

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Macell Cunha Leitão

**A ambiguidade da luta pelo direito no Brasil: um estudo a
partir de Franz Neumann e Giorgio Agamben**

Tese submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para obtenção do grau
de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine
Nicolazzi Philippi.

Florianópolis

2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Leitão, Macell Cunha

A ambiguidade da luta pelo direito no Brasil :
um estudo a partir de Franz Neumann e Giorgio
Agamben / Macell Cunha Leitão ; orientador, Jeanine
Nicolazzi Philippi, 2018.
338 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Luta pelo direito. 3. Brasil. 4.
Franz Neumann . 5. Giorgio Agamben. I. Philippi,
Jeanine Nicolazzi. II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Macell Cunha Leitão

**A AMBIGUIDADE DA LUTA PELO DIREITO NO BRASIL: UM
ESTUDO A PARTIR DE FRANZ NEUMANN E GIORGIO
AGAMBEN**

Esta Tese foi julgada aprovada para obtenção do Título de Doutor em Direito, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 09 de março de 2018.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi

Universidade Federal de Santa Catarina – Orientadora

Prof. Dr. José Rodrigo Rodriguez

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Prof. Dr. Vinícius Nicastro Honesko

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Sergio Roberto Lema

Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina

Prof. Dr. Santiago Pich

Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Marcel Soares de Souza

Universidade Federal de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

À Paloma Vanessa Coelho Campos, minha fonte diária de força e de alegria, por tudo que temos vivido juntos, que faz dessa travessia um dos nossos momentos compartilhados.

Aos meus pais, pelo apoio inestimável desde o primeiro momento, aos meus irmãos e sobrinhos, a parte mais alegre e descontraída de mim, bem como aos meus amigos, por estarem sempre comigo. Agradeço em especial à minha avó Socorro Leitão, por me fazer acreditar na beleza da vida.

À professora Jeanine Nicolazzi Philippi, cujo rigor intelectual e implicação subjetiva me colocaram questões que ressoam na minha forma de pensar a realidade. Obrigado também pelo apoio e pela confiança nos momentos decisivos.

Aos professores que ofertaram disciplinas nos Programas de Pós-Graduação em Direito, Sociologia Política e Interdisciplinar em Ciências Humanas: além da minha orientadora, Antônio Carlos Wolkmer, Thaís Luzia Colaço, Jacques Mick, Santiago Pich e Selvino José Assmann. Agradeço de maneira específica à professora Vera Regina Pereira de Andrade pelo modo afetuoso com que nos inspira à resistência diante de um mundo tão violento.

Aos professores que aceitaram dialogar nas diferentes

fases desta pesquisa: Denilson Luís Werle, Edmundo Lima de Arruda Júnior, Selvino José Assmann, Alessandro Pinzani, Marcel Soares de Souza, Sergio Roberto Lema, Santiago Pich, José Rodrigo Rodriguez e Vinícius Nicastro Honesko.

Ao professor Selvino José Assmann, exemplo raro de sabedoria e de generosidade intelectual. Sua partida tornou um pouco triste o estudo de Giorgio Agamben.

Aos amigos Walter Marquazan Augusto e Rafael Caetano Cherobin, interlocutores constantes deste trabalho, pela amizade sincera que temos construído a partir e além do interesse pela política e pela cultura.

Ao Erasmo Benício Santos de Moraes Trindade, por ter feito da minha vida na Ilha de Florianópolis mais familiar.

Aos amigos da turma de doutorado, pelo companheirismo e pelo incentivo mútuo em todos os momentos do curso: Gabriela de Moraes Kyrillos, Adailton Pires Costa, Helena Schiessl Cardoso e Danielle Maria Espezim dos Santos.

Aos demais colegas do PPGD/UFSC, do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito, da Revista Captura Crítica e da Escola Brasileira de Psicanálise, os quais recorro nos nomes de amigos fundamentais na minha trajetória, que me são muito saudosos: Elton Fogaça da Costa, Luana Renostro Heinen, Renata Rodrigues Ramos, Danilo Christiano Antunes Meira e José Alexandre Ricciardi Sbizzera.

Aos estudantes de graduação da UFSC, pelos convites para participar de suas atividades, aqui representados pelo PET/Direito, pelo CAXIF e pela Revista Avant.

À Capes, pelos dois anos de bolsa de estudos.

Aos amigos com quem nutro o desejo em comum de entender e de transformar a realidade e que são partes fundamentais dessa história: Gilberto Carvalho Guerra Pedrosa Ribeiro, Lucas Vieira Barros de Andrade, Glaucia Stela Neves Tavares, João Pedro Pacheco Chaves, Pablo Camarço de Oliveira, José Nunes de Cerqueira Neto, Nayara Barros de Sousa e Gabriela Barretto de Sá.

À Andreia Marreiro Barbosa, por esta primeira década de intensa parceria na construção da utopia de uma docência emancipatória.

À Nina Nunes Rodrigues Cunha e ao André Melo Batista da Rocha, por dividirem comigo e com a Paloma os melhores e os piores momentos desses tempos.

À Camila Virgínia Rocha Pacheco, pela leitura atenciosa do texto.

Aos professores e amigos Nelson Juliano Cardoso Matos e Maria Sueli Rodrigues de Sousa, pelos conselhos e incentivos que recebi durante meu período como professor substituto da Universidade Federal do Piauí.

Por fim, aos estudantes, o sentido desse percurso. Obrigado pela acolhida afetuosa e pelos diálogos interessados que marcaram um dos melhores momentos da minha busca por uma forma-de-vida.

Para minha avó Ailda Cunha,
com amor e saudade.

RESUMO

Diante do intenso processo de juridificação das lutas sociais no Brasil, a presente tese tem o objetivo de estudar os limites e possibilidades da ação política através do Estado de direito. Na busca por um modelo alternativo às teorias jurídicas nacionais, em suas matrizes liberal e marxista, procuramos identificar os potenciais regressivos e emancipatórios da forma direito no contemporâneo por meio da leitura de Franz Neumann e Giorgio Agamben. Considerando que o processo de modernização vivenciado na periferia do capitalismo configura o abandono de amplos segmentos populacionais dos pressupostos necessários para o ambiente concorrencial instaurado no país, o argumento central do trabalho aponta para uma ambiguidade da luta pelo direito no Brasil, pois se, por um lado, o Estado brasileiro constitui um dispositivo biopolítico que, em sua lógica de exceção, autoriza a destruição das formas de vida que não interessam ao progresso do capitalismo, por outro, a possibilidade de transformação imanente da ordem jurídica pelas forças sociais permite a resistência desses banidos, sobretudo em tempos de hegemonia da razão neoliberal. Em face desse paradoxo, propomos a reflexão sobre a potencialidade de uma ação política entre forma-direito e forma-de-vida. A implicação básica desse estudo consiste em entrever a superação da dicotomia que encara o Estado de direito ora como uma necessidade, ora como algo a ser suprimido, de modo que ao assinalar limites ao funcionamento do sistema jurídico seja possível abri-lo a um novo uso.

Palavras-chave: Direito. Luta pelo direito. Brasil. Franz Neumann. Giorgio Agamben.

ABSTRACT

In view of the intense juridification process of social struggles in Brazil, this thesis aims to study the limits and possibilities of political action through the rule of law. In the search for an alternative model to the national legal theories, in their liberal and marxist matrices, we search for identifying the regressive and emancipatory potentials of the legal form in the contemporary through the reading of Franz Neumann and Giorgio Agamben. Considering that the process of modernization experienced in the periphery of capitalism configures the abandonment of broad segments of the population of the necessary presuppositions for the competitive environment established in the country, the central argument of the work points to an ambiguity of the struggle for law in Brazil, because if, in one hand, the Brazilian State constitutes a biopolitical device that, in its logic of exception, authorizes the destruction of forms of life that do not matter to the progress of capitalism, on the other hand, the possibility of immanent transformation of the legal order by social forces allows the resistance of these banished, especially in times of hegemony of neoliberal reason. In view of this paradox, we propose the reflection about the potentiality of a political action between legal-form and form-of-life. The basic implication of this study consists in glimpsing the overcoming of the dichotomy that faces the rule of law as either a necessity or something to be suppressed, in order that by pointing out limits to the functioning of the legal system it is possible to open it to a new usage.

Keywords: Law. Struggle for law. Brazil. Franz Neumann. Giorgio Agamben.

RESUMEN

Ante el intenso proceso de juridificación de las luchas sociales en Brasil, la presente tesis tiene el objetivo de estudiar los límites y posibilidades de la acción política a través del Estado de derecho. En la búsqueda de un modelo alternativo a las teorías jurídicas nacionales, en sus matrices liberal y marxista, procuramos identificar los potenciales regresivos y emancipatorios de la forma derecho en el contemporáneo por medio de la lectura de Franz Neumann y Giorgio Agamben. Considerando que el proceso de modernización vivido en la periferia del capitalismo configura el abandono de amplios segmentos poblacionales de los supuestos necesarios para la sociedad de la competencia instaurado en el país, el argumento central del trabajo apunta a una ambigüedad de la lucha por el derecho en Brasil, pues si, por un lado, el Estado brasileño constituye un dispositivo biopolítico que, en su lógica de excepción, autoriza la destrucción de las formas de vida que no interesan al progreso del capitalismo, por otro, la posibilidad de transformación inmanente del orden jurídica por las fuerzas sociales permite la resistencia de estos banidos, en especial en tiempos de hegemonía de la razón neoliberal. En vista de esta paradoja, proponemos la reflexión sobre la potencialidad de una acción política entre forma-derecho y forma-de-vida. La implicación básica de este estudio consiste en entrever la superación de la dicotomía que encara al Estado de derecho por veces como una necesidad, por otras como algo a ser suprimido, de modo que al señalar límites al funcionamiento del sistema jurídico sea posible abrirlo a un nuevo uso.

Palabras clave: Derecho. Lucha por el derecho. Brasil. Franz Neumann. Giorgio Agamben.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
PARTE I – LUTA PELO DIREITO NO BRASIL	27
1. Forma jurídica liberal: excesso, técnica e exceção.....	28
2. A disputa sobre a função do direito no Brasil.....	48
3. O sistema jurídico na periferia da sociedade neoliberal.....	81
PARTE II – DIREITO E EMANCIPAÇÃO EM FRANZ NEUMANN	103
4. O socialismo na imanência das instituições jurídicas.....	104
5. Racionalidade emancipatória da forma direito.....	123
6. Política, forma-direito e subjetividade.....	161
PARTE III – DIREITO E EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN	187
7. A crítica biopolítica ao direito.....	187
8. O funcionamento da máquina político-jurídica.....	207
9. Potência em comum e forma-de-vida.....	238
PARTE FINAL – ENTRE FORMA-DIREITO E FORMA-DE-VIDA	267
10. A ambiguidade da luta pelo direito no Brasil.....	270
CONCLUSÃO	305
REFERÊNCIAS	317

INTRODUÇÃO

“Toda a *política* das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de *juridificações*”.

Parafraseando as primeiras linhas de duas obras clássicas sobre a sociabilidade capitalista – *O capital*, de Karl Marx, e *A sociedade do espetáculo*, de Guy Debord –,¹ a presente tese indica seu objetivo de estudar os limites e as possibilidades da ação política através do Estado de direito. Com base na ideia de que a teoria do direito elaborada no Brasil deve se voltar para as especificidades da forma direito² na periferia, procuramos construir uma inteligibilidade para a luta pelo direito em vista à emancipação humana. Desse modo, ao invés da indagação tantas vezes insípida sobre o que é o direito, procuramos compreender o funcionamento³ do nosso sistema jurídico com o propósito de pensar o seguinte questionamento: *Quais os potenciais regressivos e emancipatórios da forma direito no contemporâneo?*

A escolha desse tema de pesquisa se justifica em virtude de um processo significativo de juridificação das demandas sociais. Os procedimentos jurídicos ocupam um lugar de destaque naquilo que restou da política no contemporâneo, compondo desde a estratégia de segmentos com pretensões autoritárias – que clamam por uma intervenção militar constitucional –, até a ação

¹ MARX, 2013, p. 113, DEBORD, 1997, p. 13.

² Conforme será debatido de maneira específica a partir de Franz Neumann, o conceito de “forma direito” no presente trabalho remete a um tipo específico de Estado soberano que reconhece de maneira imanente às suas instituições uma esfera de liberdade frente ao aparato coercitivo estatal. Em outras palavras, o Estado que adota a forma direito estabelece uma tensão interna entre soberania e liberdade, poder e direitos humanos.

³ A proposta de substituir o questionamento sobre o “o que é o direito” ou “o que é o Estado” para compreender o funcionamento daquilo que denomina de “máquina político-jurídica” é de AGAMBEN, 2005c.

política dos movimentos sociais por direitos humanos que, identificando-se como sujeitos constitucionais, juridificam suas lutas por maior igualdade de classe, gênero e raça.⁴ Através do Parlamento ou do Judiciário, na disputa eleitoral pela agenda administrativa do Estado, ou apenas reivindicando publicamente a legitimidade de suas interpretações dos dispositivos constitucionais, as diferentes lutas sociais se dão cada vez mais *dentro e a partir* do direito e não *fora ou contra* ele.⁵

O apelo sem limites às formas jurídico-estatais ocorre em um momento histórico em que o Estado-nação enfrenta um declínio nas suas possibilidades de regulação social. As deliberações tomadas no espaço público perdem força perante instâncias de decisão globais controladas por organizações multilaterais e grandes conglomerados empresariais, descaracterizando o próprio regime jurídico de matriz liberal instituído com base na tríade soberania, povo e território.⁶ Esse paradoxo se revela de tal maneira crucial que, enquanto a imaginação política dos movimentos sociais opera cada vez mais no sentido de promover a luta pelo direito, uma agência privada de classificação de risco exerce um poder direto sobre o destino de massas populacionais que não possuem qualquer influência sobre suas decisões supostamente técnicas.⁷

Desse modo, a centralidade do direito nas nossas vidas ocorre em um momento de indeterminação entre o público e o privado. À submissão do espaço público aos interesses privados de uma minoria corresponde a proliferação de dispositivos que governam os gestos, os afetos e os pensamentos dos seres viventes, massificando as formas de vida existentes. O Estado de direito – legitimado teoricamente através de procedimentos que possibilitariam a formação de uma vontade democrática – se

⁴ Sobre a construção da identidade do sujeito constitucional, ver ROSENFELD, 2004.

⁵ RODRIGUEZ, 2009, p. XXI-XXII.

⁶ FARIA, 2008, p. 49.

⁷ Sobre os usos do direito para solução de problemas nacionais, conferir RODRIGUEZ, 2012a.

transforma a cada dia mais em um Estado securitário em que razões de segurança impõem como necessidade o controle e a vigilância até mesmo dos aspectos biológicos de homens e cidadãos. Na contraface desse processo, e seduzidos pelo espetáculo da produção e do consumo, os sujeitos políticos rendem-se como nunca ao império da passividade moderna.⁸

É equivocado, portanto, enxergar na sociedade neoliberal um simples processo de concentração da riqueza e de poder em escala global que esgarça a institucionalidade de nossos Estados de direito. O aumento brutal da desigualdade não seria possível sem que o poder tivesse afetado as formas mesmo de ser-si e de estar junto na contemporaneidade, de modo que a razão neoliberal consome exatamente o sujeito que, pelo menos desde a modernidade, teria evocado para si a responsabilidade pela criação dos interditos que possibilitam a emergência de uma comunidade humana. A crise de legalidade e de legitimidade de nossas democracias liberais manifesta uma situação histórica em que a lei – significando com este termo o inteiro texto da tradição em seu aspecto regulador – vigora como puro nada da revelação.⁹

Essas condições objetivas e subjetivas incidem de maneira específica na periferia do capitalismo. A modernidade central se desenvolveu com base em uma generalização para todos os segmentos sociais do tipo de personalidade e de economia emocional adequados aos valores de um Estado racional centralizado e de um mercado competitivo. Apesar da divisão de classes, nos países centrais as “ideias” modernas são anteriores às “práticas”, garantindo um mínimo de igualdade para o ambiente concorrencial capitalista. Gestado como um “moinho de gastar gente” para produzir lucros exportáveis para o mercado mundial, o processo de modernização no Brasil deixou parcelas

⁸ AGAMBEN, 2010a, p. 16. AGAMBEN, 2014f. AGAMBEN, 2014e, p. 37. DEBORD, 1997, p. 17.

⁹ DUFOUR, 2005, p. 24. COMITÉ INVISÍVEL, 2016, p. 37. PHILIPPI, 2001b, p. 54. AGAMBEN, 2015c. AGAMBEN, 2010a, p. 57. Agamben retira a expressão “puro nada da revelação” de uma carta de Scholem a Benjamin sobre o estado na lei no romance de Kafka.

significativas da população sem acesso aos pressupostos psicossociais necessários para exercício de uma cidadania formal.¹⁰

Uma massa populacional significativa no Brasil está à margem das condições até mesmo para ser explorada no mercado formal de trabalho. Tais brasileiros, reduzidos às suas necessidades biológicas elementares, não podem efetivamente integrar o espaço público. Para lidar com essa fratura biopolítica em que determinado povo não pode ser incluído no corpo político do qual faz parte, o Estado brasileiro age necessariamente suspendendo as leis em vigor e, assim, colocando os subcidadãos literalmente fora da lei.¹¹ Nesse sentido, em comparação com as instituições dos países centrais existe, ao mesmo tempo, uma diferença quantitativa e qualitativa. Não apenas a parcela dos que são incluídos, na forma de sua exclusão, é significativamente maior, quanto as instituições modernas não possuem enraizamento no tecido social. Portanto, para além da ideia de que estamos vivenciando uma crise do Estado do direito, precisamos considerar que nunca tivemos um Estado liberal pautado na noção de legalidade.

Diante dessa problemática nos interessa pensar o significado de agir politicamente através do Estado de direito. No caso do nosso estudo – desenvolvido com mais especificidade no campo da teoria do direito em diálogo com a filosofia política e a sociologia da modernidade periférica – trata-se, sobretudo, de elucidar o funcionamento do sistema jurídico liberal, permitindo que as forças políticas com pretensões emancipatórias possam reconhecer os limites e possibilidades envolvidos na juridificação das demandas sociais.

De maneira sistemática e inevitavelmente simplificadora podemos dizer que, hoje, duas matrizes teóricas rivalizam na interpretação do sistema jurídico moderno. Um viés liberal que, predominantemente com base na ideia de contrato, concebe o

¹⁰ SOUZA, 2012, p. 96-98/129. RIBEIRO, 2006, p. 94-95.

¹¹ VASCONCELLOS, 2015, p. 133. AGAMBEN, 2015e, p. 37.

direito como a renúncia ao uso privado da força em nome da constituição de uma ordem civil, necessária para assegurar a igualdade e a liberdade de todos os homens e cidadãos. Em oposição a certa abordagem marxista que, entendendo o direito como ideologia, compreende que sua forma consiste em um instrumento de legitimação do domínio exercido pela classe burguesa na sociedade capitalista. Trazidas para o debate sobre a forma direito na periferia, essas tendências podem ser identificadas, respectivamente, nas teorias de Marcelo Neves e de Alysson Mascaro.

No âmbito da ação política, essas perspectivas se desenvolvem em sentido relativamente oposto. Enquanto a perspectiva liberal de Neves entende o acoplamento estrutural entre política e direito como necessário a uma sociedade moderna hipercomplexa e plural em que os subsistemas sociais se reproduzem com base em seus códigos próprios, a teoria marxista de Mascaro defende que a vinculação ontogenética entre o direito e o capitalismo faz com que toda ação política dentro do Estado esteja sobredeterminada para a reprodução do capital. À necessidade de uso do direito liberal corresponde, no extremo inverso, o dever de lutar contra ele.

Visando pensar uma alternativa metodológica para essa dicotomia – que nos permita fundamentar um pensamento sobre a forma direito no Brasil – tomamos por base dois sistemas teóricos antitéticos que, a seus modos, criticam os modelos explicativos tradicionais: a teoria crítica do direito de Franz Neumann e o pensamento biopolítico de Giorgio Agamben.

A escolha por esses autores não implica em fazer uma leitura harmônica entre eles, haja vista a existência de diferenças radicais de contexto histórico, pressupostos teóricos e conclusões acerca do sistema jurídico. Apesar das dificuldades inerentes a esse tipo de estudo, acreditamos que constituir uma tensão entre duas perspectivas dissonantes sobre as possibilidades de emancipação através do direito nos possibilita escapar às parcialidades e distorções de pesquisas que aceitam de partida um único modelo como verdadeiro. A elaboração de um diálogo

Neumann-Agamben contribui para pensarmos tanto o argumento de que a forma jurídica liberal, criada originalmente para atender aos interesses da burguesia, abre um espaço necessário para a emancipação humana, quanto a tese de que a constituição de um ordenamento jurídico institui necessariamente um limiar de indistinção entre violência e direito. Considerando que ambos os marcos compartilham o compromisso ético com a construção de uma sociedade sem classes, essa escolha revela o esforço teórico de tensionar, em um mesmo estudo, a relação entre o direito e sua exceção, os potenciais emancipatórios e regressivos do Estado de direito.

De um ponto de vista que nos permite pensar as possibilidades de emancipação através da forma direito, Neumann se volta contra a articulação corrente dentro da tradição marxista entre o direito moderno e a classe burguesa. De acordo com o seu pensamento, a existência de mecanismos que permitem a transmissão da vontade da sociedade para os centros de poder confere ao direito um sentido ético que transcende os interesses concretos que lhe deram origem. Ao configurar uma tensão interna entre soberania e direitos, o Estado de direito assegura um mínimo de liberdade para que os movimentos sociais possam estabelecer as regras e as instituições que irão regular a coexistência das diferentes formas de vida. Desse modo, em sociedades materialmente desiguais, a forma direito contribui necessariamente para a desintegração do *status quo*.

Por outra via, pensando os limites da emancipação através do direito, Agamben argumenta que o regime democrático-espetacular disseminado em escala global oculta o traço de continuidade existente entre o Estado de direito e o estado de exceção. Não se trata de ignorar as óbvias diferenças entre democracia e autoritarismo, mas de perceber que, exatamente no momento histórico em que a proteção jurídica à vida humana atinge o seu apogeu, proliferam os mecanismos que a submetem radicalmente aos cálculos do poder estatal. Ao contrário do que pressupõe o pensamento liberal, o pacto social que institui o Estado de direito não rompe com a relação de exceção enquanto

estrutura originária da tradição política ocidental, pois o poder biopolítico permanece capturando a existência biológica daqueles que aparentemente estão fora da lei. As aparentes “disfuncionalidades” do sistema jurídico – que os juristas acreditam poder resolver com a ampliação progressiva dos direitos humanos – representam o próprio giro da máquina político-jurídica em sua lógica biopolítica de dar forma à vida de um povo.

Utilizando essas categorias como ponto de partida para pensar a nossa realidade, a tese aqui defendida procura apontar a ambiguidade da luta pelo direito.

