidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro Politische Theologie (Schmitt, 1922). Embora sua famosa definição do soberano como ‘aquele que decide sobre o estado de exceção’ tenha sido amplamente comentada e discutida, ainda hoje, contudo, falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma quaestio facti do que como um genuíno problema jurídico*. In: AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 11.

²⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a Vida Nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p 27.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12.

1.4

Objetivos, Atualidade e Limites

A presente tese pretende-se aos seguintes objetivos:

- a) Demonstrar que a teoria constitucional tradicional entende o Estado de Direito como o Estado onde o poder é exercido, em regra, dentro dos limites constitucionais e que sendo o exercício do poder dentro dos limites constitucionais a regra, a teoria constitucional tradicional entende que o poder exercido fora dos limites de uma Constituição constitui-se como desvio, corrupção e exceção;
- b) Demonstrar que o poder que se exerce dentro dos limites constitucionais convive com o poder que se exerce fora desses limites, sem que haja entre esses poderes uma relação de regra e exceção.
- c) Demonstrar que não existindo a relação acima citada, não há que se falar em Estado de exceção, ou mesmo, exceção permanente, pois a Constituição nunca conseguiu evitar o exercício de um poder cru sobre os “abandonados”²⁸ pela lei.
- d) Tendo em vista que os “abandonados” sofrem ordinariamente os efeitos do poder cru, demonstrar que o discurso do Estado de Direito serve como ideologia que mascara a realidade do exercício do poder que existe para além do direito e, com isso, dificulta o exercício de uma resistência que tem na política seu local de atualização.

A atualidade do tema é flagrante no sentido de que, se fixarmos como marco temporal os Atentados do 11 de Setembro nos Estados Unidos²⁹, veremos o

²⁸ Na concepção de Giorgio Agamben, o *bando* nasce na zona de exceção. Os abandonados, nesta perspectiva, não são aqueles que agem contrariamente às leis, mas aqueles que são excluídos pelas mesmas. Nesse sentido, vide: *Homo Sacer*, Expressão empregada por Giorgio Agamben em sua já citada obra, *Homo Sacer*. 2007, p. 115-117.

²⁹ É importante frisar que não ignoramos o fato de que “exceção”, afronta a direitos fundamentais, soberanos impondo vontades, são questões que se misturam com a própria existência da sociedade. Tanto é verdade que um dos maiores teóricos da exceção, Carl Schmitt, desenvolveu sua teoria no final da década de 30, no Estado alemão, bem antes que os atentados do 11 de Setembro.

açodamento de textos, manifestações e, sobretudo, flagrantes violações aos direitos e garantias fundamentais, tudo em nome da proteção dos mesmos e do Estado de Direito. Uma luta maniqueísta contra o terrorismo, o inimigo abstrato, nos Estados Unidos. Do outro lado das Américas, no Brasil, as incursões para a “pacificação” de áreas definidas como para o tráfico de drogas.

Entretanto, cabe ressaltar de pronto ao leitor que estas referências postas somente a título de meros exemplos, logo, outros institutos e práticas poderiam ser citadas. Estas foram eleitas exclusivamente para demonstrarmos que há uma percepção difusa no sentido que convivemos sob uma nova técnica de governo sob as vestes de um Estado de Direito.

Alerte-se também que não pretendemos aplicar *ipisis litteris* o pensamento de Giorgio Agamben à ordem jurídica ou realidade brasileiras, uma vez que tal intento demandaria análises outras que não são o foco de nossa pesquisa. Em outras palavras, pensamos que a tese se justifica menos para qualificar este ou aquele país como sob o domínio do estado de exceção agambeniano, mas, mais para questionarmos as práticas instituintes excepcionais que “convivem” no seio do Estado de Direito.

1.5

Estrutura da Tese

O pressuposto para a elaboração desta tese foi a ideia do Estado de Exceção. Para tanto, a presente tese comporta seis capítulos.

Entretanto, no que tange à academia, este tema ganhou substancial destaque a partir dos atentados, nesse sentido é o posicionamento do Ministro Eros Grau: *É realmente curioso que o tema da exceção não tenha exercido fascínio sobre os nossos juristas, o que há de ser atribuído ao prestígio que assumiu entre nós, desde o século passado, o pensamento kelseniano. Carl Schmitt, aliás, com indisfarçável ponta de ironia, observa ser natural que um neo-kantiano como Kelsen não saiba, por definição, o que fazer com a situação excepcional.* GRAU, Eros Roberto. *In Teologia Política*. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey Internacional, 2006, p. XIII.

O segundo capítulo trata do Estado do Direito, o surgimento de tal modelo e os paradigmas deste Estado que persistiram na atualidade em países como a França, Itália, Alemanha, Inglaterra e mesmo nos Estados Unidos da América. No terceiro capítulo, de forma bastante rápida fazemos alguns apontamentos sobre a vida e o corpo, porque? Estas se manifestam, se projetam no Estado e é sobre estes dois “institutos” que paira o poder. Prosseguindo na abordagem, apresentamos as aporias que rondam os indissociáveis institutos do Poder e da Soberania, para no capítulo final, depois de levantados todos os conceitos pertinentes à pesquisa, enfrentarmos a hipótese central da tese.