A modernização periférica vivenciada no Brasil caracteriza um processo violento de *abandono* de amplos segmentos sociais. O funcionamento do Estado brasileiro traça um limiar de indistinção entre o dentro e fora das normas jurídicas, constituindo um dispositivo que autoriza a destruição das formas de vida que não interessam ao progresso do capitalismo. O Estado de direito instituído na Constituição de 1988 não impede a reprodução dessa lógica, pois o sistema jurídico conserva estruturalmente a possibilidade de suspensão soberana dos direitos para aplicação da força de lei (sem lei). Contudo, sobretudo em tempos de hegemonia da razão neoliberal, a possibilidade de transformação imanente da ordem jurídica pelas forças sociais atua paradoxalmente como fator de resistência dos *banidos* pelo Estado no capitalismo. A forma-direito assegura, nesse caso, a possibilidade de criação de instituições que assegurem determinado grau de inserção econômica e social frente ao domínio absoluto do capital e um mínimo de liberdade para que os movimentos sociais possam se articular politicamente na transformação da sociedade.

Diante dessa ambiguidade da luta pelo direito propomos uma reflexão sobre as possibilidades de uma ação política diante do Estado de direito que reconheça, a uma só vez, seus potenciais regressivos e emancipatórios. Considerando o que Agamben

denomina de *forma-de-vida*, a criação de vidas inseparáveis de suas formas que joguem no viver o seu próprio modo de vida, procuramos pensar as possibilidades de uma política não estatal em que singularidades quaisquer possam constituir vínculos sem qualquer condição representável de pertencimento. Em síntese, consideramos que, no contexto brasileiro, o Estado de direito seja muito e pouco ao mesmo tempo e, desse modo, que ação política pode ser pensada na tensão dialética que se constitui *entre* forma-direito e forma-de-vida.

Nosso argumento recusa, portanto, a lógica dicotômica que institui a alternativa drástica “ou A ou B”. Contra a lei do terceiro excluído, e tampouco sem a pretensão de compor uma síntese superior, o *entre* do enunciado acima deve ser entendido como um campo de força percorrido por tensões polares. Agamben chama de *tertium comparationis* a iniciativa de tornar indiscerníveis os termos da disputa.¹² Acreditamos que reconhecendo a ambiguidade própria ao direito seja possível escapar à bipolaridade que o encara ora como uma necessidade, ora como algo a ser suprimido. Assim, diante do apelo excessivo dirigido às instituições jurídicas, esperamos que esse esforço intelectual possa entrever uma teoria do limite do direito, abrindo-o para um novo uso possível.

Para elaboração desse raciocínio, o presente estudo possui a seguinte estrutura.

A Parte I, *Luta pelo direito no Brasil*, se desenvolve ao modo de uma revisão de literatura sobre o tema. Nela apresentamos as razões que justificam a forma direito na tradição política ocidental e sua interpretação em duas perspectivas da teoria jurídica nacional: a liberal na teoria jurídica de Marcelo Neves e a marxista na teoria do Estado de Alysson Mascaro. Procuramos identificar como esses autores criticam o funcionamento do sistema jurídico no Brasil e, por conseguinte, por que suas perspectivas nos parecem insuficientes para

¹² AGAMBEN, 2010c, p. 25-26.

fundamentar uma interpretação sobre a luta pelo direito em um país de modernidade periférica em tempos de neoliberalismo.

A Parte II, *Direito e emancipação em Franz Neumann*, prolonga o debate com a crítica marxista ao Estado no Brasil que enxerga nele uma ideologia que oculta a dominação de uma classe sobre a outra. A proposta é demonstrar as razões que levaram o teórico alemão a apontar que o direito liberal transcende os interesses da burguesia. Nesse momento do estudo procuramos entender em que medida o direito exerce um papel decisivo nas relações sociais e de que maneira a tensão instaurada pela forma direito entre soberania e liberdade assegura um mínimo de liberdade para que a emancipação possa ser construída pelos sujeitos políticos.

A Parte III, *Direito e exceção em Giorgio Agamben*, dá continuidade ao debate com a perspectiva liberal do direito brasileiro. Diante da insuficiência da crítica marxista ao Estado desenvolvida no momento anterior, a proposta é demonstrar que a biopolítica apresenta parâmetros sólidos para analisarmos a lógica do contrato social implícita na forma direito. Nesse momento procuramos desvelar o excesso e a exceção constitutivos ao funcionamento da máquina político-jurídica e, desse modo, a importância de pensarmos na possibilidade de novas formas-de-vida para além das instituições jurídicas.

Por fim, na Parte Final, *Entre forma-direito e forma-de-vida*, as reflexões de Neumann e de Agamben são utilizadas para pensar, a um só tempo, os potenciais regressivos e emancipatórios do nosso Estado de direito para além das matrizes liberal e marxista. Após uma análise preliminar sobre o regime de funcionamento do sistema jurídico em si, procuramos enunciar as razões que fundamentam o argumento de que existe uma ambiguidade da luta pelo direito no Brasil. Desse modo, procuramos pensar em que medida a ação política dos sujeitos políticos com pretensões emancipatórias pode se desenvolver entre forma-direito e forma-de-vida.

PARTE I – LUTA PELO DIREITO NO BRASIL

Para podermos pensar os limites e as possibilidades da luta pelo direito na emancipação política, econômica e cultural da sociedade brasileira, é preciso partir de uma compreensão sobre como algumas teorias jurídicas clássicas justificam o modelo que pretende estruturar seu modo de funcionamento: o discurso do Estado de direito. O esforço da teoria jurídica em identificar o fenômeno jurídico independente de determinada ordem jurídica em especial tem a sua utilidade, mas não serve aos nossos propósitos, pois a centralidade que o direito tem adquirido nas disputas políticas no Brasil se deve, antes de tudo, ao fato da Constituição ter estabelecido determinada forma ao processo de juridificação das demandas sociais.¹³ Portanto, são as ideias que justificam a forma direito que precisamos entender inicialmente.

Apesar da teoria jurídica elaborada em nosso país raramente tematizar de maneira central o funcionamento do sistema jurídico no Brasil – que é o objeto de interesse do presente estudo – o presente capítulo se constitui nos moldes de uma revisão de literatura.¹⁴ Nele procuraremos interpretar as

¹³ A importância de uma teoria da norma jurídica, que identifique a existência de um ordenamento jurídico válido independente das questões filosóficas de legitimidade, pode ser sustentada também de um ponto de vista marxista. De acordo com o jurista Oscar Correias, até mesmo a decisão kelseniana de fundar uma teoria pura é fundamentalmente política, na medida em que “la ideología jurídica no debe seguir haciendo pasar por ciencia, y por tanto ocultando bajo el prestigio de ésta, lo que no es más que el intento de justificar el poder ejercido por ‘alguien’ que no desea confesar que lo hace. La razón para fundar una ciencia pura del derecho no consiste en justificar todo poder, sino en lo contrario: despojar de toda justificación ‘científica’ a cualquier poder”. (CORREAS, 1989, p. 28)

¹⁴ Esse apontamento sobre as pretensões intelectuais da teoria do direito elaborada no Brasil deve ser lido, ao menos momentaneamente, em um sentido descritivo. Conforme ensina Enrique Haba, a teoria jurídica está voltada atualmente para duas ordens de questões: “1) Ella se esfuerza por sacar a luz

razões da forma direito nas atuais democracias liberais e sua posterior recepção em duas abordagens críticas ao direito das sociedades periféricas: na perspectiva liberal da teoria jurídica de Marcelo Neves e na perspectiva marxista da teoria do Estado de Alysson Mascaro.

Com base nessa apresentação sintética e parcial do estado atual do debate, analisaremos a profunda crise que a conjuntura política, econômica e social instaura no funcionamento e na legitimidade do Estado na periferia da atual sociedade neoliberal. O objetivo é demonstrar que, a despeito de suas relevantes contribuições, essas teorias ainda são insuficientes quando se trata de fundamentar uma interpretação sobre a ambiguidade da luta pelo direito no Brasil.

1. FORMA JURÍDICA LIBERAL: EXCESSO, TÉCNICA E EXCEÇÃO

1.1. Nos marcos da modernidade, o direito passa a ser compreendido fundamentalmente como atributo do Estado em sua pretensão de monopolizar o exercício legítimo da força.¹⁵ A despeito daqueles que insistem em nossos tempos na defesa de um direito natural, ou mesmo de um pluralismo jurídico, procuramos pensar aqui sobre o direito como categoria teórica e/ou prática social que constitui determinada racionalidade para a

descriptivamente ciertas estructuras de razonamiento que, según tales o cuales autores, suelen estar presentes ya en los discursos de los juristas profesionales, aun cuando estos mismos no posean una conciencia suficientemente clara al respecto. 2) Y además *enjuicia* dichas formas de razonar, ya sea para justificarlas o para impugnarlas, en mayor o menor medida, con base en unos u otros *modelos* básicos de razonamiento que esos autores consideran, por las razones que fuere (sobre las cuales discuten mucho entre sí), los más adecuados para llevar adelante las tareas intelectuales propias del jurista". (HABA, 2002, p. 503-504)

¹⁵ SOARES, 2000, p. 265. BUZANELLO, 2006, p. 84.

violência exercida pelo aparelho burocrático estatal.¹⁶ Por sua vez, para interpretar seu modo de funcionamento, é preciso considerar as suas próprias pretensões normativas. No período da ditadura civil-militar no Brasil, por exemplo, existia uma ordem jurídica vigente, entretanto, os sujeitos que lutavam por uma transformação social não cogitavam utilizar tal ordenamento como estratégia para conquistas políticas efetivas. Desse modo, antes de qualquer leitura de realidade, é preciso compreender os discursos que se propõem a explicar e justificar a forma de direito que foi institucionalizada no Brasil a partir da Constituição de 1988.

O artigo primeiro da carta que consolidou este novo modelo de exercício do poder estatal declara constituir um Estado democrático de direito. Esta significativa decisão política dos legisladores constituintes não pode ser naturalizada, como se existisse uma marcha do progresso histórico que todos os povos devessem seguir sob pena de estarem condenados ao atraso civilizatório. A instituição formal de um Estado de direito no Brasil, que passou a orientar o discurso dos diferentes sujeitos políticos, revela um traço mais profundo do nosso modo de produção da normatividade jurídica, qual seja, a tendência à “transculturização”¹⁷ de instituições elaboradas a partir e para os problemas dos países centrais que colonizaram – e, por outras vias, continuam explorando – a América Latina e, em especial, o Brasil. Não sendo um resultado necessário de razões metafísicas,

¹⁶ Sobre o renascimento do direito natural no século XX, ver VILLEY, 2003, p. 310ss. Um viés crítico do pluralismo jurídico pode ser encontrado em WOLKMER, 2008, p. 186ss.

¹⁷ Utilizamos essa categoria em uma apropriação da crítica de Vera Andrade à dogmática jurídica. “[A] pesar de ser um produto histórico, o paradigma dogmático é marcado também por um potencial e uma vocação universalista, uma vez que ele se liberta, posteriormente, de sua estrutura histórica originária para ser recebido, certamente por um processo de transculturização, por diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, entre outros, em cujo marco permanece também como o modelo normal ou oficial de Ciência Jurídica”. (ANDRADE, 2003a, p. 26)

mas fruto de decisões humanas tomadas em contextos históricos específicos, as justificativas que inspiram o funcionamento do nosso sistema jurídico só podem ser compreendidas à luz da tradição política ocidental.¹⁸

Aqui se acrescenta outro problema para este estudo. O conceito de Estado de direito está em permanente disputa. Não existe um consenso teórico ou doutrinário sobre o que ele é ou deva ser. Assim como seu significado possui diferenças importantes nas várias culturas jurídicas em que encontrou assento, de modo que somente por aproximações podemos equiparar fenômenos com características específicas. Não há um núcleo de sentido, ao mesmo tempo único e *a priori*, que possa ser descoberto para o “Rechtsstaat” alemão, o “État de droit” francês, o “Stato di diritto” italiano, o “Estado de derecho” espanhol, assim como o “Rule of Law” em seus modelos inglês e norte-americano.¹⁹

A pretensão de objetividade dessa investigação precisa considerar que o Estado e sua forma jurídica não correspondem a objetos físicos passíveis de verificação empírica.²⁰ Além do mais,

¹⁸ A pretensão intelectual de estudar o direito em um país colonizado exige atravessar os discursos que constituíram as pretensões normativas de instituições criadas pelos colonizadores, afinal, o Brasil foi engendrado enquanto periferia do sistema capitalista. Não podemos ignorar, portanto, que ele é parte desse todo. Por outro lado, não procuramos realizar um capítulo sobre a história do Estado de direito. Consoante a crítica de Luciano Oliveira (2004), não se trata aqui de um “universalismo a-histórico” (o conceito original é de Michel Mialle), mas de entender o modo pelo qual o direito adquiriu determinada forma na contemporaneidade.

¹⁹ ROSENFELD, 2001, p. 1308-1309.

²⁰ Defender algo dessa natureza equivaleria a recair no equívoco “fiscalista” que, conforme explica Ronaldo Macedo Júnior, corresponde à seguinte postura no campo da teoria do direito: “O importante a reter, com respeito à teoria do direito fiscalista, é que ela busca, por um lado, conciliar a interpretação dos conceitos jurídicos fundamentais em função de seus correlatos a fatos brutos ou a termos que possam ser retraduzidos em fatos brutos. Por outro lado, o jurista fiscalista (em especial o

os aspectos materiais do fenômeno não esgotam sua realidade. Assim como Deus ou o dinheiro, a existência do Estado de direito está associada a um conjunto complexo de práticas e de relações reais que não desaparecem tão somente porque concluímos que não se dão à demonstração nem à experiência.²¹ A interpretação da forma direito, nesse caso, precisa consentir com um movimento do pensamento entre os âmbitos do *ser* e do *dever-ser*, no qual os fatos concretos associados à prática social estudada se vinculam às suas pretensões normativas.²² Mais do que definições explicativas, portanto, a teoria opera nesse caso de maneira “nomotética”, selecionando com certa margem de discricionariedade as experiências que serão consideradas como relevantes na construção do modelo.²³

Por sua vez, essa relativa liberdade de decisão dos aspectos relevantes não pode levar o estudioso a ignorar as condições sociais, econômicas e políticas centrais que tornaram possível a própria emergência do problema que a forma jurídica liberal foi apresentada como apta a resolver. É equivocado, mesmo que por razões de sistematização didática, entender o Estado de direito como o ápice de um processo evolutivo ou, ainda pior, tentar

empirista) promove um esforço de descartar do âmbito da ciência do direito os termos e os conceitos que não passarem pelo ‘teste da conversão ou da tradução em termos de fatos brutos’. O que não passar pelo teste deve ser banido, por se tratar de ‘metafísica’ ou mera ilusão conceitual. Esse será um dos pontos centrais do programa filosófico tanto do positivismo jurídico em geral como do realismo escandinavo em particular”. (MACEDO JÚNIOR, 2012, p. 51-52)

²¹ DEMIROVIĆ, 2014, p. 349.

²² ZIPPELIUS, 1997.

²³ ZOLO, 2006, p. 9. Apesar da referência à história ser indispensável, o intérprete não se resume a ela, à medida que “uma coerente interpretação teórica do Estado de Direito deverá se empenhar, mais do que em uma minuciosa documentação histórica e filológica dos fatos particulares e da sua relativa literatura, em uma tentativa de identificar as referências de valor, as modalidades normativas e as formas institucionais que aproximam as diversas experiências que se referiram – ou foram referidas – à noção de Estado de Direito”. (Idem)

apresentá-lo como derivado de uma suposta lei da natureza.²⁴ Concordamos com Tigar e Levy quando afirmam que “*a mudança jurídica constitui produto do conflito entre as classes sociais que procuram adequar as instituições de controle social aos seus fins e impor e manter um sistema específico de relações sociais*”.²⁵

Entendido em sua acepção moderna como um ente racional, artificial, com unidades de comandos e de força e com um corpo de funcionários próprios e especializados, o Estado surge diante de um contexto histórico europeu em que as instituições sociais deviam assegurar as condições necessárias para a emergência do capitalismo.²⁶ A fragmentação da sociedade

²⁴ STRECK; MORAIS, 2003, p. 30. É preciso manter uma postura crítica perante a tendência da teoria político-jurídica de matriz liberal em “naturalizar” o Estado de direito. Conforme nos ensina Alex Demirović, apesar de o reconhecerem como uma criação dos homens, “a partir do momento em que os princípios são conhecidos, seria possível compreender o Estado como uma instituição dada pela natureza, que reclama, de dentro para fora, determinadas ações e - caso seja correspondido - segue existindo, como a própria natureza, segundo leis eternas. Já das primeiras fundamentações burguesas modernas vem, portanto, um elemento de transitoriedade para a teoria do Estado”. (DEMIROVIĆ, 2014, p. 344)

²⁵ TIGAR; LEVY, 1978, p. 13. Concordar com a tese da “luta de classes” como chave de leitura para a construção histórica do Estado de direito não significa ignorar a existência de dinâmicas e de processos sociais que estão além da sua lógica. Por essa razão, na Parte III do presente estudo a crítica ao Estado e ao direito estará pautada na tese biopolítica que guarda discordâncias e complementaridades com a perspectiva marxista.

²⁶ BUZANELLO, 2006, p. 71. Concordamos com Nelson Saldanha quando associa o Estado como sendo o Estado moderno: “Embora o termo ‘Estado’ seja passível de aplicação muito ampla, designando todo e qualquer tipo de associação política soberana que tenha existido na história, foi na evolução dos povos ditos ocidentais que a experiência do Estado colocou alguns problemas teóricos fundamentais; foi aí também que se deu o surgimento da palavra Estado, revelando a eclosão de um significado que se tornaria muito importante nos séculos modernos.

em feudos não era funcional para os primeiros comerciantes como classe social em ascensão. Um Estado centralizado não apenas amplia o raio das trocas comerciais, quanto permite a criação de normas uniformes e previsíveis que forneçam maior nível de segurança e garantia aos proprietários dos meios de produção para aumento e conservação de suas riquezas. Numa sociedade em rápida transformação, em que começa a declinar os modelos tradicionais de legitimidade, a previsibilidade do poder através de regras jurídicas formais funciona além do mais como uma justificativa para sua aceitação.²⁷

Esse contexto permite ao Estado se apresentar como representante da coletividade em oposição à sociedade civil em que os indivíduos perseguem seus interesses particulares. A liberdade de negociação característica de uma ordem social pautada pelo comércio não se coaduna com o fato de que determinados indivíduos gozem de privilégios em virtude do nascimento. O Estado assume o papel de suposto garantidor da condição de igual liberdade de todos os indivíduos, sobretudo em relação aos contratos de produção e trocas de mercadorias. No fim das contas, essa liberdade negativa – tão abstrata quanto a moeda que servia para as transações nascentes – permitia que o aparato coercitivo estatal garantisse a propriedade privada daqueles que podiam detê-la. Os excluídos deste processo de modernização passam a vender sua força de trabalho, agora mercantilizada, como única forma que dispunham para sobreviver. Capturados fora pelo progresso que lhes prometia um futuro melhor, eles conquistam um tipo especial de igualdade em que são reduzidos a uma massa uniforme de relações anônimas e impessoais.²⁸

Certos autores (entre os quais de certo modo Hermann Heller) pensam que somente o Estado Moderno corresponde à imagem contida naquilo que se chamou contemporaneamente ‘Teoria do Estado’.

²⁷ STRECK; MORAIS, 2003, p. 23/28. TIGAR; LEVY, 1978, p. 272. BUZANELLO, 2006, p. 71.

²⁸ DEMIROVIĆ, 2014, p. 345/346. STRECK; MORAIS, 2003, p. 29.

A razão contratualista que justifica essa estrutura coercitiva defende que para garantir os direitos dos homens é necessário que cada indivíduo renuncie aos direitos naturais de que gozavam de maneira incerta antes da constituição da sociedade civil, convencendo a formação do Estado soberano: detentor exclusivo do poder de produzir e aplicar o direito que dispõe sobre a vida e a morte dos súditos. O direito racional surge de um pacto que, como condição formal da existência do Estado, funda um poder desvinculado de qualquer base social.²⁹ Ao tempo em que se afasta das *formas de vida* concretas, a força do direito – justificada na abstração de um contrato pactuado por poucos – pode incidir e incide como nunca sobre elas.

1.2. A burocratização do poder conquistado pelo Estado na modernidade capitalista europeia ainda não corresponde de maneira plena aos interesses da classe social em ascensão. Não apenas porque o poder econômico pode parecer pouco sem o poder político, quanto porque se inicia uma série de problemas em relação à forma de exercício deste poder monopolizado. Até a idade média, não existia uma administração pública capaz de interferir com intensidade na vida social.³⁰ A segurança jurídica para as trocas comerciais, adquirida através da organização hierárquica dos serviços internos do Estado, vem acompanhada de preocupação, cuidado e domínio do poder central sobre o “corpo social”. Paulo Bonavides destaca que, valendo-se da *salus publica* como pretexto para reforço dos laços de autoridade e consolidação do poder, o Estado de então buscava promover uma concepção de felicidade e de bem-estar social.³¹ Como se não bastasse a profunda divisão que a nova condição de produção material e simbólica da vida submetia a todos, o aparato coercitivo recém-formulado ameaça, com suas boas ou más

²⁹ DALLARI, 2013, p. 110. SILVA, 2005, p. 216.

³⁰ STRECK; MORAIS, 2003, p. 46-49. SEELAENDER, 2007, p. 256.

³¹ BONAVIDES, 2008, p. 133-134.

vontades, até mesmo a pobre e frágil concepção de liberdade dos modernos.

Apesar de surgir no contexto do desencanto com a organização religiosa do universo, fundamentando pela primeira vez a ordem jurídica na decisão pactuada de sujeitos racionais, o Estado – escrito não por acaso em maiúscula³² – conserva em si as pretensões de um poder sem limites. No contexto das monarquias absolutistas, essa força se apresentava na apropriação que as autoridades estatais realizavam do próprio Estado como objeto de sua propriedade, fazendo surgir um poder de *imperium* como direito absoluto. O problema central passa a ser então definir *como* estabelecer controle ao poder, tendo em vista que a ideia que os homens devem ser governados aparece como uma “necessidade”.³³

A primeira resposta para esta questão – que tem em John Locke seu máximo representante na modernidade – consiste em apoiar o limite ao poder mundano do Estado na teoria dos direitos naturais. De acordo com as diversas facetas do jusnaturalismo, o direito não pode ser estabelecido de acordo com a livre vontade dos detentores do poder, pois existem determinados direitos que todos os indivíduos possuem por sua própria natureza, de modo que – enquanto guardiões e não criadores do direito positivo – os governantes “*devem descobrir esses princípios diretores de*

³² Alexandre Nodari denuncia o que denomina de “espectro das Maiúsculas” que ronda a universidade, incluindo nesse rol desde o discurso sobre a arte (Cânone, Literatura) àquele sobre a metafísica (Absoluto, Universal) e, claro, a forma-Estado. (NODARI, 2013b, p. 9)

³³ PHILIPPI, 2001b, p. 54. STRECK; MORAIS, 2003, p. 45. BONAVIDES, 2008, p. 135. BOBBIO, 1997, p. 15-16. “O problema fundamental que preocupa os ‘constitucionalistas’ é o seguinte: se o príncipe tem um poder absoluto, pode abusar dele. Como se pode impedir o abuso do poder? Não se pode impedir, senão de um modo: *limitando-o*. Trata-se então de descobrir as várias formas para impedir o abuso do poder: as teorias políticas modernas estão todas voltadas para a busca de uma solução com relação a este problema”. (BOBBIO, 1997, p. 15)

justiça na natureza do mundo, assim como descobrem as leis biológicas ou astronômicas, sem poder modificá-las".³⁴

Além do grave defeito de se apoiar em um limite “externo”, na medida em que não estabelecem mecanismos para assegurar a liberdade negativa dos indivíduos diante da decisão estatal, estas teorias recaem no velho problema da cognoscibilidade dos direitos naturais. Não existe uma razão humana universal que identifique determinados direitos imutáveis independentes do tempo e do espaço. Essa possibilidade se torna ainda mais remota nas sociedades contemporâneas em que, diante do colapso das fundamentações tradicionais, emerge uma pluralidade cada vez maior de valores e de expectativas disputando positividade no aparato burocrático do Estado. Desse modo, por mais que um filósofo, um ativista dos direitos humanos ou uma multinacional estejam convictos de que determinados indivíduos ou grupos possuam um direito, somente através da *força* este poderá ser garantido em face da decisão estatal.

A segunda resposta – com forte influência de Jean-Jacques Rousseau – defende que o melhor modo de limitar o poder é garantir a participação de todos os cidadãos na formação de sua vontade. Para a vertente democrática, o remédio contra o abuso do poder se dá através da mudança incondicional de seu titular.³⁵ De fato, na consciência crítica dos reformadores setecentistas, a soberania, a lei e os direitos eram vistos como harmônicos. Para os homens da revolução, o poder tutela os direitos através da lei, traduzindo sua vontade racional nos direitos “naturalmente” pertencentes a todos os sujeitos. A imagem do corpo-social não poderia ser mais elucidativa nesse sentido:

Em relação à soberania o otimismo setecentista encontra na “filosofia” da revolução não só uma confirmação, mas

³⁴ ADEODATO, 2011, p. 75.

³⁵ BOBBIO, 1997, p. 16.

uma caixa de ressonância: o consueto círculo vicioso entre soberania, lei e liberdade é fortalecido pela nova imagem do titular da soberania, que remete não mais ao monarca (mesmo sendo iluminado), mas à nação, ao ente coletivo, ao “corpo”. Eixo principal da relação entre soberania e indivíduo torna-se então (por força das coisas, para além de “filológicas” filiações) o *páthos* “corporatista” do rousseauiano *Contrato social*: sendo o soberano o eu comum, o corpo coletivo, coincidindo os muitos com um único, a relação do sujeito com o soberano é regida pela convicção de que o “corpo não pode causar dano a seus membros”.³⁶

Como se pode perceber, prevalece um otimismo em relação à soberania popular, compartilhada na convicção de que – enquanto expressão da Nação dos iguais – o soberano agirá necessariamente pelo “bem” do corpo político, seu próprio corpo. Pietro Costa ressalta que alguns revolucionários até levaram em consideração a possibilidade de degeneração “tirânica” das instituições. Entretanto, depositaram na *Declaração de Direitos*, posta no nível mais alto da legislação ordinária, “o melhor baluarte contra as leis injustas que os representantes da nação possam eventualmente proclamar”.³⁷ Independente das divergências historiográficas sobre os acontecimentos deste momento político, o fato é que o “terror jacobino” representa um ponto de virada na confiança depositada na democracia como forma de limitação do poder do Estado. No contexto da revolução ameaçada, a relação entre a soberania, a lei e os direitos pode ser vista sob a luz de suas próprias sombras.³⁸

³⁶ COSTA, 2006, p. 104-105.

³⁷ COSTA, 2006, p. 105.

³⁸ COSTA, 2010, p. 93. Esses acontecimentos guardam coincidência com aspectos presentes na teoria de Jean-Jacques Rousseau: “A

Diante da situação de urgência que se coloca na luta pela salvação da revolução, o governo precisa estar pronto para golpear livre dos impedimentos, das lentidões e das abstrações das regras. Segundo os teóricos da revolução, em determinados momentos não é a lei que conta, mas a excepcionalidade exigida pela própria situação: “é o ‘estado de exceção’ o princípio que impõe a defesa terrorista da liberdade republicana: é a ‘necessidade’, é ‘a mais santa de todas as leis, a salvação do povo’ que legitima o governo revolucionário”.³⁹ A violência deste período dissemina socialmente a percepção da periculosidade do poder, servindo para que intelectuais europeus – chamados posteriormente de liberais – fundem uma *estratégia da suspeita* em relação à democracia moderna. Para eles, a proteção contra a tirania da maioria exige restringir a possibilidade de definição soberana dos direitos, sobretudo, dos direitos de liberdade e de propriedade.⁴⁰

Os riscos de excesso do poder ou, em alguns casos, o fato da burguesia não deter o pleno domínio do aparato coercitivo fortalecem o entendimento de que o controle do Estado deve ser interno, incidindo sobre a sua própria *forma* de exercício. A terceira resposta – com raízes na filosofia de Immanuel Kant – entende que, mais importante do que estabelecer o conteúdo das normas jurídicas que se aplica a todos, o Estado deve se ater a determinado modo de exercício do poder político. Em referência explícita ao filósofo de Königsberg e seus discípulos, a primeira utilização do sintagma “*Rechst-Staats*” aponta entrementes para

República, na formulação de Rousseau, deve receber, por parte do indivíduo, uma submissão total. Este não possui direitos naturais inalienáveis que possa evocar para coibir os excessos do poder político e, conseqüentemente, da lei por ele produzida, na medida em que inquestionável é justamente a soberania do povo – apenas um outro termo para designar a vontade geral – como entidade distinta do cidadão, que encarna o único sujeito, o Outro absoluto, autorizado para dizer a lei”. (PHILIPPI, 2001a, p. 289-290)

³⁹ COSTA, 2006, p. 106. Esta citação colaciona trechos de Robespierre.

⁴⁰ COSTA, 2006, p. 106/117-119.

os fundamentos da doutrina do nexu originário entre o Estado e o direito: um *Estado que se constitui na forma do direito*.⁴¹

Preocupado com a exigência iluminista de que o homem faça uso do seu próprio entendimento, Kant defende que o Estado não deve interferir na ventura humana para realização de sua concepção de “bem”. Enquanto instituição racionalmente necessária, o Estado é tanto mais perfeito quanto mais garante o direito, entendido como a soma das condições que permitem que os cidadãos possam unir suas escolhas de acordo com uma lei universal de liberdade. Um aspecto fundamental desta definição reside na compreensão de que a legalidade jurídica prescreve tão somente a *forma* através dos quais os indivíduos possam definir os conteúdos dos seus direitos, presumindo a liberdade e a igualdade da própria relação entre eles. O Estado e seu direito devem permitir que todos possam, segundo suas próprias capacidades e talentos, perseguir os fins que livremente se propõem. Desse modo, o Estado de direito – sem o uso dessa expressão no vocabulário kantiano – designa uma ordem essencialmente “neutra”⁴² que, consoante à filosofia

⁴¹ BOBBIO, p. 15/69-70. ROSENFELD, 2004, p. 17. COSTA, 2006, p. 116-117. De acordo com Enio da Silva, podemos classificar doutrinariamente o Estado de Direito de três formas: a) em sentido forte-existência de mecanismos constitucionais de controle do poder público de modo a evitar os seus excessos e a garantir as liberdades públicas fundamentais; b) em sentido fraco- Estado não despótico (dirigido não por homens, mas pelas leis); c) em sentido fraquíssimo- conforme Kelsen, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (SILVA, 2005, p. 219)

⁴² Caso entendamos neutralidade como ausência de valores, deve ficar claro que, em uma das principais versões da fórmula “Rechtsstaat” na Alemanha da primeira metade do século XIX, a ideia de Estado de direito está profundamente relacionada com a do povo alemão. Segundo Pietro Costa nos ensina sobre a significativa obra de Friedrich Julius Stahl: “Qualificar o Estado como Estado de Direito não significa ver nele uma realidade eticamente indiferente (de resto já excluído pelo vínculo histórico-espiritual que ele mantém com o povo)” (COSTA, 2006, p. 122)

individualista do autor, visa assegurar, *ao menos formalmente*, o exercício da liberdade.⁴³

Nas palavras de Norberto Bobbio:

[A]tribuir caráter formal ao direito significa dizer que o direito prescreve não tanto *o que* se deve fazer, mas *como* se deve fazer. O que eu devo fazer para regular os meus interesses é indicado pela economia; o direito, com todas as suas prescrições, limita-se a me dizer como devo agir para alcançar, juntamente com os outros ou em concorrência com os outros, os meus fins; ou seja, limita-se a fazer de uma maneira que, independentemente do objeto de meu desejo, o meu arbítrio possa estar de acordo com o arbítrio de todos os outros.⁴⁴

Não restam dúvidas, nesse sentido, que no momento em que a burguesia necessitou assegurar seus direitos individuais do aparato coercitivo centralizado que atendia aos seus interesses comerciais, a noção de forma jurídica tenha parecido bastante funcional. Atar o exercício do poder estatal às formas do direito aparece como uma resposta interna relativamente eficaz para o problema do controle do poder, que ameaça constantemente recair nos conhecidos riscos de excesso, violando os direitos individuais da classe social em ascensão.⁴⁵ Entretanto, por mais

⁴³ KANT, ca. 2000. BONAVIDES, 2008, p. 139. BOBBIO, 1997, p. 132-133/69. HÖFFE, 2005, p. 251ss. KANT, 1993, p. 46.

⁴⁴ BOBBIO, 1997, p. 70.

⁴⁵ “É historicamente recorrente a existência de submeter o poder a normas que o limitem e disciplinem seu exercício. Trata-se de uma exigência antiga, que foi traduzida de formas diferentes e dificilmente confrontáveis, correspondentes aos variados modos pelos quais o poder

que a ênfase kantiana incidisse na crítica ao eudemonismo estatal, o Estado nunca esteve concretamente impedido de perseguir os mais variados fins e, nesse sentido, como demonstra Michel Foucault, de incidir com toda sua tecnologia de poder sobre os desígnios da espécie humana. O Estado de direito vem significar, nesse caso, o Estado que age na forma do direito, com o objetivo de limitar através da lei as linhas de sua atividade e as esferas de liberdade do cidadão. A legalidade é a veste jurídica que, através da hierarquia interna de suas regras, recobre as mais variadas ações do Estado.⁴⁶

Acreditando que o fim do aparato estatal representaria a anarquia – entendida como a dissolução da sociedade – a juspublicística alemã do século XIX desenvolve a teoria da autolimitação do Estado através do direito, criando um vínculo capaz de proteger as liberdades. O Estado não apenas estabelece relações jurídicas com os sujeitos, como ele próprio é uma pessoa jurídica (titular de direitos e obrigações) que deve respeitar o direito objetivo e os direitos subjetivos das outras pessoas. A submissão do Estado ao direito desponta como o momento em que o poder – essencialmente arbitrário – encontra nas formas jurídicas um mecanismo de controle do seu aspecto imponderável, possibilitando, mesmo que de maneira mínima e independente do titular da soberania, a garantia dos direitos individuais. *O direito, reduzido à forma da lei, aparece como uma técnica que possibilita a contenção dos excessos inerentes a um poder coercitivo necessário para a coesão social.*⁴⁷

Chama atenção que os operadores desta técnica em nosso tempo tenham aparentemente esquecido dos limites inerentes ao seu funcionamento. Dois pontos são especialmente importantes para o nosso estudo:

foi organizado e teorizado nos diferentes contextos históricos”. (COSTA, 2010, p. 93)

⁴⁶ COSTA, 2006, p. 122. STRECK; MORAIS, 2003, p. 86. FOUCAULT, 1999, p. 204.

⁴⁷ COSTA, 2006, p. 132-136/150-151.

a) era bastante claro para os primeiros teóricos do *Rechtsstaat* a importância da *força real* que está por trás da lei, de modo que o povo deveria reconhecer a importância da existência e do respeito ao direito. A convivência tranquila entre Estado e direito é própria dos momentos de normalidade. Em situações “patológicas” – e o vocabulário biológico nunca pode ser desprezado – o respeito aos vínculos formais deve dar lugar à absoluta excedência do poder soberano para a salvação do povo;⁴⁸

b) o limite posto ao Estado através do direito sempre foi visto como insuficiente em si mesmo, exigindo uma válvula de fechamento para o sistema que, no liberalismo oitocentista, é constituído pela *opinião pública*. Desse modo, *nomos* e *doxa* possuem um vínculo mais íntimo do que a crença liberal nas instituições formais deixa transparecer.⁴⁹

1.3. A forma jurídica liberal só pode ser compreendida adequadamente quando situada no quadro mais amplo dos valores e interesses do qual faz parte. Ela é fruto de uma filosofia individualista⁵⁰ que nutre, a um só tempo, um *pessimismo potestativo*, alertando para o perigo do poder de se expandir, prevaricar e agir de maneira arbitrária, e um *otimismo normativo*, que enxerga na racionalização do poder através do direito um instrumento capaz de conter seus perigos. Em outras palavras, ao ordenamento jurídico – e não a outros sistemas da sociedade – é designada a função de “garantir” os direitos individuais, reduzindo os riscos de um estado de exceção. O direito que atua sempre como técnica de controle social e expressão dos

⁴⁸ COSTA, 2006, p. 134-5. Pietro Costa ressalta, nesse momento, a importância decisiva de Rudolf Jhering.

⁴⁹ COSTA, 2006, p. 93/118/120.

⁵⁰ ZOLO, 2006, p. 33-34. Norberto Bobbio explica que houve uma “inversão” na relação entre Estado e cidadãos: da prioridade dos deveres dos súditos em relação à autoridade política e religiosa passa-se, na formação do Estado moderno europeu, à prioridade dos direitos do cidadão e dever da autoridade pública de reconhecê-los, tutelá-los e promovê-los. (BOBBIO, 1997, p. 32)

comandos dos mais fortes adquire, em sua forma liberal, o papel de ritualizar o poder, limitando sua incidência sobre as formas de vida dos cidadãos.⁵¹

Desse modo, se o caráter formal do direito deste Estado liberal não permite constituir um Estado de justiça, tampouco podemos entender que essa forma seja neutra. As instituições e procedimentos formais que delimitam a ação do poder perseguem o objetivo de tutelar os direitos subjetivos. Para tanto, a forma jurídica liberal atua através de princípios de difusão e de diferenciação do poder.

Os primeiros (difusão do poder) operam atribuindo faculdades e poderes aos sujeitos de direito, que podem ser exercidos contra os próprios órgãos do governo. Ao invés de “súditos”, o Estado de direito possui cidadãos que se valem de determinados institutos normativos para fazer valer seus direitos: *unicidade e individualidade do sujeito jurídico* (todos possuem igual capacidade de titularizar direitos e produzir consequências jurídicas), *certeza do direito* (todos possuem meios cognitivos para prever as decisões que serão tomadas pelo Estado em relação a elas) e *reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos* (todos possuem instrumentos legais para exigir que o Estado reconheça a existência de direitos civis).⁵²

Os princípios de diferenciação do poder, por sua vez, visam garantir, externamente, a autonomia do sistema político-jurídico em relação aos sistemas ético-religioso e ao econômico e, internamente, a distinção formal entre o âmbito da conquista do poder político e o âmbito da atividade de emanar decisões vinculantes por meio de procedimentos burocráticos. Apesar de soberano, o exercício do poder pelo Estado se submete a um processo complexo, materializado nas seguintes modalidades institucionais: *delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito* (afastados da economia e da religião, a política e o direito não podem interferir na “esfera privada” dos

⁵¹ ZOLO, 2006, p. 34-35/11/36. BUZANELLO, 2006, p. 75.

⁵² ZOLO, 2006, p. 49-50/36-43.

cidadãos), *separação entre instituições legislativas e administrativas* (os parlamentos emanam as normas prévias, gerais e abstratas que serão aplicadas pelo judiciário e pelo executivo), *primado do poder legislativo e princípio de legalidade* (todo ato administrativo deve ser conforme a uma norma geral precedente), *subordinação do próprio legislativo aos direitos subjetivos definidos na Constituição* (mesmo o poder legislativo está limitado aos direitos subjetivos estabelecidos no pacto constituinte) e *autonomia do poder judiciário* (submetida apenas à lei, a magistratura atua de maneira neutra aos interesses político-sociais em conflito).⁵³

Todos esses institutos decorrem ou, no mínimo, necessitam da ideia de um aparato coercitivo centralizado que age na forma do direito, onde se origina a máxima, segundo a qual, o Estado de direito é o governo das leis e não dos homens. Na verdade, não se trata que as leis governem os homens, pois a legalidade jurídica é vista na modernidade como criação humana, mas que o exercício do governo pelos homens deve se dar através das leis. O caráter prévio, geral e abstrato dessas normas traduz um profundo sentido político para essa técnica, tendo em vista que os intrincados mecanismos de vínculos e contrapesos dos procedimentos legislativos oferecem garantias mínimas de proteção da liberdade individual. Dessa forma, os doutrinadores que associam o Estado de direito com a existência de determinados direitos naturais estão certos na exata medida em que se equivocam.⁵⁴ A forma jurídica liberal não estabelece a existência necessária de direitos anteriores às decisões humanas. Não existem conteúdos jurídicos necessários. É a forma do direito ou, melhor, o direito reduzido à sua forma, que carrega consigo a realização de determinados conteúdos. Nesse sentido, a lógica do

⁵³ ZOLO, 2006, p. 43-47. Outras propostas de sistematização das técnicas do Estado de direito podem ser lidas em ROSENFELD, 2001, p. 1307 e RAZ, 2012, p. 214ss.

⁵⁴ A associação entre Estado de direito e direito natural pode ser encontrada, a guisa de exemplo, em FERREIRA FILHO, 1987, p. 11.

contrato social, inerente ao pensamento liberal, revela um mais de sentido essencial para nossa discussão.

Sabemos, por um lado, que o Estado de direito não é o Estado do “bom” direito. Na assinatura de um contrato não há qualquer garantia antecipada quando ao seu conteúdo (se ou quais os direitos fundamentais estarão assegurados) e nem mesmo sobre aqueles que o assinam (se o Estado será governado por tiranos, tecnocratas, democracias majoritárias, ou de qualquer outro modo).⁵⁵ Tudo que podemos afirmar é que, ao aceitarem formalizar sua manifestação de vontade, substituindo o exercício direto da força pelo contrato, permite-se maior grau de segurança jurídica (previsibilidade e calculabilidade) àqueles que deverão cumprir, ou mesmo que eventualmente pretendam desobedecer, os preceitos pactuados. A forma jurídica *favorece* a noção de autogoverno dos homens, enquanto decisão pactuada sobre os interditos da convivência pacífica entre eles. Entretanto, ela promete apenas a oposição a um governo em que o poder coercitivo atua sem mediações sobre os corpos dos indivíduos.

Por outro lado, o Estado de direito não garante e nem sequer visa uma concepção de igualdade substancial entre os indivíduos.⁵⁶ Ao tempo em que só faz sentido assinar um contrato entre partes que estão em posições diferentes, a possibilidade de que elas firmem um acordo de vontades pressupõe uma igual capacidade jurídica. Um contrato não pode ser assinado entre um senhor e um escravo, por exemplo, pois a diferença radical de status social entre eles determina que o primeiro não tenha que renunciar a quaisquer interesses para compor um sentido em comum com o segundo. Pressupondo uma noção individualista de sujeito que está simultaneamente separado e vinculado à sua comunidade política, o direito liberal implica uma noção mínima de igualdade que se revela na necessidade de aplicação dos seus enunciados a todos os cidadãos (generalidade).

⁵⁵ RAZ, 2012, p. 211/214.

⁵⁶ RAZ, 2012, p. 215-216.

Além do mais, um contrato implica em estabelecer uma particular relação com o tempo. A necessidade de renúncia momentânea ao uso direto da força na busca por seus interesses implica que os contratantes fixem no presente um acordo (abstrato) dirigido ao futuro e, portanto, que no momento da sua aplicação, enunciados escritos no passado devam produzir efeitos diante de um caso concreto que jamais estava totalmente previsto. É de fundamental importância perceber que, independente da “aplicação” ou não do contrato, a sua simples instauração produz efeitos imediatos perante os contratantes, seja materialmente, no mínimo, em virtude da renúncia ao uso da força, seja simbolicamente, no mínimo, pela expectativa criada de que os termos do pacto venham a ser cumpridos.

Esses efeitos podem ser – e provavelmente serão – modificados no momento da sua “aplicação”. Entretanto, essa eventual situação apenas prolonga, em outro patamar, a nova relação com o tempo formada a partir da instauração do contrato. O caráter formal do direito, desvinculado de qualquer conteúdo prévio, determina que nenhum resultado da decisão estatal seja definitivo. Os indivíduos ou grupos “perdedores” *sempre* possuem razões para acreditar na possibilidade de uma posterior revisão do contrato que contemple seus interesses. O resultado prático – como concordam Tigar e Levy em outro raciocínio⁵⁷ – é que as facções hostis serão sempre constrangidas pelo Estado de direito a conter sua rivalidade e chamadas a interpretar as regras e as leis a fim de determinar o seu sentido. A disputa sai das ruas e ingressa nas instâncias normativas estatais. O direito liberal busca constituir e assegurar uma forma de solução “pacífica” dos nossos conflitos.

Essas três promessas decorrem do caráter formal do direito liberal. São conteúdos inerentes a um Estado que age na forma da lei. Mas, não dizem respeito apenas ao modo de exercício do poder. Como sempre acontece na história das ideias jurídicas, o direito articula também determinado discurso de legitimação. No

⁵⁷ TIGAR; LEVY, 1978, p. 274

caso, o pressuposto básico consiste em apontar que, por vivermos em sociedades complexas e heterogêneas, o Estado de direito é *indispensável* para alcançarmos a necessária coesão social com o mínimo de opressão. Nesse caso, o contrato social não significa e nem quer significar o fim da violência. Pelo contrário, ele permite justificar o uso da força mediante o consenso dos próprios governados, de modo que os sujeitados ao poder são convocados a temer e a aclamar ordens que, segundo dizem, foram os sujeitos responsáveis por sua constituição.⁵⁸

Entendendo com Freud que uma ilusão não é simplesmente um erro, mas uma crença que deriva dos desejos humanos; podemos concluir que o Estado de direito, ao mesmo tempo, funda e se alimenta da ilusão de que serve igualmente para todos.⁵⁹ Ele não é neutro, pois, como dissemos, sua forma carrega consigo determinados conteúdos. Contudo, ele se apresenta socialmente como portador de uma espécie de “neutralidade de segundo grau”⁶⁰, à medida que esses conteúdos transmitem a ideia de que as diferentes forças políticas podem enxergar nele um *instrumento* de luta por direitos. Desse modo, as recorrentes manifestações de excesso do poder soberano *parecem* à esfera pública acontecimentos excepcionais que, ao invés de provocarem um questionamento radical sobre a função do direito, confirmam a necessidade de reforço da regra. Assim como o liberalismo econômico entende que os problemas de nossas sociedades capitalistas serão resolvidos progressivamente através do desenvolvimento do próprio capitalismo, o Estado de direito se afirma como um projeto que ainda não “chegou lá”.

A forma direito se apresenta com a função de assegurar a existência de uma força comum em que cada indivíduo tem liberdade para escolher sua própria forma de vida, não em virtude de um direito natural e nem mesmo através do exercício

⁵⁸ ROSENFELD, 2001, p. 1310-1312.

⁵⁹ FREUD, 1996, p. 39.

⁶⁰ Esta expressão é uma adaptação para outros fins do termo cunhado originalmente por ROCHA, 2003, p. 65.

democrático do poder, mas por uma razão acima de tudo formal, eminentemente técnica. Não por acaso, Kelsen chega a dizer que *“[m]esmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana”*.⁶¹ Contudo, apesar das suas boas intenções, veremos que a institucionalização dessa forma de direito contribui, em si mesma, para a constituição de uma forma de vida. Trata-se, no caso, de uma sociabilidade pautada pela ilusão de que mediante o apelo à técnica – e, portanto, para além da ética e de toda a discussão sobre a subjetividade humana – é possível fundar um limite para os excessos recorrentes do poder.

2. A DISPUTA SOBRE A FUNÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

2.1. A questão sobre o funcionamento da forma de direito no Brasil aparece em poucos momentos da teoria jurídica nacional. A maior parte dos estudos nesse campo está pautada pelo esforço de comentar teorias elaboradas por autores europeus e norte-americanos, possivelmente, por pressupor que o fenômeno jurídico é universal ou, até mesmo, por não considerar relevante o debate sobre os elementos que caracterizam o sistema jurídico em um país periférico como o nosso que, como sabemos, passou por um processo próprio de modernização quando comparado com as instituições dos países centrais. Em ambas as situações, a teoria jurídica brasileira parece ceder a determinado grau de colonialismo acadêmico, pois desconsidera que os conceitos que nos dedicamos arduamente a interpretar são formulados para resolver os problemas de uma comunidade política alienígena que raramente se apresentam da mesma forma na periferia do capitalismo. Isso não implica que devemos simplesmente deixar de aprender com eles, mas que – assim como fazem nossos

⁶¹ KELSEN, 2006, p. 48.

diletos autores – o cerne da intelectualidade nacional deve estar voltado para os dilemas que vivenciamos diretamente.⁶²

Aliás, o nosso próprio estudo é passível dessa crítica, na medida em que não saímos do paradigma instituído no campo da teoria e da filosofia do direito de investigar o fenômeno jurídico com base nas categorias elaboradas por autores estrangeiros.⁶³ Por essa razão, procuramos assentar a leitura desses conceitos, em primeiro lugar, em um debate construtivo com os teóricos do direito que em alguma medida procuraram analisar as especificidades do sistema jurídico nacional e, em segundo lugar, com base em uma sociologia política da modernidade periférica que, a nosso ver, capta aspectos fundamentais que marcam o processo de formação e o funcionamento das instituições jurídicas no Brasil.

No âmbito da teoria jurídica nacional, uma crítica ao Estado de direito periférico em uma perspectiva liberal pode ser localizada na obra de Marcelo Neves.⁶⁴ Na verdade, a teoria do

⁶² Para uma crítica à “razão acadêmica” que vigora no Brasil, ver o livro organizado por OURIQUES; RAMPINELLI; TAVARES, 2011.

⁶³ Conforme Thomas Kuhn já denunciava, “um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não são redutíveis à forma de quebra-cabeça, pois não pode ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma”. (KUHN, 2011, p. 60)

⁶⁴ Categorizar uma obra raramente é uma tarefa pacífica, sobretudo quando seu autor não declara expressamente aderir ao corpo de preceitos de uma escola de pensamento. Tomando como ponto de partida a oposição histórica entre liberalismo e marxismo, a classificação do pensamento de Marcelo Neves como liberal deve ser entendida em acepção política abrangente, isto é, como um estudioso que teoriza o direito e a sociedade tendo como pressuposto a ideia de que a submissão do governo à lei limita a autoridade estatal e contribui para a liberdade. (MERQUIOR, 1991, p. 17) Considerando a importância de uma organização das correntes teóricas, o melhor mesmo seria denominar sua postura em relação ao poder como aquilo que Neumann chama de “liberal democrata”: “O liberal democrata partilha com o democrata total uma atitude positiva para com o poder político que aparece

pernambucano atua em dois níveis diferentes, porém interconectados. Na maior parte do seu estudo sobre o tema, o autor procura elaborar – com base nas obras de Jürgen Habermas e de Niklas Luhmann – uma teoria sobre os fundamentos normativos e as condições empíricas do Estado democrático de direito na sociedade supercomplexa da modernidade.⁶⁵ Ao tomar como ponto de partida a ideia de sociedade mundial, Neves chega a criticar a ideia de que existe uma “sociedade brasileira”, pois analisa o Brasil como formação político-jurídica territorial decorrente da expansão da sociedade moderna.⁶⁶ Contudo, segundo ele próprio, isso não exclui a possibilidade de um estudo sobre as especificidades da sociedade periférica, considerando o processo de desenvolvimento assimétrico desta própria sociedade mundial.⁶⁷ Desse modo, a própria dinâmica interna dos textos

essencialmente como um instrumento racional para ser usado para fins desejados e desejáveis. Mesmo assim, o mêdo do liberal não permite que êle aceite a total politização da vida e faz que insista no caráter diferente do poder político. Contudo, o liberal democrata convicto não está, e não pode estar, apenas preocupado com o levantamento de cercas em volta do poder político. Êle se preocupa cada vez mais com as possibilidades de um uso racional do poder político”. (NEUMANN, 1969e, p. 16)

⁶⁵ NEVES, 2012, p. XVII-XVIII.

⁶⁶ NEVES, 2015, p. 111. Marcelo Neves critica os próprios “intérpretes do Brasil” que, segundo ele, procurariam identificar uma singularidade cultural no país. Para o autor, “[q]uando se parte do pressuposto teórico-sistêmico fundamental de que a sociedade moderna constituiu uma sociedade mundial, pensa-se em um contexto comunicacional unitário que, como sistema social abrangente, está diferenciado primariamente em diversos subsistemas”. (Idem)

⁶⁷ NEVES, 2015, p. 112. O autor alerta que a distinção centro-periferia não deve ser lida de maneira simplista: “Recorro a essa dicotomia principalmente para enfatizar que se trata de uma e da mesma sociedade mundial, não de sociedades tradicionais *versus* sociedades modernas, como se uma diferença de “antes e depois” estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social. Parto da constatação de que o advento da sociedade moderna está estreitamente vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional, trazendo conseqüências significativas na reprodução de todos os

termina por separar o estudo do Estado democrático de direito nos países centrais da avaliação sobre seus “limites” na modernidade periférica.

Para Neves, o processo de modernização vivenciado pelas civilizações ocidentais se caracteriza pela ocorrência de dois fenômenos centrais: a hipercomplexificação social e o desaparecimento de um moral material globalizante.⁶⁸ No vocabulário luhmanniano adotado pelo autor, o primeiro designa o aumento exponencial do número, da diversidade e da interdependência de ações possíveis. Diferentemente do que ocorria nas sociedades pré-modernas, existe atualmente um maior número de possibilidades na vida social do que as que são suscetíveis de serem realizadas. O segundo fenômeno, por sua vez, pode ser entendido diante do próprio declínio da concepção jusnaturalista. A regulação dos comportamentos sociais pela ordem jurídica deixa de se basear em representações sagradas ou em tradições, de modo que desaparecem os valores e princípios “naturais” aceitos por todos e válidos independente de uma decisão.⁶⁹

Na sociedade moderna existe, portanto, uma imensa pluralidade de valores, interesses, expectativas e discursos. Para lidar com essa hipercomplexidade, a sociedade se constitui especificando funções determinadas para sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos. O Estado democrático de direito aparece nesse cenário como um dos principais focos que possibilitam a reprodução construtiva da sociedade mundial moderna. Para produzir acordos em comum diante de amplo dissenso em relação ao conteúdo da ordem jurídica vigente, o Estado intermedia um consenso quanto ao procedimento para decisão das normas válidas. Isto é, o dissenso contencioso é absorvido através do consenso procedimental

sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico”. (NEVES, 1995, p. 13)

⁶⁸ NEVES, 1995, p. 13.

⁶⁹ NEVES, 2012, p. 15/23-24.

institucionalizado pelo direito. Essa postura viabiliza o respeito às diferenças no campo jurídico-político e atua como fator dinâmico para reprodução autônoma das esferas plurais de comunicação.⁷⁰

Para cumprir com essa função, a forma direito necessita reconhecer, simultaneamente, a *soberania do Estado* e a *soberania do povo*. Dentro do modelo sistêmico adotado por Neves, o primeiro designa a autonomia operacional do sistema jurídico. Quer dizer, considerando que a Constituição proporciona o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, este deve funcionar exclusivamente com base nos códigos lícito e ilícito. Não pode haver uma relação hierárquica em que os códigos do poder determinem sem filtragem os conteúdos das decisões jurídicas.⁷¹ A soberania do povo, por sua vez, designa a heterogeneidade e a pluralidade de processos de formação da vontade estatal. Não se trata de um sujeito único e homogêneo capaz de decisão ou de ação, mas exatamente de uma despersonalização ou dessubjetivação da soberania que constitui uma esfera pública plural. É importante distinguir que enquanto a soberania do Estado é construída em uma perspectiva interna de *autolegitimação do Estado*, a soberania do povo é observada do ponto de vista externo de uma *heterolegitimação*.⁷² Segundo o teórico pernambucano, a soberania do povo

⁷⁰ NEVES, 2012, p. XIX/16/124/144.

⁷¹ NEVES, 2012, p. 160-161. Após ressaltar que a diferenciação funcional entre os sistemas jurídico e político não pode ser controlada por uma só parte ou pela outra, Luhmann explica que “[a] partir do momento que o sistema político resolve com a Constituição os problemas de sua própria referenciabilidade, esse emprega portanto o direito. Esse emprego do direito só pode funcionar, no entanto, porque os sistemas não são congruentes, porque não se sobrepõem nem mesmo em uma medida mínima, mas, ao contrário, o sistema político pode se servir do sistema jurídico mediante hetero-referenciabilidade e, assim, mediante o recurso a um outro sistema funcional”. (LUHMANN, 1990, p. 12)

⁷² NEVES, 2012, p. 162-163.

se afirma, em uma sociedade supercomplexa, na medida em que os procedimentos do Estado Democrático de Direito estão discursivamente abertos aos diversos valores e interesses que circulam na esfera pública, assim como às exigências dos subsistemas autônomos da sociedade, sem privilegiar ou excluir qualquer um deles ou delas. Os resultados são imprevisíveis e, muito frequentemente, fortificam o dissenso conteudístico no próprio povo. O que se pressupõe necessariamente é que as regras do jogo democrático do Estado de Direito sejam respeitadas por todas as partes, ou seja, imprescindível é o consenso procedimental. A quebra das regras do jogo importa a destruição da soberania ou, mais radicalmente, a ausência dos procedimentos democráticos implica a própria inexistência do povo. Este, enquanto pluralidade, manifesta-se soberanamente na dissensualidade dos procedimentos.⁷³

Quer dizer, o fundamental no funcionamento do Estado de direito é que ele garanta e promova o acesso *equânime* dos mais variados valores e interesses aos procedimentos jurídico-políticos estabelecidos. A única restrição de um conteúdo jurídico convencionalizado de acordo com o procedimento é exatamente aquele que impeça a continuidade da esfera pública pluralista. Por essa razão, o sistema jurídico se estrutura através da circulação de diversos procedimentos funcionalmente especializados, que possibilitam a redução da complexidade e a seleção de expectativas. Não existe um procedimento único e superior e

⁷³ NEVES, 2012, p. 164.

tampouco a possibilidade de uma decisão definitiva excludente, de tal modo que os interesses e valores provisoriamente excluídos podem ressurgir como vitoriosos. Além do mais, e isso é fundamental para nossa discussão, tendo em vista que a diferenciação do sistema jurídico dos outros sistemas sociais é considerada pela teoria sistêmica uma aquisição evolutiva de uma sociedade complexa, também se faz necessário que as esferas sociais preservem suas respectivas autonomias.⁷⁴

Nesse caso, o preceito básico da legalidade no Estado de direito representa, ao mesmo tempo, uma *exigência funcional* de uma sociedade complexa e uma *imposição ética* de uma esfera pública pluralista. Os procedimentos eleitoral, legislativo e judicial tornam o sistema jurídico e o sistema político imunes a influências contraditórias, mas não por construir um consenso em torno de valores e interesses. Pelo contrário, é o consenso sobre o procedimento instituído em lei que abre o ordenamento jurídico aos mais diferentes modos de agir e vivenciar políticos. Desse modo, para Marcelo Neves, ao garantir a continuidade das “regras do jogo”, a forma direito permite a existência e o respeito recíproco da pluralidade de formas de vida existentes.⁷⁵

2.2. O discurso do Estado de direito encontra diferentes dificuldades de concretização na modernidade central e na modernidade periférica.⁷⁶ Em ambos os casos ocorreram os mencionados fenômenos de aumento da complexidade social e de

⁷⁴ NEVES, 2012, p. 145/195-196.

⁷⁵ NEVES, 1996, p. 97-98.

⁷⁶ No caso da modernidade central, que não é o nosso objeto de interesse, o teórico pernambucano destaca que “o problema do Estado Democrático de Direito na modernidade central é, antes de tudo, de heterorreferência do Estado enquanto organização jurídico-política territorialmente determinada. Externamente, isso significa dificuldades de resposta adequada às exigências dos demais sistemas funcionais e do ‘mundo da vida’; internamente, dificuldades de uma relação reciprocamente adequada entre política e direito”. (NEVES, 2012, p. 228)

desaparecimento de uma moral imediatamente válida.⁷⁷ Contudo, em determinadas regiões estatalmente delimitadas, como é o caso do Brasil, Neves considera que *não* houve:

a) uma realização adequada da autonomia sistêmica dos sistemas sociais de acordo com o princípio da diferenciação funcional; e tampouco,

b) a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania.⁷⁸

Sobre o *primeiro ponto*, o teórico pernambucano pretende destacar que, na periferia, o sistema jurídico não atua exclusivamente de acordo com seus códigos próprios (lícito e ilícito), sofrendo interferências destrutivas de critérios emanados por outros sistemas sociais, tais como o político, o econômico ou, até mesmo, o religioso. Desse modo, enquanto a modernidade central tem uma dificuldade de abertura cognitiva do sistema jurídico a influências externas (problema de heterorreferência), a modernidade “negativa” em que estamos inseridos sofre com a falta de fechamento operacional (problema de auto-referência), prejudicando a construção de uma identidade do sistema. Para o autor, “[*s*]e tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica”.⁷⁹

A hipercomplexificação e a superação do moralismo fundamentador da diferenciação hierárquica operam entre nós de maneira desagregadora, de tal forma que o sistema jurídico não consegue funcionar de modo autônomo com base no seu *topos* específico. Não devemos nos surpreender, nesse caso, que os critérios político e econômico do “poder” e do “ter” deixem tantas vezes de atuar como condições do sistema jurídico para

⁷⁷ Essa definição é fundamental porque afasta de plano todas aquelas tendências sociológicas que procuram interpretar o Brasil a partir de categorias pré-modernas, malgrado, como veremos, o autor pareça estar sujeito a influências desse gênero.

⁷⁸ NEVES, 2012, p. 227-228. NEVES, 1995, p. 13.

⁷⁹ NEVES, 1995, p. 18. Cf. também NEVES, 1996, p. 99.

sobredeterminar suas decisões. Os exemplos nesse sentido são fartos e basta imaginar as diversas manifestações de seletividade na criação e na aplicação do direito pelas instituições que compõem o sistema de justiça.⁸⁰

Por essa razão, o teórico pernambucano argumenta que o modelo autopoietico luhmanniano deve ser revisto em uma análise da modernidade periférica. Ao invés de *autopoiese* – a reprodução do subsistema com base em seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada –, opera entre nós uma *alopoiese* do sistema jurídico, entendendo com esse termo a sobreposição particularista de códigos advindos de outros sistemas.⁸¹ Em uma afirmação que parece contradizer sua convicção de que o Brasil se constitui como um país moderno, Neves chega a dizer que a esfera de juridicidade se revela incapaz de reciclar as influências advindas da economia e da política, como também, acrescenta o autor, “*daquilo que os alemães denominam de ‘boas relações’*”.⁸²

Essa característica do sistema jurídico no Brasil afeta fortemente o discurso do Estado de direito, pois prejudica o que explicamos acima como sendo a soberania do Estado. Em uma sociedade em que os poucos detentores do poder político e do poder econômico conseguem colocar seus interesses particularistas acima das decisões válidas para todos, não se pode realmente falar que a legitimação ocorre em virtude de procedimentos democráticos de uma esfera pública pluralista. Eis o risco do processo intermitente que vivenciamos de “privatização do Estado”.⁸³ Ademais, a falta de autonomia do sistema jurídico guarda uma relação íntima com a desigualdade na esfera pública.

Sobre o *segundo ponto*, Neves constata que em países de modernidade periférica não aconteceu uma integração jurídico-

⁸⁰ NEVES, 1995, p. 14/12.

⁸¹ NEVES, 1995, p. 12.

⁸² NEVES, 1995, p. 17.

⁸³ NEVES, 2012, p. 247.

política igualitária da população na sociedade, no sentido de direitos e deveres partilhados reciprocamente. Desse modo, ao invés dos diversos procedimentos funcionais do Estado de direito assegurarem a inclusão generalizada e equânime da população nos diversos subsistemas da sociedade, imperam relações de sobreintegração e subintegração.⁸⁴ Os subintegrados, em todo caso, não estão excluídos. Eles têm pouco acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, pelo contrário, de acordo com o autor, eles se encontram sujeitos às “ações violentas ilegais da polícia”.⁸⁵

Já em relação ao sobreintegrado, a situação se inverte. Via de regra, eles são titulares de direitos e não se subordinam regularmente à atividade punitiva do Estado. Apesar de o senso comum associar a “malandragem” e a burla das regras instituídas no espaço público aos setores sociais marginalizados, Neves acerta ao apontar a relação dos sobrecidadãos com a lei. Estes, sim, *instrumentalizam* o direito: usam, desusam ou abusam das normas vigentes de acordo com seus interesses concretos e particularistas, em determinados casos, sob o pretexto de garantir a “ordem social”. Em clara referência à obra clássica de Raymundo Faoro – um liberal insuspeito –, o autor afirma que os “donos do poder” reproduzem seus privilégios, sobretudo, com o apoio da *burocracia estatal*, bloqueando a reprodução autônoma do direito.⁸⁶

⁸⁴ NEVES, 2012, p. 248/251. De acordo com o próprio autor: “No âmbito da sociedade mundial supercomplexa do presente, ninguém é absolutamente subintegrado ou sobreintegrado, pois as posições correspondentes não se baseiam em princípios ou normas firmes como nas sociedades pré-modernas, mas dependem de condições fácticas da reprodução das comunicações. Mas há indivíduos ou partes da população que se apresentam regularmente em um dos pólos das relações de subintegração e sobreintegração”. (NEVES, 2012, p. 250-251)

⁸⁵ NEVES, 2012, p. 248-250. NEVES, 1995, p. 22.

⁸⁶ NEVES, 2012, p. 250. NEVES, 1995, p. 22. NEVES, 1996, p. 102.

Mesmo sem mencionar as *causas* pelas quais essas relações de sobre e subintegração ocorrem e, tampouco, relacionar efetivamente a aparente autopoiese da modernidade central com a alopoiese da estatalidade periférica, a teoria de Neves cumpre com o relevante papel de demonstrar que a profunda desigualdade da sociedade brasileira implode o significado do contrato representado pelo pacto constitucional. Segundo o teórico pernambucano:

Reformas sociais dentro da “ordem constitucional” são freqüentemente caracterizadas como subversivas, tão logo ponham na ordem do dia a abolição de privilégios e/ou a introdução eventual de medidas favoráveis à subcidadania. Através da não-identificação formal do texto constitucional estatuído, encontra-se a identidade da realidade constitucional com as classes e grupos privilegiados, de tal maneira que a institucionalização dos direitos fundamentais é estruturalmente deturpada. O agir e o vivenciar normativo do subcidadão e do sobrecidadão fazem implodir a Constituição como ordem básica da comunicação jurídica. Nessas condições, a Constituição não atua como mecanismo de autonomia operacional do Direito, sendo deformada durante o processo concretizador por força da sobreposição de injunções políticas particularistas e interesses econômicos concretos.⁸⁷

Com base nesse diagnóstico do funcionamento da forma direito na periferia, Marcelo Neves critica duas tendências teóricas geralmente identificadas com os juristas progressistas: o

⁸⁷ NEVES, 1995, p. 23.

pluralismo jurídico e o direito alternativo. Para ele, o Brasil vivencia uma conexão paradoxalmente complementar entre “legalismo” e impunidade. Ao invés de autonomia operacional que garante uma abertura para a pluralidade de expectativas da sociedade complexa, o legalismo tem significado em nosso contexto um “autismo” diante das consequências sociais das decisões jurídicas, à medida que a generalização da lei necessitaria de um acesso de todos os cidadãos ao direito. O fetichismo da lei funciona efetivamente como fator de discriminação que se aplica, normalmente, aos que já se encontram subintegrados. A impunidade é tão somente a contraface desse fenômeno que, por sua vez, dirige-se majoritariamente aos sobrecidadãos.⁸⁸ Desse modo, ao contrário da realidade euro-norte-americana, o autor avalia que não apenas o Brasil não tem problemas de heterorreferência que demandem modelos alternativos de solução de conflitos de interesse, como um incentivo ao “uso alternativo do direito” apenas reforçaria a tendência à ilegalidade. Por essas razões, Neves argumenta que “*em vez de alternativa à legalidade, cabe antes falar da legalidade como uma alternativa*”.⁸⁹

De todo esse debate, sobreleva uma crítica profunda à instrumentalização do direito que, nos marcos do autor, equivale à perda de identidade da esfera jurídica. Ela se revela no cotidiano com os jogos de interesses particularistas que bloqueiam o processo de concretização normativa do direito e, excepcionalmente, através da própria mutação casuística das estruturas normativas nos períodos abertamente autoritários. De acordo com o argumento do teórico pernambucano, o problema não está nos textos legislativos – que reconhecem a soberania popular e os direitos humanos –, mas sim nas *relações intersubjetivas* em torno do direito que não dão o espaço

⁸⁸ NEVES, 2012, p. 254-255. NEVES, 1996, p. 103.

⁸⁹ NEVES, 2012, p. 256.

necessário à fundamentação moral da indisponibilidade e à imparcialidade do sistema jurídico.⁹⁰

Para construir uma esfera pública de legalidade que realize o projeto do Estado de direito, ele defende quase conclusivamente que, para além dos procedimentos democráticos constitucionalmente garantidos, é imprescindível a existência de *condições sociais* que possibilitem generalizar a identificação de sentido e o estabelecimento de consenso em torno deles.⁹¹

Isso equivale a dizer, traduzindo para os nossos termos, que a forma direito, que assegura institucionalmente a existência de uma pluralidade de formas de vida, necessita de uma forma de vida em comum em que a desigualdade social seja conduzida a níveis aceitáveis, eliminando as relações de sobre e subintegração. Na prática, Neves critica determinados problemas enfrentados pela modernidade central, mas parece conduzir tal sistema jurídico (em sua suposta autopoiese) à condição de referencial para os dilemas enfrentados pela modernidade periférica. Ignora, desse modo, que a brutal desigualdade aqui vivenciada – a condição social que impede a realização do potencial emancipatório da forma direito – é fundamental para o “adequado” funcionamento do sistema jurídico liberal nos Estados do centro. Como já denunciava Darcy Ribeiro, o Brasil se constitui como “moinho de gastar gente”⁹² para geração de lucros exportáveis para o mercado estrangeiro. A existência de uma única sociedade mundial tem um sentido mais perverso do que parece querer admitir o teórico do direito brasileiro.

Na teoria de Marcelo Neves, a *luta pelo direito* pode ser lida como uma luta por um Estado de direito, isto é, para que tenhamos na periferia um sistema jurídico autopoietico que permita a existência de uma esfera pública plural em nossa sociedade hipercomplexa. Apesar de apresentar em determinado momento a legalidade como *uma* alternativa (sugerindo com esta

⁹⁰ NEVES, 1996, p. 100. NEVES, 1995, p. 17.

⁹¹ NEVES, 1996, p. 104.

⁹² RIBEIRO, 2006, p. 94-95.

expressão que haveria outras possibilidades), o autor parece consagrá-la como um caminho necessário para um país que – por alguma razão não explicitada – não concretizou a autonomia operacional do sistema jurídico. Conforme debateremos a seguir, por mais que o autor reprove corretamente as interpretações antropológico-culturais do Brasil, a crítica ao direito ainda está assentada na ideia de que vigora entre nós relações intersubjetivas de “favor” e de “clientelismo”.

Por esta via, a necessária crítica à desigualdade jamais alcança as relações sociais capitalistas e tampouco a dissolução dos vínculos sociais em uma sociedade de espetáculo em que se radicaliza a separação entre valor de uso e valor de troca. O máximo que conseguimos pensar a partir desses marcos teóricos consiste em acreditar na possibilidade de um desenvolvimento progressivo da modernidade na periferia que instaure entre nós um *estado de legalidade*, isto é, um Estado Democrático de Direito em que Têmis e Leviatã – direito legitimador e poder eficiente – possam ser finalmente conciliados.

No mais, e esse aspecto nos parece central para uma teoria do direito, não existe uma crítica a um elemento estrutural do sistema jurídico, que podemos denominar provisoriamente de “não-direito”. Tanto os momentos autoritários de suspensão do ordenamento jurídico foram desconsiderados em seu estudo por não se enquadrarem dentro do modelo de Estado Democrático de Direito, como as exceções cotidianas são tratadas dentro da distinção entre interpretações justificáveis e “atribuíveis” aos textos constitucionais e legais.⁹³ Em ambos os casos, a *força* que o Estado busca apreender em si – e que a forma direito procura controlar democraticamente através de seus diversos procedimentos funcionais – perde sua relação com o direito. Ou, ainda pior, essa violência estrutural aparece como algo que pode ser corrigido em um Estado de direito em que os sistemas jurídicos funcionem com abertura cognitiva e fechamento operacional – malgrado, os Estados das civilizações ditas

⁹³ NEVES, 2012, p. 244/207.

desenvolvidas, hoje mais do que nunca, não se cansem de apontar para essa impossibilidade (basta olharmos para a situação dos refugiados e de todos aqueles que precisam invocar os seus direitos humanos).

Por outro lado, devemos reconhecer, ao menos, duas grandes contribuições de sua teoria. A primeira, já apresentada, consiste em questionar a legitimidade do Estado de direito periférico ao demonstrar que a forma direito não pode funcionar de acordo com o seu discurso em condições de extrema desigualdade. Considerando que muitos teóricos liberais desprezam as condições sociais de aplicação das normas em nome da ficção representada pelo contrato, o potencial crítico dessa leitura não pode ser desprezado. Além do mais, Neves consegue apontar em certa medida para o caráter ambíguo dos direitos no Estado periférico.

De acordo com o teórico pernambucano, a ineficácia generalizada dos dispositivos constitucionais referentes à “igualdade”, “liberdade” e “participação” exerce uma função político-ideológica, de modo que quanto menor a efetividade jurídico-normativa dos textos legais, maior seu efeito político-simbólico. Os textos constitucionais não apenas são pouco efetivos, quanto não constituem uma expectativa congruente generalizada de que serão efetivados. Essa condição origina, ao mesmo tempo, dois resultados aparentemente contraditórios. De um lado, os direitos servem como fachada que esconde a impotência do Estado, acarretando uma “superexploração” do direito pela política que camufla as próprias relações de sobrecidadania e subcidadania. Advém daí a tendência a considerar resolvido tudo aquilo que encontra determinação na lei, mesmo que autoridades e cidadãos saibam que se trata de uma forma vazia. Por outro, o caráter conotativo desses textos normativos nem sempre é funcional à manutenção

do *status quo*, podendo servir como arma contra a negação dos direitos.⁹⁴

A força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos. Esta ambivalência significa que o simbólico não se reduz ao “ideológico” no sentido de ilusão negadora de outras alternativas ou ao “retórico” no sentido de uma mera persuasão, descomprometida com o acesso aos direitos, pois também, paradoxalmente, incorpora o espaço da crítica ao modelo normativo de fachada. Por um lado, a afirmação simbólica de direitos e institutos jurídicos, sem qualquer compromisso com o real acesso ao mesmo ou à sua efetivação, pode levar à apatia pública e ao cinismo das elites, como também pode conduzir à mobilização social que contribua para a sua concretização normativa e efetivação.⁹⁵

Desse modo, mesmo sem tematizar os excessos inerentes à estatalidade e analisando o direito periférico à luz de conquistas obtidas pelas instituições eurocêntricas, Neves apresenta um panorama realista para o significado da luta pelo direito no Brasil. Ao tempo em que a existência de um Estado democrático de direito na periferia não garante a manutenção de uma esfera pública pluralista pela ausência de uma generalização institucional da cidadania, o reconhecimento de direitos carrega consigo o potencial simbólico de mobilizar a sociedade na luta

⁹⁴ NEVES, 1995, p. 23-24. NEVES, 2012, p. 256-257. NEVES, 2005, p. 5.

⁹⁵ NEVES, 2005, p. 5.

por sua concretização. A forma direito, que legitima a desigualdade, fortalece, ao mesmo tempo, a luta por maior inclusão jurídico-política.

2.3. A crítica marxista ao Estado na teoria jurídica nacional possui muitos vieses internos. Uma leitura específica sobre o tema precisaria analisar confluências, discordâncias e complementariedades de diferentes movimentos teóricos e políticos ocorridos no Brasil nas últimas décadas, tais como o direito alternativo, o pluralismo jurídico, o novo constitucionalismo latino-americano, o direito insurgente, entre outros. Entretanto, sobretudo após a Constituição de 1988, parcela significativa dessa intelectualidade migrou definitivamente de uma crítica *ao* direito para uma crítica *do* direito, adotando um ponto de vista interno ao sistema jurídico que busca, em maior ou menor medida, concretizar as garantias e direitos assegurados institucionalmente.⁹⁶ Por mais que essa tradição crítica possua bases teóricas e propósitos políticos diferentes da perspectiva liberal, ela termina por se afastar igualmente do método marxiano de analisar dialeticamente um fenômeno em vista à totalidade das relações sociais capitalistas. Desse modo, uma crítica estrutural e contemporânea ao direito – preocupada, ademais, com o estudo do Estado brasileiro – pode ser encontrada na obra de Alysson Mascaro.

⁹⁶ Em defesa da refundação do Movimento de Direito Alternativo, Edmundo Arruda Júnior e Marcus Fabiano Gonçalves argumentam que “[a] recuperação da influência do MDA no direito positivo, como vetor do processo de configuração institucional, deve ser agora assentada no compartilhamento de algumas concepções teóricas e históricas sobre o significado e a urgência da realização da modernidade jurídica e social no Brasil. Nossa situação, aliás, não é das mais animadoras nesse terreno de implantação e/ou manutenção da modernidade” (ARRUDA JÚNIOR; GONÇALVES, 2002 p. 46)

A distinção entre crítica ao direito e crítica do direito se encontra em SOARES; PAZELLO, 2014.

Analisando o direito na perspectiva do conflito social, o teórico paulista entende que a nossa história jurídica se voltou mais para a questão da legitimidade da dominação social que da opressão e da sujeição. Sendo a forma direito atualmente existente uma resultante da luta entre classes sociais antagônicas, é preciso compreender os mecanismos históricos e sociais que instituem, ao mesmo tempo, a igualdade formal e a desigualdade social. Em outras palavras, sua teoria busca entender de que maneira o sistema jurídico chancela a injustiça, legal ou não, praticada pelos poderes institucionais. Nesse caso, o papel do direito na sociedade não é visto pelo prisma da reprodução construtiva e consensual de uma esfera pública plural, como ocorre no paradigma sistêmico de Neves. Pelo contrário, a legalidade jurídica remonta ao movimento de reprodução do capitalismo, no qual – ao invés de concórdia e igualdade universal – é fundamental a realidade de exploração do trabalho e da produção, assentada em bases supra-individuais. Na obra de Mascaro, a legitimação pelo procedimento abre espaço para o debate sobre a ilegitimidade e a injustiça de uma sociedade baseada na exploração do homem pelo homem.⁹⁷

Para elucidar as funções desempenhadas pelo Estado e seu direito nessa estrutura, o autor procura analisá-los em suas posições relacionais dentro da totalidade da reprodução social. Não sendo possível explicar a forma direito a partir de suas autodeclarações, ou de seus padrões funcionais e sistêmicos médios, o teórico do direito deve se voltar para o cerne da vida social concreta que, na visão marxista, é a forma mercadoria. Mascaro se posiciona, portanto, a favor da tese do primado do econômico em relação ao político e ao jurídico.⁹⁸ Nas suas palavras: *“É porque há forma-mercadoria que há formas políticas estatais e formas jurídicas imediatamente correlatas, mas o motor da práxis se encontra no processo de interação*

⁹⁷ MASCARO, 2008, p. 15/16. DIMOULIS, 2003, p. 184.

⁹⁸ MASCARO, 2013, p. 10-11/26.

*social produtiva, que, no caso do capitalismo, desdobra-se também incontinenti nos planos político e jurídico”.*⁹⁹

Isso não significa que a economia se constitua a despeito do político e, tampouco, o extremo inverso, que a totalidade seja composta por vetores causais aleatórios em que ambos (político e econômico) se constituem reciprocamente. Mascaro compreende que se trata antes de uma “totalidade estruturada”, de tal modo que a afirmação do jurídico e do político como campos específicos de objetivação das relações sociais é funcional para o todo capitalista. Como tal, a forma direito compõe uma unidade própria dentro da multiplicidade.¹⁰⁰ Desse modo, a definição de que a economia está na infraestrutura da sociedade deve ser compreendida em seu pensamento em determinado sentido:

A imagem didática que se faz a partir da leitura de Marx – de que um nível jurídico e político se levanta a partir do nível econômico – nesse sentido é prejudicial ao entendimento, se se tomar o político-jurídico como um acaso ou acessório do econômico. Na verdade, o político e o jurídico se estabelecem no mesmo todo das relações de produção, ainda que num entrelaçamento dialético de primazia das últimas em face das primeiras no que tange ao processo de constituição da sociabilidade.¹⁰¹

Com base nessa perspectiva teórico-metodológica, Mascaro entende o Estado como um fenômeno propriamente capitalista. O aparato estatal surge e existe para atender as necessidades específicas do novo modo de produção, de tal

⁹⁹ MASCARO, 2013, p. 26.

¹⁰⁰ MASCARO, 2013, p. 26-27.

¹⁰¹ MASCARO, 2013, p. 27.

maneira que as razões para a sua forma devem ser buscadas não na política, mas sim nas relações econômicas advindas na modernidade. Nesse marco teórico, a questão que nos colocamos sobre o funcionamento do sistema jurídico deve ser recomposta no sentido de elucidar sua importância para a reprodução do próprio capitalismo ou, em outras palavras, como o direito moderno assegura o processo intermitente de troca de mercadorias e a própria exploração da força de trabalho.¹⁰²

A resposta inicial trazida pelo autor não difere do que estudamos no capítulo anterior, à medida que o Estado moderno corresponde à necessidade da burguesia nascente de unificação dos territórios feudais para criação de mercados consumidores. Contudo, para além desse ponto, o teórico paulista demonstra que este Estado nascente não atendia de maneira plena ao desenvolvimento capitalista, pois a existência de privilégios enfraquecia política e socialmente o segmento que começava a deter os meios de produção. A diferença pessoal de *status* só faz sentido em uma sociedade estamental, pois equivale aos interesses de uma classe dominante estática. Em uma sociedade dinâmica – em que formalmente todos podem comprar e vender, inclusive a sua força de trabalho – o direito não pode se basear no poder pessoal. O progresso das relações sociais capitalistas necessita das noções, até então inusitadas, de igualdade e de impessoalidade.¹⁰³

O Estado absolutista aparece, assim, ao mesmo tempo, como uma condição e como um obstáculo ao desenvolvimento do modo de produção capitalista. Segundo Mascaro, essa situação muda com a passagem do capitalismo mercantil para o capitalismo manufatureiro e com as revoluções liberais em que o direito adquire a forma da lei.¹⁰⁴ O primado da legalidade é uma

¹⁰² MASCARO, 2013, p. 18.

¹⁰³ MASCARO, 2008, p. 25/39/44.

¹⁰⁴ O teórico paulista retrata nessa construção histórica um traço de continuidade entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, à medida que “o crepúsculo da modernidade – a filosofia do direito jusnaturalista – e a aurora da contemporaneidade – o direito positivo – tratam ao mesmo

conquista histórica da burguesia porque a possibilidade de negociar não depende mais do privilégio e da concessão dos detentores do poder, encontrando estabilidade e previsibilidade na formalidade característica das leis estatais. O Estado – só agora burguês – constitui a legalidade que tem a pretensão de valer para todos igualmente.¹⁰⁵

Esse processo se desenvolve historicamente no sentido de consagrar o direito como o campo da técnica. Assim como a causalidade passa a ser a regra nas *leis* da física dos cientistas modernos, a lógica do contrato representa a matematização do direito, tornando-o mecânico e rígido por mecanismos previamente mensuráveis. Se os compradores e vendedores podem trocar mercadorias independente de suas condições pessoais é porque a técnica jurídica torna absolutamente impessoal a posição dos sujeitos no contrato. Na busca por analisar o fenômeno jurídico dentro da dinâmica da totalidade social, Mascaro apresenta um cenário de *correspondência* entre o Estado, o direito e a economia capitalista em que, como dissemos, a forma estatal e a forma jurídica possuem raízes em comum na forma mercadoria.¹⁰⁶

tempo dos mesmos conteúdos e da mesma aposta na igualdade, na universalidade, na estabilidade das leis. Enquanto o jusnaturalismo é o mundo das leis estáveis da burguesia na filosofia, o positivismo jurídico do século XIX é o mundo das leis estáveis da burguesia dentro do Estado. A diferença reside no exato período em que o poder político-estatal era absolutista para a sua transformação em poder burguês”. (MASCARO, 2008, p. 48)

¹⁰⁵ MASCARO, 2008, p. 27/29-30.

¹⁰⁶ MARCARO, 2008, p. 42-43/49. Apontar essa correspondência não equivale a enxergar uma harmonia no processo histórico e sim uma relação a nível estrutural: “A correspondência que se há de buscar entre economia capitalista e Estado não é a de um aparecimento repentino de ambos no tempo histórico nem de um estabelecimento lógico-funcional que faria com que a existência de um conjunto de relações sociais presidisse obviamente a constituição de outro, pois o seu surgimento é um processo longo, harmônico em muitas ocasiões e conflituoso em muitas outras. A correspondência existente, mais do que em eventos

Seu pensamento procura apresentar a confluência entre essas formas, pois o que dá inteligibilidade e congruência aos atributos internos do Estado e do direito são as formas sociais do capitalismo que, como dissemos, são baseadas na exploração do trabalho assalariado e na conversão de todas as coisas e pessoas em mercadorias. Separando o complexo formal jurídico-político, ele argumenta que ambos são pilares fundamentais para o funcionamento do todo social:

a) a *forma jurídica* atua constituindo o sujeito de direito e seus correlatos, quais sejam, as noções de direito subjetivo, de dever e de obrigação. Esses conceitos técnico-jurídicos só podem existir pressupondo as ideias de vontade autônoma e de igualdade formal na formação dos contratos que vinculam juridicamente as partes;

b) a *forma política* cria o Estado como poder separado dos agentes econômicos diretos. Apesar dos detentores dos meios de produção não exercerem de maneira imediata o poder político, o Estado é o elemento necessário de constituição e garantia da dinâmica da mercadoria e da própria relação entre capital e trabalho.¹⁰⁷

históricos ou sintonia entre suas instituições, é estrutural, entre forma econômica capitalista – valor, mercadoria – e forma política – terceiro necessário em relação aos agentes econômicos. São relações sociais concretas, variadas e desprovidas de qualquer intenção funcional ou de imperiosidade lógica, que, historicamente, estabelecem formas sociais parelhas que dão ensejo às formações sociais do capitalismo”. (MASCARO, 2013, p. 28)

¹⁰⁷ MASCARO, 2013, p. 31-32/39-40. O teórico paulista explica que, apesar do acoplamento posterior entre forma política e forma jurídica, ambas possuem especificidades e existem independente da outra. “O núcleo da forma jurídica, o sujeito de direito, não advém do Estado. Seu surgimento, historicamente, não está na sua chancela pelo Estado. A dinâmica do surgimento do sujeito de direito guarda vínculo, necessário e direito, com as relações de produção capitalistas. [...] Como exemplo de esclarecimento, pode-se valer do caso das sociedades do continente americano que se fundaram na moderna escravidão ao mesmo tempo

Mascaro evoca, dessa maneira, a tese de que o direito constitui um encobrimento da realidade das relações do modo capitalista de produção:

O direito moderno é a consagração da igualdade e da impessoalidade na lei, ao contrário da pessoalidade e da diferença das forças sociais antigas e pré-capitalistas. No entanto, aquilo que é igualdade para o direito moderno é o encobrimento da realidade social desigual pelo condão da técnica formalista, e não a plena igualdade real. A felicidade e a satisfação das necessidades ainda são de alguns e não de todos, mas não há mais sorte nem divindade para consagrar a diferença; há a técnica jurídica a desviar a atenção da desigualdade, e, enquanto desvia a atenção para a pirotecnia das promessas de sua cidadania formal, legitima a injustiça real.¹⁰⁸

Esse marco teórico marxista nos leva, portanto, a concluir que as instituições jurídicas têm a função principal de garantir a continuidade do regime de exploração capitalista. Enquanto a forma jurídica permite o acordo de vontades entre os proprietários dos meios de produção e os trabalhadores assalariados, a forma política assegura que o exercício da força física não seja exercido diretamente pela classe dominante. Não por acaso, muitas vezes é difícil perceber a conexão estrutural entre Estado e capitalismo, à medida que o caráter terceiro do aparato estatal entre o capital e o trabalho faz com que ele não seja controlado por nenhum burguês específico. Ao contrário da

que desenvolviam relações de produção capitalistas, como o que ocorreu no Brasil”. (MASCARO, 2013, p. 40)

¹⁰⁸ MASCARO, 2008, p. 52.

escravidão ou da servidão que explicitam a violência do mais forte, essas duas estruturas garantem que o explorado seja formalmente livre e igual ao seu explorador e, por essa razão, que a injustiça mesma da exploração não seja percebida enquanto tal.¹⁰⁹

2.4. Por tudo o que foi dito, a questão sobre o funcionamento do sistema jurídico na teoria marxista de Mascaro encontra como resposta a afirmação de uma tese anti-estatalista e antinormativista. A crítica à divisão da sociedade em classes implica na necessidade de negar o Estado e a forma jurídica instituídos na modernidade, pois, para o autor, não apenas o capitalismo necessita da legalidade jurídica, quanto esta mesma é própria da sociedade capitalista. Considerando que a legalidade constitui uma técnica apartada das contradições reais, o teórico paulista entende que essa instância jurídica – vinculada ontogeneticamente com as necessidades do capitalismo – não pode continuar em uma sociabilidade que ponha fim à forma mercadoria. A luta política que pretenda acabar com a exploração do homem pelo homem deverá suprimir a forma jurídico-estatal, pois sua existência corresponde, antes de tudo, a uma forma *histórica* de fazer política. Mesmo sem se arriscar a prever como será a política em uma sociedade pós-capitalista fica claro diante dos seus pressupostos que a forma direito, burguesa por excelência, não teria lugar.¹¹⁰

Desse modo, Mascaro discorda do argumento pretensamente sociológico que pretende enxergar no Estado de direito uma forma de lidar com o problema do aumento exponencial da complexidade social na modernidade. De acordo com o seu raciocínio, a diferença da política antiga para a moderna não é uma questão quantitativa, pois “[a]grupamentos de senhores do passado poderiam, eventualmente, ter arranjos quantitativos até mais complexos – e mesmo um número de

¹⁰⁹ MASCARO, 2013, p. 18.

¹¹⁰ MASCARO, 2008, p. 18/57/59-60.

compartilhantes de tal poder maior – que muitas sociedades modernas”.¹¹¹ Realmente decisivo, para ele, é que nossas sociedades contemporâneas separam a posição estrutural do Estado dos interesses imediatos de cada indivíduo ou classe, de modo que o aparato estatal se configura como uma forma específica de reprodução social e econômica. A especificidade da dominação política no capitalismo se deve, portanto, à *forma* do exercício do poder e não ao grau de complexidade da sociedade de massas.¹¹²

Isso não implica, necessariamente, que a ação política deva simplesmente desprezar as possibilidades abertas pela institucionalização da *forma direito* que, na definição do teórico marxista, instaura um regime de circulação das vontades políticas a partir de procedimentos manipuláveis mediante as formas jurídicas. Mesmo sem aproximar sua leitura sobre a *ambiguidade* do direito ao problema do Estado periférico brasileiro (o que, como veremos, nos parece fundamental), Mascaro acerta ao apontar para o aspecto paradoxal do caráter terceiro da estrutura estatal. É fundamental entender que o fato da forma política e da forma jurídica serem erigidas a partir da forma mercadoria não elimina a relação contraditória, conflituosa e instável entre o seu funcionamento efetivo e os interesses da classe dominante. Não existe um poder olímpico que assegure um resultado antecipado e ideal para a reprodução do capitalismo.¹¹³ Sem uma derivação lógica entre economia e política, e tampouco uma funcionalidade

¹¹¹ MASCARO, 2013, p. 54.

¹¹² MASCARO, 2013, p. 54.

¹¹³ MASCARO, 2013, p. 43. Mascaro aprofunda explicando que “[d]eterminadas instituições políticas podem surgir de modo contrário ao processo de valorização do valor ou mesmo de modo oposto ao interesse de algumas classes dominantes. Em se tratando de instâncias de uma forma terceira às dinâmicas das classes, sua relação com estas pode ser harmônica ou, muitas vezes, conflituosa. As disputas políticas no seio das facções burguesas são exemplos de alterações políticas que podem ou não ser bem recebidas ou readministradas pelas instituições estatais em benefício da própria reprodução do capital”. (MASCARO, 2013, p. 32)

necessária, a natureza repressiva do Estado caminha ao lado de seu elemento afirmativo, permitindo a constituição do espaço de uma “comunidade” em que os interesses e vontades dos sujeitos de direito – exploradores e também explorados – possam se manifestar.¹¹⁴

Simplificando, podemos dizer que a ambiguidade se manifesta na dupla face da *luta pelo direito*. Por um lado, o direito legitima a exploração da mais-valia e a ação política que se exerce por meio dos seus procedimentos ocorre dentro dos limites possíveis à própria manutenção da burguesia enquanto classe dominante. As normas positivadas pelo Estado – incluindo o rol dos chamados direitos fundamentais (dentre os quais, a liberdade contratual, a igualdade formal, a propriedade privada, entre outros) – sobredetermina qual política é possível de ser exercida, garantindo, em última instância, a reprodução da economia e do seu modo de produção correspondente. A legalidade estatal é resultante da luta da burguesia pela montagem de um sistema jurídico que, por essa razão, respalda necessariamente seus próprios interesses. Por outro lado, por não ser um aparelho imediato de uma classe, o Estado é permeável às contradições sociais e à dinâmica concreta da luta de classes. Sem desmerecer a força de demandas estruturais externas, existe sempre uma margem significativa de submissão do Estado aos desígnios momentâneos do poder, o que pode proporcionar ganhos relativos aos segmentos sociais submetidos à exploração econômica, ou mesmo a outros tipos de opressão (como gênero, raça, região, entre outros).¹¹⁵

Se o Estado é autônomo quanto aos sujeitos de direito em relação mercantil e produtiva capitalista, então ele não se apresenta, formal e imediatamente, como a vontade da burguesia ou, via contrária, da

¹¹⁴ MASCARO, 2013, p. 111/19.

¹¹⁵ MASCARO, 2008, p. 32-33. MASCARO, 2013, p. 48.

classe trabalhadora. Mas se o Estado revela autonomia perante as classes, não quer revelar, com isso, indiferença em relação ao todo social. Não é o domínio do Estado por uma classe que revela sua razão estrutural de ser: é a forma que revela a natureza da reprodução social. A forma política estatal é necessariamente distinta de todos os indivíduos ou classes, justamente porque somente assim a reprodução econômica capitalista pode ser estabelecida. A junção do aparato político com o imediato interesse econômico dominante representaria uma volta a modos de produção do tipo escravagista ou feudal. Se há autonomia do Estado, ela existe de modo necessariamente relativo, quer dizer, fincada na dependência estrutural e existencial de determinado tipo de reprodução social, capitalista.¹¹⁶

Em todo caso, mesmo que possamos extrair uma percepção da ambiguidade da luta pelo direito dos escritos de Mascaro, sua tese central é profundamente crítica ao uso do direito pelos sujeitos políticos que buscam a emancipação humana. Para ele, ainda quando governado por membros ou movimentos das classes trabalhadoras, o Estado continuará sendo capitalista. Todos os governos operam dentro dos Estados e, portanto, acabam administrando as contingências derivadas de uma sociabilidade fundada na forma mercadoria. A democracia no capitalismo não muda esse cenário, pois, de acordo com o teórico paulista, não é possível colocar em jogo mudanças no modo de produção, assim como não se pode votar para flexibilizar a propriedade privada.¹¹⁷

¹¹⁶ MASCARO, 2013, p. 45-46.

¹¹⁷ MASCARO, 2013, p. 46-47/59-60/86.

A nosso ver, essa leitura termina por cometer um equívoco simetricamente inverso ao que identificamos na teoria de Neves. Enquanto a pretensão sociológica deste analisa o Estado democrático de direito sem colocar as relações sociais capitalistas minimamente em perspectiva, Mascaró compreende o Estado e o direito modernos dentro da totalidade social capitalista, mas não concede qualquer destaque ao funcionamento específico da forma direito. A fidelidade a Marx nesse caso termina por *deshistoricizar* as diferentes fases do desenvolvimento do Estado moderno que, como sabemos, adota nas democracias liberais contemporâneas uma forma inclusiva para a juridificação de novas demandas sociais. Além do mais, conforme veremos em outro momento, a conexão fundamental com o elemento econômico parece servir em sua teoria como uma maneira de encontrar uma resposta para a função do direito sem uma análise empírica das instituições existentes.

De fato, é significativo que Mascaró consiga apontar para o caráter estrutural da forma política moderna, desfazendo o equívoco de determinada leitura marxista que reduz o Estado à condição de mero comitê dos interesses de uma classe contra a outra. O controle que eventualmente uma classe exerce sobre o aparato estatal não abre imediatamente o poder público em seu total favor, pois o direito não é um instrumento *neutro* à disposição dos detentores momentâneos do poder político.¹¹⁸ Esse

¹¹⁸ O teórico paulista critica, nesse sentido, o pensamento socialdemocrata: “A concepção marxista do direito, postulando-o a partir de uma mera inversão do domínio burguês para o domínio proletário, portanto esvaziando de conteúdo intrínseco a legalidade e a tornando uma espécie de técnica a princípio neutra – ilusão que, dentre outros mais, levará até mesmo Kelsen a postular uma possibilidade de que a Teoria Pura do Direito se aplicasse a estados socialistas –, é o modelo de compreensão da legalidade que se vê tanto no marxismo social-democrata austro-húngaro do começo do século XX, com Renner por exemplo, e que ainda, de alguma forma e de outras maneiras, persistirá na União Soviética stalinista, e, de modo bastante diverso e distante do stalinismo, encontrará eco no pensamento que se acostumou a chamar de marxismo ocidental, nas décadas de 1960 e 1970, que

argumento contribui para tornar mais complexa a análise do processo de dominação capitalista, sobretudo, por limitar a proposta de mera instrumentalização do direito que anima parcela dos movimentos jurídicos progressistas.¹¹⁹ Contudo, ele pouco diz sobre as potencialidades de um Estado que adote a forma direito (o que Neumann chamará mais adiante de *Rechtsstaatscharakter*, o caráter de Estado de direito).

Quando se dedica a analisar o Estado democrático de direito, Mascaro se restringe a afirmar que as disputas e postulações dos grupos e indivíduos estarão constringidas à forma política estabelecida, ou seja, a seu ver, a luta política pelo direito é incapaz de pôr freio à reprodução contínua do capital.¹²⁰

Ao invés de estender a deliberação política democrática ao limite, o direito restringe e qualifica seus espaços e mecanismos. Os resguardos dos direitos subjetivos fundamentais e dos ritos e procedimentos previamente instituídos possibilitam facultar a livre deliberação a um espaço temático já então delimitado e formalizado. A aparente virtude da democracia moderna seria a liberdade irrestrita de deliberação sobre os assuntos. De fato, ela é conseguida na medida dos mecanismos de apuração da vontade da maioria. Ocorre, no entanto, que, balizada pelo direito, a ação política é ampla, livre e voluntariosa justamente num espaço que é previamente construído estatalmente.¹²¹

postulava alguma espécie de conjugação de revolução e democracia, institucionalismo e socialismo”. (MASCARO, 2008, p. 63-64) Ver também, nesse mesmo sentido, ALMEIDA, 2011, p. 67.

¹¹⁹ MASCARO, 2013, p. 63.

¹²⁰ MASCARO, 2013, p. 61.

¹²¹ MASCARO, 2013, p. 87.

Além de ignorar a questão sobre em que medida outros tipos de opressão podem ser combatidas através da juridificação de demandas sociais, o autor desconsidera o papel do direito no controle da economia, sobretudo, na atual fase do capitalismo.¹²² De acordo com o próprio teórico paulista, o imperialismo contemporâneo esgarça a legalidade e o momento institucional como formas de controle, à medida que a reprodução especulativa do capitalismo realiza a dominação em um nível mais amplo, fora do direito nacional e do controle de governantes submetidos minimamente ao jogo democrático. A própria legalidade estatal se encontra enfraquecida diante dos desígnios de um poder global.¹²³ Ora, nesse caso, abandonar as possibilidades de luta pelo direito reforça exatamente a lógica da dominação contemporânea. O neoliberalismo é o mecanismo pelo qual a classe dominante procura restringir o caráter terceiro do Estado, a um só tempo, concentrando os meios de produção e detendo os meios técnicos para controlar o exercício do poder político. Isso para não argumentar agora sobre os óbices ao capitalismo inerentes a um Estado de direito, o que vez por outra leva à decretação explícita de um estado de exceção.

A teoria marxista de Mascaro defende uma ação política *fora* ou, até mesmo, *contra* as instituições vigentes. Nesse caso, a luta pelo direito (ou, poderíamos dizer, a luta pela *justiça*) se caracteriza como uma disputa para supressão do Estado e do direito modernos. De acordo com o seu raciocínio, o Estado democrático de direito representa um bloqueio da luta dos trabalhadores, pois a ação política supostamente livre dos sujeitos políticos se encontra sempre limitada de antemão pelas formas instituídas nos textos jurídicos instituídos. Sendo assim, só resta

¹²² Em determinado momento da sua obra, Mascaro defende uma posição profundamente controversa sobre essa questão, ao afirmar que “o capitalismo, desde os movimentos iniciais de expansão econômica, forma uma legalidade como suporte da reprodução do capital, mas *não dá aberturas à operacionalização da legalidade contra a lógica econômica*” (MASCARO, 2008, p. 114) (grifo nosso)

¹²³ MASCARO, 2008, p. 117.

às forças sociais com pretensões emancipatórias apostarem nas *situações extremas das contradições* que – revelando a insuficiência da forma política estatal – possam ensejar uma ação autenticamente revolucionária.¹²⁴

Chama especial atenção que essa negação peremptória do Estado de direito seja realizada por um teórico do direito no *Brasil* – um país que, como afirma o próprio autor, não conheceu a legalidade em sua forma clássica. O processo de formação da nossa modernidade periférica implicou e implica em problemas específicos que não podem se contentar com as respostas fornecidas pelas teorias explicativas e normativas do capitalismo central. O autor marxista menciona algumas dessas especificidades, dentre os quais destacamos a dependência externa e a cidadania que não garante sequer a igualdade formal.¹²⁵

¹²⁴ MASCARO, 2013, p. 87/61/63. Vale destacar que nem toda crítica marxista, mesmo em uma perspectiva revolucionária, prescinde da importância da disputa institucional. José Ricardo Cunha, por exemplo, advoga pela complementaridade entre a luta anticapitalista e a luta por direitos: “Sendo fiel ao materialismo histórico de Marx, é de se constatar que o direito é um fato e a ordem jurídica existe concretamente e interfere na dinâmica da vida real dos trabalhadores e das pessoas em geral. Com efeito, se, por um lado, não se pode ter ilusões quanto às categorias universais do direito e nem se pode achar que o mundo jurídico produzirá as transformações profundas e radicais que conduziriam ao fim do processo de acumulação capitalista, por outro lado, não se pode acreditar que este mesmo mundo jurídico é desprezível e simplesmente abrir mão dele para entregá-lo, de bandeja, aos capitalistas para que reforcem, sem resistência, seu processo de dominação no âmbito das instituições. Nesse sentido, aquilo que chamo de luta por direitos é uma parte importante de um movimento maior de busca pela autonomia e emancipação humana”. (CUNHA, 2014, p. 443) Nesse mesmo sentido, SOARES; PAZELLO, 2014, p. 494 e BRUZIGUESSI, 2014, p. 47.

¹²⁵ MASCARO, 2008, p. 16. De maneira controversa, o autor menciona também nesta passagem “a debilidade da resistência popular interna”. (Idem)

Contudo, Mascaro incorre em uma contradição inaceitável ao analisar a legalidade no caso brasileiro.¹²⁶ Por um lado, quando procura explicitar os efeitos perniciosos e as peculiaridades da exploração na periferia, sua teoria demonstra acertadamente que a dominação capitalista no Brasil é ainda mais danosa do que nos países centrais porque existe uma defasagem do capital nacional em face do externo. Não por acaso, o arrocho salarial, a precariedade de direitos e a instrumentalização da legalidade como forma de controle social são impostos na periferia de maneira mais incisiva e violenta.¹²⁷ Por outro lado, e de maneira incompatível com o referencial marxista, Mascaro critica as relações sociais no Brasil por se basearem no “favorecimento” e no “compadrio”, fazendo com que a ineficácia da legalidade estatuída na esfera pública em nosso país apareça como um problema cultural do povo brasileiro que ainda não assimilou a impessoalidade própria da modernidade central.¹²⁸

¹²⁶ Nessa parte do seu estudo, Mascaro faz referência a autores com interpretações bastante díspares sobre o Brasil, como Victor Nunes Leal, Celso Furtado, Florestan Fernandes, Ruy Mauro Marini, Roberto DaMatta, José Murilo de Carvalho, Raymundo Faoro, Caio Prado Junior, Marilena Chauí, Darcy Ribeiro, Sérgio Buarque de Holanda. A miríade de pressupostos e conclusões sobre o tema torna inevitáveis as contradições do autor em uma leitura sobre o direito brasileiro. (MASCARO, 2008, p. 81ss.)

¹²⁷ MASCARO, 2008, p. 92. Ao contrário da teoria de Neves, que como dissemos se esquia de fazer essa associação, o teórico paulista explicita a relação entre a estabilidade jurídica dos países centrais e a suposta disfuncionalidade do sistema jurídico na periferia: “Economias que se posicionaram internacionalmente como colonialistas, imperialistas ou exploradoras de outras sociedades puderam ter margens para o incremento de suas formas políticas e de participação democrática. Por outro lado, economias coloniais, dependentes ou exploradas externamente tiveram grande dificuldade em assentar bases de liberdade política aos seus próprios grupos e classes explorados internamente”. (MASCARO, 2013, p. 90)

¹²⁸ MASCARO, 2008, p. 86.

Diante de tudo que foi exposto, é fundamental notarmos os pontos de encontros e de desarticulação na interpretação sobre o funcionamento do sistema jurídico entre as perspectivas liberal e marxista. Enquanto a primeira trata o acoplamento estrutural entre política e direito como necessário a uma sociedade moderna hipercomplexa e plural em que os subsistemas sociais se reproduzem com base em seus códigos próprios, a segunda entende que a vinculação ontogenética entre o direito e o capitalismo faz com que toda ação política dentro do Estado esteja sobredeterminada para a reprodução do capital. À necessidade de uso do direito corresponde, no extremo inverso, o dever de lutar contra ele.¹²⁹

Em ambas as perspectivas, a crítica ao sistema jurídico periférico aparece, mesmo que apenas em determinados momentos, como uma questão antropológico-cultural em que o problema central do Estado de direito no Brasil se deve ao fato das relações intersubjetivas em torno do direito serem vulneráveis aos aspectos pessoais dos envolvidos. No contexto brasileiro, esse argumento termina por recair na crítica à corrupção e à burocracia estatais, desconsiderando o elemento, a nosso ver, decisivo: o processo brutal e violento de *abandono* de amplos segmentos sociais até mesmo das condições psicossociais necessárias para o ambiente concorrencial que se instaurava no país. O Estado brasileiro se caracteriza por atuar, com base em critérios biopolíticos, dando forma à vida de um povo e, assim, destruindo as vidas e as formas de vida que não interessam ao desenvolvimento do capitalismo global. Que ainda assim o neoliberalismo tenha tornado a forma direito um instrumento limitado, porém indispensável, para a resistência destes *banidos*

¹²⁹ Chega a ser anedótico dessa dicotomia que, frente aos episódios que em 2016 retiraram Dilma Rousseff do governo, Marcelo Neves tenha discursado em defesa da mandatária afirmando que estávamos diante de um “equivalente funcional do golpe”, ao tempo em que Alysson Mascaro publicava um artigo com o sugestivo título “todo direito é um golpe”. (MASCARO, 2016)

pelo Estado na periferia constitui a ambiguidade da luta pelo direito perante a qual precisamos elaborar um sentido.

3. O SISTEMA JURÍDICO NA PERIFERIA DA SOCIEDADE NEOLIBERAL

3.1. Face ao processo violento de transculturação que levou os povos da periferia a adotarem as instituições dos colonizadores, podemos considerar que a forma direito no Brasil possui o mesmo discurso de legitimidade dos Estados centrais: como vimos, ela se apresenta como um modo de exercício da força pública que busca assegurar mediante vínculos jurídicos formais o controle dos excessos inerentes ao poder, servindo, ainda, para reforçar a ideia de que o Estado serve igualmente a todos. Entretanto, esta coincidência de razões em termos teóricos não se verifica em uma reflexão sobre as funcionalidades práticas das instituições jurídicas na periferia. Por essa razão, o estudo sobre o funcionamento do sistema jurídico no Brasil exige uma visão acurada sobre o que caracteriza as relações sociais e jurídicas em países que se modernizaram de maneira específica em relação às teorias explicativas tradicionais.¹³⁰

Antes de ingressar na apresentação do ponto de vista que, a nosso ver, capta os aspectos centrais que regulam o funcionamento das instituições modernas no Brasil é importante elucidar o sentido com o qual nos apropriamos da tese da singularidade nacional. Por um lado, não restam dúvidas que, como obra colonial de Portugal, o Brasil se constituiu como povo-nação, representando um novo modelo de estruturação

¹³⁰ A intersecção, no âmbito da teoria do direito, entre a filosofia política e a sociologia da modernidade periférica é utilizada explícita ou implicitamente pelos autores que buscam refletir sobre as especificidades do sistema jurídico no Brasil. Os estudos que não recorrem a esta estratégia metodológica são exatamente aqueles que, por desprezo à problemática ou inaceitável ingenuidade, têm como pressuposto a ideia de que existe um único e mesmo direito na tradição política ocidental.

societária.¹³¹ Contudo, um saber com pretensões de rigor e crítica não deve se utilizar dessa compreensão para alimentar a crença de que o nosso país possui uma singularidade absoluta, o que equivaleria a tratar as especificidades socioculturais brasileiras como a totalidade a ser conhecida e, desse modo, a ignorar a relação dialética entre a particularidade histórico-concreta do Brasil e a universalidade do desenvolvimento do próprio capitalismo no mundo. A formação das instituições nacionais e o seu posterior processo de modernização ocorreram de maneira própria: conectada, porém, distinta da modernidade central. Desse modo, somente conhecendo as estruturas profundas do capitalismo contemporâneo – que engendraram determinados povos como periféricos – é possível desvendar as implicações que essa história legou para o modo específico de funcionamento das instituições locais.¹³²

A dificuldade de conhecer essas “estruturas profundas” do sistema capitalista deriva do próprio “naturalismo” que permeia o Estado e o mercado (as instituições modernas por excelência).¹³³

¹³¹ RIBEIRO, 2006, p. 62. Darcy Ribeiro justifica o uso do “novo” afirmando que o Brasil “surge como uma etnia nacional, diferenciada culturalmente de suas matrizes formadoras, fortemente mestiçada, dinamizada por uma cultura sincrética e singularizada pela redefinição de traços culturais delas oriundos. Também novo porque se vê a si mesmo e é visto como uma gente nova, um novo gênero humano diferente de quantos existam. *Povo novo*, ainda, porque é um novo modelo de estruturação societária, que inaugura uma forma singular de organização socioeconômica, fundada num tipo renovado de escravismo e numa servidão continuada ao mercado mundial”. (RIBEIRO, 2006, p. 17)

¹³² MAZZEO, 2015, p. 20/25. SOUZA, 2009, p. 103-104. Jessé de Souza alerta que o procedimento teórico que cria a ideia de uma singularidade absoluta do Brasil cumpre com interesses pragmáticos de construir uma narrativa de “unidade nacional”, servindo como fonte alternativa de solidariedade social entre grupos e classes em conflito. (Idem)

¹³³ Com base na teoria de Charles Taylor, Jessé de Souza explica que o naturalismo “é a tendência moderna, operante tanto no senso comum da

A concepção comum costuma enxergá-los como aquisições evolutivas externas aos indivíduos, construindo a visão de um surgimento espontâneo do capitalismo para atender as necessidades pré-existentes das pessoas. Para superarmos essa ideologia é preciso entender que todas as práticas sociais que regem a nossa vida cotidiana possuem implícita e inarticuladamente uma interpretação acerca do que é bom, de quais valores devemos perseguir e, conseqüentemente, do valor diferencial dos seres humanos. Desse modo, podemos denunciar o simplismo da opinião corrente de que o capitalismo existe para atender às nossas “necessidades” por bens de consumo. Na verdade, o sistema capitalista pode se perpetuar na medida em que existe uma moldura contextual anterior que nos diz que é bom consumir ou que pessoas que ostentam determinados objetos são mais dignas e valorosas.¹³⁴

Não devemos estranhar, portanto, que na antiguidade clássica o homem reconhecido socialmente como “valoroso” era aquele que se dedicava à vida contemplativa por oposição à vida prática ou que, na idade média, o reconhecimento se transmitisse

vida cotidiana quanto na forma de praticar filosofia ou ciência dominantes, de desvincular a ação e a experiência humana da moldura contextual que lhe confere realidade e compreensibilidade”. (SOUZA, 2012, p. 27)

¹³⁴ SOUZA, 2012, p. 27-29. Na tentativa de explicar de que maneira Taylor articula a ontologia moral por trás das nossas intuições, o sociológico brasileiro afirma que “[a] nossa identidade, diz Taylor, é formada pelas identificações e escolhas providas por este pano de fundo valorativo, seja por afinidade, seja por oposição a elas. A ideia central aqui é a de que apenas formulamos sentido para nossas vidas com base na relação que estabelecemos com as avaliações fortes que formam a referência última da condição da vida do sujeito moderno. Um indivíduo sem referência a esse pano de fundo seria um caso patológico. Identidade é sempre uma matéria que tem a ver com ‘redes de interlocução’ (*webs of interlocution*) que pressupõem um pano de fundo comum para que exista a comunicação e até a originalidade humana possível que é aquela que se mantém no horizonte das visões compartilhadas”. (Idem, p. 29)

através de vínculos de sangue (o nobre de sangue azul em detrimento do plebeu que jamais poderia gozar do mesmo *status*). Em todos esses casos existe uma hierarquia valorativa incorporada aos homens e compartilhada socialmente sobre aquilo que deve ser feito. O decisivo no pano de fundo moral da modernidade é que pela primeira vez, sob a forma dos direitos subjetivos, a tendência igualitária passa a reconhecer formalmente a dignidade de todos os seres humanos.¹³⁵ A “dignidade” agora – ensina Jessé de Souza – vai designar a possibilidade de igualdade nos direitos individuais capazes de universalização, de modo que “[a]o invés da ‘honra’ pré-moderna, que pressupõe distinção e privilégio, a dignidade pressupõe um reconhecimento universal entre iguais”.¹³⁶

A compreensão desta ideia aparentemente abstrata e contraintuitiva é fundamental porque ela consegue explicar a relação entre os valores que nós, modernos, temos como “naturais” e as instituições que governam as nossas vidas. Não existe nenhum código genético que determine que os homens devam ser regidos pelas noções de calculabilidade, raciocínio prospectivo, autocontrole e trabalho produtivo. Entretanto, esses valores são fundamentos implícitos que regulam tanto a autoestima das pessoas, quanto o seu reconhecimento social. O fato de que não tenhamos consciência disso permite exatamente que esse tipo humano absolutamente contingente atenda de maneira eficaz às necessidades de reprodução do mercado e do Estado. As instituições modernas só conseguem se reproduzir em escala ampliada se as pessoas acreditarem de maneira cega nesses imperativos que, não por acaso, são os hábitos que permitem que as pessoas da chamada “classe média” gozem de bons salários e de prestígio social.¹³⁷

Dito de outra forma, na medida em que o Estado e o mercado necessitam de determinados saberes para se reproduzir –

¹³⁵ SOUZA, 2012, p. 34.

¹³⁶ SOUZA, 2012, p. 35.

¹³⁷ SOUZA, 2012, p. 35. SOUZA, 2009, p. 108.

manejo de máquinas complexas, elaboração de inovações produtivas, conhecimento das leis e das regras estatais –, os bens materiais e ideais monopolizados pelas instituições modernas são distribuídos aos indivíduos e classes que possuem as pré-condições de incorporar esse conhecimento útil. Desse modo, renda, salário, prestígio, reconhecimento social são efetivamente privilégios daqueles que *in-corporaram*, dentro do processo de socialização familiar, os valores exigidos por essa forma de vida competitiva.¹³⁸ Por essa razão, as instituições que reproduzem a sociabilidade capitalista não são simplesmente “externas” aos indivíduos, pois existe uma simbiose necessária entre elas e os valores que cultivamos e transmitimos aos nossos filhos.

[T]oda a nossa socialização e aprendizado é, em grande medida, um aprendizado das necessidades dessas instituições e de como podemos nos moldar a essas necessidades. Desse modo, o que é preciso perceber é que tais instituições, longe de serem “neutras”, possuem toda uma “hierarquia valorativa”, que estipula e estimula certas “virtudes” e condena e estigmatiza outras. Dito de outro modo e indo direto ao ponto, mercado e Estado “criam”, no sentido forte desse termo, um certo tipo de indivíduo e de comportamento individual e condenam todas as outras formas possíveis ao esquecimento e ao estigma social da pré-modernidade, do delinquente e do marginalizado. [...] Para os indivíduos que já nascem sob o império dessas forças impessoais, a noção de “virtude” que elas definem, todas baseadas na disciplina e no autocontrole do corpo e suas necessidades e paixões pela mente, passa a ser tão “natural” quanto o fato de termos que respirar para nos mantermos vivos. Assim

¹³⁸ SOUZA, 2009, 119-120.

como não “refletimos” sobre o ato de respirar, mas apenas “respiramos”, também não refletimos sobre toda a concepção de mundo moral e emocional que essas instituições nos obrigam a seguir. É desse modo que “naturalizamos” e tornamos “invisível” a própria “fonte moral e social” de todo nosso comportamento cotidiano.¹³⁹

Cientes dessa estrutura subjacente ao sistema capitalista, podemos avançar na caracterização da modernidade periférica. Nas sociedades nucleares do ocidente, bem como nas grandes civilizações orientais, o processo de modernização foi precedido pela universalização para todos os estratos da sociedade de uma concepção de mundo de fundo religioso.¹⁴⁰ Portanto, o surgimento de um Estado racional centralizado e de um mercado competitivo ocorre em um ambiente em que amplos segmentos sociais possuem as precondições morais, sociais e emocionais que, como vimos, possibilitam a reprodução do capitalismo. Isso não quer dizer que nos países centrais a modernidade tenha cumprido as suas promessas ou, sequer, que seja efetivamente meritocrática, mas tão somente que estão dadas as condições mínimas para uma competição individualista pelos recursos escassos monopolizados pelo binômio Estado-mercado.

Nas sociedades periféricas, por sua vez, as “práticas” modernas foram anteriores às “ideias” modernas. A ausência de uma religião de fundo como esfera moral autônoma durante o Brasil colonial fez com que a importação eurocêntrica do Estado e do mercado na primeira metade do século XIX ocorresse sem a mínima homogeneização social do tipo de economia emocional necessária para que amplos segmentos sociais pudessem ingressar

¹³⁹ SOUZA, 2009, p. 108-109.

¹⁴⁰ SOUZA, 2012, p. 95.

na barbárie própria a uma sociedade competitiva.¹⁴¹ Pelo contrário, enquanto a Europa e a América do Norte universalizam um consenso valorativo indispensável para o “bom” funcionamento da sociabilidade capitalista, no Brasil e em outros países periféricos a modernização “de fora para dentro” faz com que vigore uma ordem ainda mais perversa, que podemos denominar aqui de *lei do abandono* – esta sim, a verdadeira singularidade da institucionalidade nacional.

Quando o Estado e o mercado começam a germinar em solo brasileiro, transplantados, respectivamente, do Portugal pós-pombalino, parcialmente modernizado, e da Inglaterra, já abertamente modernizada e burguesa, parcela significativa da nossa população estava submetida ao regime de escravidão. Apesar da pouca ênfase que a teoria do direito nacional costuma dar a esse fato incontornável da nossa história, trata-se de uma instituição que logrou quase 400 anos de longevidade com ampla penetração em todo o território. Para além da oposição entre o senhor e o escravo, devemos lembrar ainda que durante séculos o Brasil conviveu com a figura intermediária do “dependente formalmente livre”, isto é, do “agregado” que – mesmo reconhecido como detentor de direitos – ocupava funções dispensáveis na ordem produtiva e, por isso mesmo, estava submetido a condições marginais sob o jugo do senhor de engenho. Embora, neste caso, a dominação fosse ocultada sob formas aparentemente voluntárias e consensuais, dispensando grilhões e algemas, o dependente formalmente livre sofria com a ausência de reconhecimento social semelhante a do próprio escravo.¹⁴²

A abolição da escravidão representa tão somente o momento em que um amplo contingente populacional é abandonado à sua própria sorte. Esses deserdados emergem como

¹⁴¹ SOUZA, 2012, p. 96-98. Jessé de Souza denomina de “conto de fadas sociológico” a tese patrimonialista de que a religiosidade católica operou de maneira disseminada no Brasil. (Idem, p. 95)

¹⁴² SOUZA, 2009, p. 106. SOUZA, 2012, p. 102/121-122.

“cidadãos” desprovidos não apenas dos recursos materiais para a ordem competitiva nascente (vide a inoportunidade de uma reforma agrária), mas, sobretudo, das condições psicossociais sem a qual estarão estigmatizados para sempre como “marginais”. Este é um aspecto decisivo da sociabilidade capitalista na periferia: a inexistência de um processo preliminar de homogeneização do tipo contingente e improvável que serve de base à economia emocional burguesa, fazendo com que o Brasil tenha de lidar com aquilo que Jessé de Souza chama provocativamente de “ralé estrutural”. Para além de sua vasta amplitude, esses contingentes populacionais formam espécies de *subcidadãos*, na medida em que possuem seus direitos formais reconhecidos, mas não incorporaram os valores que lhes permitem integrar em condição de igualdade uma ordem social competitiva.¹⁴³

Conforme veremos mais adiante na filosofia de Giorgio Agamben, o significante “abandono” não deve ser lido neste trabalho apenas como a mera exclusão, porém, mais exatamente, como uma *exclusão inclusiva*, pois, ao serem banidos das condições que lhes permitiriam disputar os bens escassos produzidos socialmente, estes grupos integram sob a forma de bandos (ou bandidos) a totalidade da ordem social. Não por acaso, Gilberto Vasconcellos diz que existe no Brasil uma “*maioria oprimida da população que deseja ser explorada por um patrão que não aparece*”.¹⁴⁴ Essa ampla massa populacional não possui sequer as condições para ser explorada no mercado

¹⁴³ SOUZA, 2012, p. 128/154. “Ao negro, fora do contexto tradicional, restava o deslocamento social na nova ordem. Ele não apresentava os pressupostos sociais e psicossociais que são os motivos últimos do sucesso no meio ambiente concorrencial. Faltava-lhe vontade de se ocupar com as funções consideradas degradantes (que lhe lembravam o passado) – pejo que os imigrantes italianos, por exemplo, não tinham –; não eram suficientemente poupadores e, acima de tudo, faltava-lhes o aguilhão da ânsia pela riqueza. Neste contexto, acrescentando-se a isto o abandono dos libertos pelos antigos donos e pela sociedade como um todo, estava, de certo modo, prefigurado o destino da marginalidade social e da pobreza econômica”. (SOUZA, 2012, p. 155)

¹⁴⁴ VASCONCELLOS, 2015, p. 133.

formal de trabalho e, conseqüentemente, não pode desempenhar o trabalho produtivo útil que, como vimos, é a principal fonte de respeito e reconhecimento social.¹⁴⁵

Ora, sem deter sequer as pré-condições necessárias para que possa gozar de reconhecimento em uma sociedade entre iguais, esses abandonados são condenados a competir, com poucas ou nulas chances de êxito, pelos bens escassos que direta ou indiretamente ajudam a produzir. Ainda mais perverso é que seu fracasso seja assimilado socialmente e até mesmo pelo próprio sujeito como “culpa individual”. Por sua vez, os filhos da classe média – inconscientes de todo o processo de socialização familiar que lhes permitiram incorporar os hábitos necessários para o ambiente concorrencial – acreditam firmemente que são merecedores de toda riqueza e felicidade que podem usufruir. Em outras palavras, apesar de sua autoimagem igualitária, na periferia da sociedade moderna o capital cultural e, conseqüentemente, o capital econômico continuam a ser transmitidos por vínculos de sangue.¹⁴⁶

A hipocrisia do discurso meritocrático integra, nesse caso, uma lógica mais cruel que consiste em estabelecer uma *divisão* dentro do povo brasileiro, a qual opera reduzindo os “membros” descartáveis do “corpo social” aos seus componentes meramente biológicos. Tal segmento social

está abaixo dos princípios de dignidade e expressivismo, condenada a ser, portanto, apenas “corpo” mal pago e explorado, e por conta disso é objetivamente desprezada e não reconhecida por todas as outras classes que compõem nossa sociedade. Essa é também a razão da dificuldade de seus membros construírem qualquer fonte efetiva de autoconfiança e

¹⁴⁵ SOUZA, 2009, p. 118.

¹⁴⁶ SOUZA, 2010, p. 24. SOUZA, 2009, p. 120.

de estima social, que é, por sua vez, o fundamento de qualquer ação política autônoma.

É apenas porque nós brasileiros permitimos a reprodução continuada de uma classe condenada a ser “corpo” sem alma ou mente (ou seja, uma forma de “indivíduo racional” aproveitável econômica e politicamente) que podemos também temê-la e persegui-la cotidianamente como delinquentes ou delinquentes potenciais. É apenas por serem percebidos como meros “corpos”, numa sociedade que valoriza a disciplina e o autocontrole acima de tudo, é que essa classe desprezada é vista como tendencialmente perigosa e como assunto da “polícia”, e não da “política”.¹⁴⁷

Na periferia do sistema capitalista vigora, portanto, um estado de desigualdade que é, antes de tudo, *estrutural*, pois não se trata apenas de um problema de maior ou menor concentração de riqueza ou de renda, mas sim de um *corte* que define de maneira antecipada quais viventes possuem as condições psicossociais para serem reconhecidos intersubjetivamente como cidadãos. A despeito dos institutos jurídicos declararem que todos são iguais perante a lei, a “linguagem do corpo” atua de maneira decisiva demarcando a posição social ocupada pelo indivíduo na hierarquia social. O fato de essa linguagem ser mais fundamental, imediata e imperceptível que a linguagem mediada pelas palavras permite que a distinção social – reprimida nos discursos formais – retorne de maneira opaca e implícita nas relações sociais e jurídicas. Tal estrutura subjacente à nossa sociabilidade configura

¹⁴⁷ SOUZA, 2009, p. 122.

um tipo de violência que não admite defesa, na medida em que nunca se assume como tal.¹⁴⁸

Desse modo, podemos pensar as implicações que a *lei do abandono* traz, até hoje, para o funcionamento do Estado de direito na periferia.¹⁴⁹ O aspecto decisivo consiste em entender que a eficácia social da regra jurídica da igualdade não pode ser assegurada apenas através da sua promulgação formal nas instâncias estatais. Para que pelo menos os direitos negativos de todos os cidadãos fossem garantidos seria necessário um reconhecimento social e transclassista do igual valor de todas as pessoas. Contudo, a constituição de um respeito social objetivo compartilhado socialmente passa, como vimos, por todo um contexto valorativo de fundo, perante o qual parcela significativa da população nacional aparece como “indigna” ou “imprestável”.¹⁵⁰

Um exemplo de Jessé de Souza pode nos ajudar a explicar melhor essa ideia. Traçando um paralelo entre a modernidade central e a modernidade periférica, o sociólogo compara o caso em que um francês ou alemão atropela um compatriota de classe mais baixa com a situação em que um brasileiro de classe média comete o mesmo crime com um membro da “ralé”. Enquanto, no primeiro caso, há altíssima probabilidade de punição de acordo com a lei; no Brasil, malgrado um procedimento policial seja geralmente aberto, o resultado é, na imensa maioria dos casos, a

¹⁴⁸ SOUZA, 2012, p. 98. SOUZA, 2010, p. 49.

¹⁴⁹ Procuramos dar início a essa discussão no ensaio SANTOS; CARDOSO; LEITÃO, 2016.

¹⁵⁰ SOUZA, 2012, p. 167/174. Na explicação mais pormenorizada do sociólogo: a “hierarquia valorativa implícita e ancorada institucionalmente de forma invisível enquanto tal é que define quem é ou não ‘gente’, sempre segundo seus critérios contingentes e culturalmente determinados e, por consequência, quem é ou não cidadão, na medida em que a eficácia da regra da igualdade, que constitui a noção de cidadania, precisa estar efetivamente internalizada e incorporada pré-reflexivamente, também nesta dimensão subpolítica da opacidade cotidiana, para ter validade efetiva”. (SOUZA, 2012, p. 181)

absolvição ou pena de mera contravenção.¹⁵¹ Não por acaso, os crimes que acometem os cidadãos “produtivos” e “valorosos” da classe média costumam ter ampla repercussão na mídia, enquanto a violência bem mais brutal e cotidiana nas favelas adquire tons de indiferença no meio social. Existe, portanto, uma dimensão infra e ultrajurídica que descaracteriza as justificativas da forma direito na periferia.

São esquemas avaliativos compartilhados objetivamente, ainda que opacos, e quase sempre irrefletidos e inconscientes que guiam nossa ação e nosso comportamento efetivo no mundo. É apenas esse tipo de consenso, como que corporal, pré-reflexivo e naturalizado, que pode permitir, para além da eficácia jurídica, uma espécie de acordo implícito que sugere, como no exemplo do atropelamento no Brasil, que algumas pessoas e classes estão acima da lei e outras abaixo dela. Existe como que uma rede invisível que une desde o policial que abre o inquérito até o juiz que decreta a sentença final, passando por advogados, testemunhas, promotores, jornalistas etc., que, por meio de um acordo implícito e jamais verbalizado, terminam por inocentar o atropelador. O que liga essas intencionalidades individuais de forma subliminar e que conduz ao acordo implícito entre elas é o fato objetivo e ancorado institucionalmente do não valor humano, posto que é precisamente o valor diferencial entre os seres humanos que está atualizado de forma inarticulada em todas

¹⁵¹ SOUZA, 2012, p. 174.

as nossas práticas institucionais e sociais, do atropelado.¹⁵²

Em uma sociedade em que o valor diferencial dos seres humanos está ancorado em larga escala no tecido social não cabe reproduzir a ideia de que o Estado pode aplicar a lei pactuada no espaço público com igualdade, como se este ato de aplicação não fosse realizado por sujeitos situados nesta mesma sociedade. O processo social de reconhecimento intersubjetivo dos cidadãos implica diretamente no reconhecimento seletivo de direitos pelas instâncias estatais, jogando por terra as promessas de igualdade e de segurança jurídica que legitimam o apelo à técnica e aos vínculos formais em um Estado de direito. Ao invés de controlar os excessos do poder, a forma direito se caracteriza por atuar mediante a suspensão das leis em vigor, permitindo que, em determinados casos, a força incida sem mediações sobre os corpos de indivíduos que podem ser facilmente repostos na reprodução do sistema capitalista na periferia. Desse modo, não há que se falar que o Brasil constituiu um Estado de direito pautado na noção de legalidade.

3.2. Enquanto na seara interna as promessas do Estado de direito brasileiro não se realizam em virtude de características advindas do seu processo de modernização, em âmbito global, é a própria ideia de forma direito que parece não ter mais as condições de outrora para sua implementação. Como sói acontecer, essas dificuldades atingem a periferia do sistema capitalista de maneira ainda mais violenta. Devemos recordar que o projeto eurocêntrico de *rule of law* nunca se sentiu constrangido ao fazer coincidir uma rigorosa aplicação interna de suas regras com uma política externa belicista e imperialista nas colônias.¹⁵³ A aparente normalidade institucional no centro sempre andou de mãos dadas com os arbítrios do estado de exceção na periferia.

¹⁵² SOUZA, 2012, p. 175.

¹⁵³ ZOLO, 2006, p. 65-66.

Desse modo, tampouco podemos nos surpreender que a criação de uma nova ordem global possua efeitos específicos em países que, como o Brasil, não concretizaram sequer as garantias próprias ao regime liberal.

Para que possamos compreender essas pressões que o sistema jurídico está submetido na modernidade periférica precisamos retomar as condições que permitiram a emergência da própria sociedade neoliberal. Durante as décadas em que o mundo esteve atravessado pela possibilidade concreta de uma alternativa global ao atual modo de produção, os países centrais se organizaram em torno de um modelo institucional que se propunha a equilibrar as tensões inerentes à relação entre capital e trabalho. Deixando essencialmente intocadas as formas de vida necessárias para a reprodução do capitalismo, os Estados sociais de direito europeus se propunham a garantir que o crescimento econômico ocorresse de maneira concomitante ao bem-estar dos trabalhadores. Para tanto, o poder público assumia a responsabilidade de buscar um estado de pleno emprego e que, apesar da concentração injusta de renda e de riqueza, todos os cidadãos tivessem acesso aos serviços de saúde, educação, entre outros.¹⁵⁴

¹⁵⁴ HARVEY, p. 20. Em apertada síntese, podemos caracterizar este período da seguinte forma: “Nos países capitalistas avançados, a política redistributiva (incluindo algum grau de integração política do poder sindical da classe trabalhadora e apoio à negociação coletiva), os controles sobre a livre mobilidade do capital (algum grau de repressão financeira particularmente por meio de controle do capital), a ampliação dos gastos públicos e a criação do Estado de bem-estar social, as intervenções ativas do Estado na economia, e algum grau de planejamento do desenvolvimento caminharam lado a lado com taxas de crescimento relativamente elevadas. O ciclo de negócios foi controlado com sucesso mediante a aplicação de políticas fiscais e monetárias keynesianas. Promoveu-se uma economia social e moral (sustentada às vezes por um forte sentido da identidade nacional) por meio das atividades de um Estado intervencionista. O Estado transformou-se na verdade num campo de força que internalizou relações de classe. Instituições da classe trabalhadora como sindicatos e partidos políticos

Durante certo período, esses objetivos foram alcançados e a aparente *pax mundial* se dava sob o manto de um “consenso keynesiano”, no qual as garantias individuais do Estado liberal se somavam ao intervencionismo no campo econômico. Contudo, no final da década de 60, o cenário nesses países já era de estagnação econômica e de altas taxas de inflação. Cientes de que a insatisfação generalizada da população com suas condições de vida poderia abrir margem a um questionamento da totalidade do sistema, as elites econômicas recorreram a um projeto teórico-político capaz de recompor suas margens de lucro que ficaram praticamente estagnadas ao longo dos anos de intervenção estatal em prol da classe trabalhadora. Para tanto, começam a ganhar assento as teses capitaneadas por Friedrich Hayek na chamada sociedade de Mont Pèlerin, segundo as quais, não apenas um Estado de bem-estar destruía a liberdade dos cidadãos, como a desigualdade era um valor positivo e necessário para o desenvolvimento das sociedades ocidentais.¹⁵⁵

Essas ideias, que durante décadas ficaram apenas na teoria, representam o germe de um longo processo de reestruturação do capitalismo internacional que estabeleceu novas condições de acumulação do capital e de incremento do poder das elites econômicas.¹⁵⁶ De acordo com os ideólogos desse modelo de sociabilidade, a única forma de expandir o bem-estar humano é

de esquerda tiveram uma influência bastante concreta no aparato do Estado”. (Idem, p. 21)

¹⁵⁵ HARVEY, 2008, p. 22-26. ANDERSON, 1995.

¹⁵⁶ HARVEY, 2008, p. 27. O fato da atual sociedade neoliberal ter uma forte influência da teoria não significa uma correspondência integral entre ambas. Conforme pontua David Harvey, “quando os princípios neoliberais conflitam com a necessidade de restaurar ou sustentar o poder da elite, esses princípios são ou abandonados ou tão distorcidos que se tornam irreconciliáveis. Isso de modo algum nega o poder que têm as idéias de agir como força de mudança histórico-geográfica. Mas de fato indica uma tensão criativa entre o poder das idéias neoliberais e as práticas reais de neoliberalização que têm transformado nas três últimas décadas o funcionamento do capitalismo global”. (HARVEY, 2008, p. 28-29)

liberar ao máximo as liberdades e as capacidades empreendedoras dos indivíduos. Nesse sentido, o Estado deve adotar uma estrutura institucional que assegure sólidos direitos à propriedade privada, ao livre mercado e ao livre comércio, o que, em outras palavras, implica que o aparato estatal esteja destinado a garantir a integridade do dinheiro, bem como a segurança pública e privada mediante o reforço das funções militares e policiais. Ao considerar que poder público não possui informações suficientes para atender aos interesses difusos dos cidadãos, o neoliberalismo advoga basicamente por uma intervenção mínima do Estado no mercado, deixando as condições de produção da vida sob a égide da lei supostamente natural e espontânea da oferta e da procura.¹⁵⁷

A despeito da distopia de se imaginar uma sociedade em que os devoradores mais fortes se encontram liberados de quaisquer limites na satisfação de suas ganâncias, esse corpo de ideias apresentou resultados mais intensos do que poderia ter sido previsto inicialmente pelos seus próprios defensores. A partir dos anos 70, mas sobretudo nas décadas posteriores, a economia afirma seu domínio sobre as esferas da vida social em todas as partes do planeta, modificando desde a relação dos seres humanos com a natureza até mesmo a forma de ser-si e de estar-junto na atualidade. O desmonte da parte do aparelho do Estado que garantia os direitos sociais e a mediação parlamentar do conflito entre as classes foi acompanhado, portanto, pela massificação de uma racionalidade que afeta a nossa forma mesmo de existência. Desse modo, mais do que uma política econômica implementada por governos de diferentes matizes ideológicos, o neoliberalismo se consubstancia como uma razão do capitalismo contemporâneo que convoca os próprios governados a desejarem um mundo de alta produtividade e de concorrência absoluta. Para esse novo sujeito – que concebe a si mesmo como uma empresa – a precarização das condições de trabalho pode ser vista

¹⁵⁷ HARVEY, 2008, p. 12-13. Sobre a maximização do Estado penal em tempos neoliberais, ver ANDRADE, 2003b.

paradoxalmente como um triunfo da criatividade, da liberdade e da ousadia daqueles que “produzem valor” para a sociedade.¹⁵⁸

Quer dizer, as ideias neoliberais não caminharam *pari passu* com todos os seus resultados. O controle inflacionário não foi seguido, ao contrário do previsto, de um retorno do crescimento econômico. Enquanto o aumento brutal da desigualdade foi acompanhado por uma desconfiguração do próprio regime jurídico liberal que servia de propaganda aos ideólogos do neoliberalismo.¹⁵⁹ De maneira mais exata neste ponto: os pressupostos filosóficos do Estado de direito permanecem exatamente os mesmos, à medida que, após o declínio da União Soviética, as relações políticas e sociais estão ainda mais sedimentadas no individualismo. O que fica

¹⁵⁸ MENEGAT, 2012, p. 26/48-49. DUFOR, 2005, p. 24. DARDOT; LAVAL, 2016, p. 16-17. SOUZA, 2010, p. 54. É preciso atentar para a profundidade desta leitura do neoliberalismo, que não confunde esta “prática normativa global” com um mero receituário econômico: “O grande erro cometido por aqueles que anunciam a ‘morte do liberalismo’ é confundir a representação ideológica que acompanha a implantação das políticas neoliberais com a normatividade prática que caracteriza propriamente o neoliberalismo. Por isso, o relativo descrédito que atinge hoje a ideologia do laissez-faire não impede de forma alguma que o neoliberalismo predomine mais do que nunca enquanto sistema normativo dotado de certa eficiência, isto é, capaz de orientar internamente a prática efetiva dos governos, das empresas e, para além deles, de milhões de pessoas que não têm necessariamente consciência disso”. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 15) Nesse mesmo sentido de uma análise subjetiva do neoliberalismo, ver MORAIS, 1994, p. 49-50, CORREAS, 1996, p. 3/6 e PINTO NETO, 2016.

¹⁵⁹ ANDERSON, 1995. Em todo caso, como leciona Perry Anderson, um dos maiores êxitos do movimento neoliberal foi disseminar “a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas. Provavelmente nenhuma sabedoria convencional conseguiu um predomínio tão abrangente desde o início do século como o neoliberal hoje. Este fenômeno chama-se hegemonia, ainda que, naturalmente, milhões de pessoas não acreditem em suas receitas e resistam a seus regimes”. (Idem)

verdadeiramente em xeque são as possibilidades concretas da forma direito cumprir com suas promessas de limite e de controle social do poder que afeta a vida dos indivíduos.¹⁶⁰

A questão é que a ideia clássica de Estado de direito pressupõe que todo e qualquer cidadão possa pautar racionalmente sua conduta em normas emanadas anteriormente pelas instâncias estatais das quais lhe foi facultado participar. Por isso a importância dos mencionados princípios de diferenciação e de divisão do poder que visam assegurar, no mínimo, igualdade e segurança jurídica para todos. A deflação do Estado em detrimento do mercado faz, por sua vez, com que surjam espaços de domínio financeiro e econômico que desconsideram a autonomia das instâncias políticas e jurídicas. Isto é, o atual momento do capitalismo é marcado pela emergência de organismos internacionais multilaterais controlados por grandes conglomerados empresariais que determinam de maneira unilateral os conteúdos jurídicos, reduzindo a possibilidade de participação efetiva dos sujeitos afetados por essas decisões. Frente ao poder que os trabalhadores detinham no Estado social, o neoliberalismo responde esvaziando a própria capacidade regulatória do espaço público.¹⁶¹

O funcionamento da lei do valor sem qualquer constrangimento estatal representa, assim, um apagamento sem precedentes da própria experiência política. Apesar dos inevitáveis conflitos de classe, o espaço jurídico-institucional de outrora ainda permitia que os cidadãos lutassem pela positivação e concretização de direitos. Agora, com o esvaziamento dos parlamentos e a ampliação de uma zona de incerteza entre o executivo e o legislativo, a burocracia vai gradativamente retirando do processo político e legislativo a possibilidade de decidir. Esse aumento do poder discricionário é de tal modo decisivo que o direito adquire cada vez mais uma conotação técnica, como se não existissem razões políticas que dissessem

¹⁶⁰ ZOLO, 2006, p. 72-73.

¹⁶¹ FARIA, 1984b, p. 126. MASCARO, 2008, p. 114.

respeito à forma de vida de determinada comunidade. Um exemplo categórico desse cenário pode ser visualizado nas chamadas agências de classificação de risco. Essas organizações privadas podem determinar de maneira unilateral o fluxo de capital em larga escala entre os países, influenciando na vida de massas populacionais inteiras que não possuem qualquer possibilidade de intervenção em suas deliberações. Como forma de se adequar a imposições dessa natureza, o direito doméstico termina sendo forçado a tão somente chancelar as decisões tomadas de cima, enfraquecendo a soberania do Estado-nação e, conseqüentemente, do “povo” que este deveria representar.¹⁶² José Eduardo Faria explica, nesse sentido, que

[p]or trás do formalismo dos sistemas legais vão surgindo vigorosos mecanismos informais de institucionalização de procedimentos definidos a partir da negociação e combinação dos interesses conflitantes dos segmentos tecnocráticos com os das classes dominantes, configurando novas estruturas de poder. [...] o problema do equilíbrio político e do controle jurídico das decisões é transferido para as diferentes instâncias de um Executivo que, para exercer suas funções, é obrigado a ampliar sua complexidade interna, mantendo-se a divisão dos poderes apenas como fachada formal e com a finalidade da geração de lealdade e redução das instabilidades.¹⁶³

Podemos dizer, nesse caso, que o neoliberalismo representa a criação de um poder global que desconsidera o

¹⁶² OURIQUES, 2014, p. 11-12. FARIA, 1984a, p. 110. PHILIPPI, 2005, p. 47-48.

¹⁶³ FARIA, 1984a, p. 111.

funcionamento e a legitimidade de um regime jurídico articulado com base na tríade soberania, povo e território. Malgrado o Estado nacional ainda se arvore a condição de detentor do monopólio da força legítima, na prática, são as empresas transnacionais que estabelecem os conteúdos das leis em conformidade com seus interesses. Um quadro que pode ser denominado provocativamente de “neofeudalismo”, à medida que as normas de um âmbito econômico terminam sendo definidas por empresas comerciais dominantes no setor. Dessa forma, a desagregação da soberania estatal termina por colocar em crise todo o sistema internacional de Estados e, por conseguinte, por fomentar o surgimento de um império da *lex mercatoria*. Esta Lei – que aparece nos nossos dias como um novo tipo de “direito natural” – adota como preceito básico a própria dissolução da legalidade pactuada democraticamente no espaço público. Daí as tendências, comemoradas como sinais de progresso, à justiça informal, ao arbitramento e à desregulação.¹⁶⁴

Vivemos, portanto, em um momento de inflação do direito. A multiplicação de fontes normativas supranacionais e mesmo das fontes internas (formais e informais) provoca um cenário de desvalorização, redundância e instabilidade normativa. A tentativa do poder executivo de emanar sucessivos atos normativos através de seus órgãos técnicos, como forma de acompanhar a crescente complexidade da realidade sócio-econômica, termina muitas vezes por agravar o problema. Ao invés de um sistema fechado, hierarquizado e axiomatizado de normas de conduta, passamos a ter um direito a cada dia mais “flexível”, supostamente pronto para se ajustar às demandas dos *players* como uma espécie de *self-service* normativo, mas que, no fim das contas, vê seu poder regulatório invadido por organismos a serviço de corporações imperialistas. O aumento excessivo do poder de decisão dos juízes e a proliferação de teorias do direito

¹⁶⁴ ROTH, 1996, p. 26. BERCOVICI, 2006, p. 96. OLGATI, 1996, p. 82.

que enfatizam o papel do intérprete na concretização do direito podem ser lidos como sintomas desse quadro geral.¹⁶⁵

O esvaziamento progressivo da função da lei em nosso tempo torna complexa a decisão política sobre a juridificação das demandas sociais. Por um lado, mesmo quando os movimentos sociais conseguem consagrar formalmente suas reivindicações em direitos, esses textos são, cada vez mais, esvaziados durante o processo de aplicação das leis, por outro, a retirada da luta por direitos do espaço público favorece exatamente a privatização da justiça sob o controle de grandes corporações empresariais. No atual contexto, a forma direito torna-se um instrumento limitado, porém indispensável, para a resistência a esta nova forma de dominação social. Esta realidade adquire contornos próprios em países periféricos. Além dos mencionados efeitos internos da sua desigualdade estrutural, o Estado brasileiro sofre de grave dependência externa, o que torna muito difícil o exercício de uma gestão econômica fora dos ditames preceituados pelos chamados organismos multilaterais e pelo sistema financeiro internacional.¹⁶⁶

¹⁶⁵ ZOLO, 2006, p. 72-74. FARIA, 1996, p. 8-9. OLIVEIRA, 2009, p. 111. PHILIPPI, 2010, p. 124. Antonio Manuel Hespanha sintetiza as características desse “direito flexível”: “A resposta ao padrão organizativo caracterizado pela generalidade, abstração e centralismo – de que o Estado e o direito legalista ou conceitualista são um bom exemplo – estaria numa nova estrutura organizativa caracterizada: (i) por uma arquitetura em rede, em que cada polo fosse gerido autonomamente, tendo em conta todas as particularidades das situações; (ii) em que a flexibilidade e adaptabilidade do conjunto fosse garantida pela inexistência de um polo central; (iii) e em que a comunicação fosse de um novo tipo, não baseada em modelos gerais e abstratos de informação, mas em descrições personalizadas, exaustivas e atentas às dimensões não puramente racionais das situações”. (HESPANHA, 2012, p. 571) Para se ter uma noção mais exata de como essas corporações controlam a agenda de reformas nacionais, ver MARTOS; MARTOS, 2013.

¹⁶⁶ FARIA, 1996, p. 9-10. BERCOVICI, 2006, p. 98.

Diante desses paradoxos, nos propomos a pensar sobre a possibilidade de uma fundamentação alternativa sobre o sentido da luta política em um Estado de direito que capte, simultaneamente, seus potenciais regressivos e emancipatórios. Para tanto, iniciaremos na próxima parte por uma reflexão sobre a crítica marxista ao direito, como forma de apontar as possibilidades abertas pela juridificação do poder.

PARTE II – DIREITO E EMANCIPAÇÃO EM FRANZ NEUMANN

Para a crítica marxista ao direito, o Estado, tal como conhecemos, é um fenômeno especificamente capitalista. Não apenas a forma jurídica liberal tem sua origem nos interesses da burguesia em ascensão, como a própria estatalidade consiste num aparato indispensável à troca de mercadorias e à exploração da força de trabalho. A maior parte dos estudos marxistas considera que o Estado possui uma vinculação ontogenética com os interesses da burguesia no sentido de que, mesmo que eventualmente o controle das instâncias estatais esteja nas mãos dos trabalhadores, a forma política estatal corresponde à dinâmica de reprodução da sociabilidade capitalista. Desse modo, o compromisso ético e político com um sentido profundo de emancipação humana está teoricamente associado com a negação do direito estatal em todas as suas formas. A luta política autenticamente revolucionária se dá contra o Estado ou, no máximo, instrumentalizando suas normas para realizar os interesses dos oprimidos.

Ao fundamentar a leitura da sociedade e do direito na luta de classes, essa matriz teórica consegue escapar do equívoco de interpretar as disputas político-jurídicas nos termos das ficções criadas pelo aparato burocrático estatal. Ao contrário da abordagem doutrinária que permeia a maior parte das pesquisas jurídicas, a normatividade emanada pelo Estado precisa ser vista como um momento da dinâmica concreta das relações sociais de produção. A perspectiva marxista constitui um pilar metodológico fundamental para a teoria crítica do Estado e do direito. Por essa razão, não deve existir uma resposta *a priori* sobre a função do direito. No presente capítulo pretendemos estudar a contribuição de Franz Neumann ao debate sobre os limites e possibilidades da forma jurídica liberal do Estado moderno, abrindo uma dissidência na tradição marxista que nega peremptoriamente, sem a compreensão de sua dinâmica interna de funcionamento, a possibilidade de emancipação pelo direito.

4. O SOCIALISMO NA IMANÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

4.1. Antes de debater criticamente as ideias que contribuem diretamente para pensarmos o funcionamento do sistema jurídico é fundamental apresentar o espaço que a obra de Neumann ocupa no presente estudo. Como sabemos, a defesa do Estado de direito costuma ser feita por autores liberais que possuem uma visão restrita sobre a emancipação humana, associando a noção de liberdade (em uma acepção negativa) como a proteção do indivíduo frente aos arbítrios do poder coercitivo estatal. A escolha de Neumann no presente estudo se deve ao fato de que sua valorização da forma direito se situa dentro de um compromisso ético e político com a construção de uma sociedade sem classes.

Poder-se-ia afirmar que, mesmo situado na tradição marxista do direito, Neumann é um teórico pouco conhecido para fundamentar uma pesquisa sobre o tema. Entretanto, este argumento só estaria correto se a baixa quantidade de estudos sobre o autor fosse um resultado da pouca originalidade de suas ideias. Na verdade, além de defender uma posição minoritária dentro da Escola de Frankfurt, o que certamente serviu para isolá-lo academicamente, o baixo conhecimento sobre as ideias do filósofo alemão se deve à postura que ele manteve em relação aos seus próprios escritos. Não por acaso, o autor era reconhecido entre seus colegas pelo pouco interesse que manifestava em relação a sua própria obra, levando Adorno a escrever em seu necrológio que Neumann parecia ficar satisfeito em compreender determinados fenômenos sem se preocupar na melhor maneira de transmitir sua produção.¹⁶⁷

Cruzando os dados biográficos e as mudanças nos posicionamentos teóricos e políticos adotados pelo autor, essa postura intelectual pode ser interpretada também como uma

¹⁶⁷ RODRIGUEZ; PROL, 2013, p. 61-62.

decorrência do próprio sentido da escrita para ele. Em nenhum momento de sua produção bibliográfica seus textos parecem revelar uma busca por erudição, um saber desinteressado. Neumann escrevia com o propósito claro de compreender os desenvolvimentos políticos, sociais e econômicos de seu próprio tempo e de influenciar os sujeitos políticos – situados no amplo campo da “esquerda” – na luta concreta pela emancipação social. Por essa razão, nos parece que a melhor forma de compreender as razões que justificam as ideias do teórico alemão é acompanhar as transformações políticas e sociais vivenciadas pelo seu país e pelo mundo.

Nas palavras de Marcuse, Neumann era um tipo raro de estudioso para quem a política era um elemento vital.¹⁶⁸ Tamanho compromisso intelectual não poderia deixar de acarretar implicações políticas e metodológicas fundamentais (pois, como sabemos, política e metodologia são indissociáveis). Para os propósitos de Neumann, realizar uma ontologia do direito, como se ele tivesse uma substância imutável no tempo e no espaço, equivaleria a *naturalizar* aspectos contingentes de sua forma. Seu esforço teórico se notabiliza por analisar concretamente o funcionamento das instituições jurídicas diante dos desenvolvimentos econômicos e políticos da Alemanha. Desse modo, a inteligibilidade sobre o funcionamento do sistema jurídico não pode ser afastada das bases concretas da sociedade, relacionando o desenvolvimento autônomo da forma direito com os condicionamentos sociais oriundos da economia, da política, da religião.¹⁶⁹

Isso não quer dizer que a perspectiva metodológica do autor tenha permanecido a mesma ao longo de sua trajetória. O esforço por compreender os desafios fundamentais de um mundo em profunda transformação exigiu que o teórico alemão adaptasse até mesmo as suas ferramentas analíticas às demandas próprias do momento. Sujeito ativo nas disputas políticas de seu

¹⁶⁸ SCHEUERMAN, 1994, p. 4.

¹⁶⁹ PROL, 2013, p. 141.

tempo, a luta política concreta servia de bússola na seleção dos próprios referenciais. Essa afirmação pode ser facilmente constatada quando se compara a ênfase nos estudos econômicos durante o processo de monopolização da economia capitalista com as incursões na teoria psicanalítica freudiana após a restauração da democracia alemã.

Por essas razões, a obra esparsa de Neumann pode ser melhor compreendida se seguirmos o traçado fundamental da história alemã da primeira metade do século XX.¹⁷⁰ No presente capítulo, nosso propósito é analisar sua produção intelectual e militância política durante a República de Weimar (1919-1933).

4.2. O elemento decisivo sobre o funcionamento do sistema jurídico durante a República de Weimar deve ser remontado a sua própria gênese histórica. Em uma sociedade capitalista e, como tal, dividida em classes, a Constituição de 1919 reconhecia o direito à propriedade privada e à liberdade de contratar, de modo que não devem restar quaisquer dúvidas que os interesses da burguesia, ao menos inicialmente, estavam preservados. Entretanto, Neumann ressalta que o teor deste *pacto* foi formulado a partir do compromisso entre vários partidos com representação na assembleia constitucional. Dessa forma, o poder jurídico da classe dominante não aparece de modo absoluto, existindo um *balanço* entre classes sociais que dispunham de visões antagônicas sobre as condições necessárias para uma boa ordem política. Conforme sintetiza Chris Thornhill, a Constituição de Weimar representa um acordo desconfortável entre segmentos sociais radicalmente divergentes, mas, ao menos temporariamente, convergentes.¹⁷¹

Em face dessa constituição sem vencedores (ou, como diria Schmitt, “sem decisão”), Neumann acreditava existir elementos objetivos que permitiriam à classe trabalhadora

¹⁷⁰ Essa divisão coincide com a estrutura do estudo de OFFE, 2003.

¹⁷¹ THORNHILL, 2000, p. 105-106.

avançar rumo ao socialismo. Ao contrário do que defende uma perspectiva dogmática do marxismo, um contrato social como esse não esconde nada. O direito deixa de ser ideologia no momento em que a desigualdade não está mais oculta, mas, pelo contrário, é explicitada pela letra mesmo da lei. A relação capitalista sob a égide da forma direito finalmente pode ser apresentada como de fato é: uma troca desigual que pode e precisa ser compensada através do estabelecimento de determinados direitos.¹⁷²

O problema político para Neumann durante aquele período era muito mais o aspecto subjetivo. Apesar dos direitos estabelecidos na constituição, duramente conquistados através da dinâmica da luta de classes, muitos movimentos sociais com força política se recusavam a agir através do Estado de direito. A efervescência da militância política exigida por aquele momento histórico faz com que Neumann destine sua criticidade aos seus próprios companheiros. Seu principal alvo teórico não era a tentativa dos liberais de fazer valer as liberdades individuais esculpidas na Constituição de Weimar, e sim o desprezo que os comunistas nutriam em relação ao direito que, só parcialmente, atendia aos interesses da burguesia. Neumann ia ainda mais fundo nessa crítica. A seu ver, os comunistas alemães eram responsáveis por colaborar com a “tese antidemocrática”, na medida em que persistiram denunciando a Constituição como véu para a exploração capitalista mesmo quando a Constituição de Weimar já não escondia nada. As fórmulas dogmáticas terminavam assim por se sobrepor ao próprio método marxiano.¹⁷³

A razão pela qual essas garantias institucionais permitiam as forças sociais emancipatórias avançar rumo ao socialismo ainda não aparece de maneira teoricamente fundamentada nesse

¹⁷² RODRIGUEZ, 2006, p. 78.

¹⁷³ NEUMANN, 1987d, p. 27. RAMOS, 2012, p. 309.

momento de sua trajetória intelectual.¹⁷⁴ O artigo de 1930, *The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution*, destaca que o próprio fato dos direitos burgueses estarem fundados no pacto demonstrava que eles não eram anteriores à Constituição, mas tão somente reconhecidos por ela. As instituições imanentes que lhe garantiam a existência carregam a possibilidade de ter suas funções modificadas pela própria disputa política, pois mesmo o direito de propriedade não estava imune a interferências advindas da decisão estatal. Desse modo, para Neumann, no momento em que a Constituição reconhece a luta de classes, e assegura direitos para as partes do conflito, a revolução deixa de ser necessária como método para fazer valer os interesses dos trabalhadores.¹⁷⁵

Além do mais, o cerne da forma direito criada pela Constituição de Weimar foi colocar a igualdade perante a lei como princípio fundante da democracia. Apesar de destacar a importância dos direitos dos trabalhadores reconhecidos na segunda parte da carta magna (intitulada “Direitos Básicos e Deveres do Povo Alemão”), decisivo mesmo é a construção de uma identidade positiva entre o legislador e o legislado, fortalecendo a concepção de *soberania popular*. Os direitos sociais, portanto, em tudo significativos, apenas confirmam o princípio da igualdade estabelecido no artigo 109.¹⁷⁶

Interpretation of Article 109 must then necessarily be historico-sociological. It presupposes that the content of every legal decree is capable of functional alteration, that a decree's wording can remain under some circumstances unchanged for centuries, while the content

¹⁷⁴ Conforme veremos no Capítulo 5, essa teoria jurídica de Neumann aparece de maneira sistemática apenas na obra *O Império do direito*, de 1936.

¹⁷⁵ NEUMANN, 1987d, p. 29/30.

¹⁷⁶ NEUMANN, 1987d, p. 32/37.

and social meaning of a legal institution can experience decisive transformation.¹⁷⁷

Esse argumento fundamenta toda a luta pelo direito realizada por vários sujeitos políticos com pretensões emancipatórias. Devemos lembrar que Neumann era um deles. Nessa época, para além da experiência acadêmica, o teórico alemão era um advogado militante dos direitos dos trabalhadores.¹⁷⁸ Essa posição ambígua – jurista com formação teórica e militante em plena atividade política – explica as críticas dirigidas à parcela da esquerda que pensava a ação política apenas em termos revolucionários, isto é, fora ou mesmo contra o direito. A tarefa (a um só tempo, teórica e prática) consistia em chamar atenção para a *indeterminação constitutiva* das normas jurídicas e, portanto, para a discricionariedade que os órgãos jurisdicionais possuem no momento de aplicação das leis. Essa compreensão sobre o funcionamento do sistema jurídico permitiria, na sua visão, fortalecer a disputa política por dentro dos espaços institucionais, em um momento histórico em que, pela primeira vez, os trabalhadores tinham assento nas instâncias deliberativas do Estado.

Neumann se dedica nesse período a escrever textos abertamente militantes no sentido de elaborar interpretações do direito vigente que pudessem favorecer as necessidades e os interesses da classe operária. Sua autoimagem não era a de um teórico do direito preocupado em apresentar o elemento

¹⁷⁷ NEUMANN, 1987d, p. 33. Tradução livre: “A interpretação do artigo 109 deve, então, necessariamente ser histórico-sociológica. Isso pressupõe que o conteúdo de cada regra jurídica é capaz de uma alteração funcional de tal maneira que o texto do decreto pode permanecer, sob certas circunstâncias, inalterado por séculos, enquanto o conteúdo e o significado social de um instituto jurídico podem passar por uma transformação decisiva.”

¹⁷⁸ RODRIGUEZ, 2004, p. 54-5. Sobre a experiência acadêmica de Neumann é importante registrar que seu primeiro doutorado data de 1923.

emancipatório de um sistema jurídico pensado para e pela burguesia – o que somente a ascensão do nazismo lhe proporcionaria as condições para realizar –, mas sim a de um agente político que se propunha a participar do processo de formação de um pensamento majoritariamente pró-trabalhador. Portanto, ele escreve para mostrar que o espaço de indeterminação existe e, imediatamente, para ocupá-lo na prática com entendimentos ligados aos interesses da classe explorada pelo modelo de produção capitalista.¹⁷⁹

Isso não quer dizer que Neumann negasse a possibilidade, ou melhor, o direito que outros segmentos sociais tinham de elaborar interpretações das normas vigentes, mesmo que fossem entendimentos conservadores. Ora, se a indeterminação é constitutiva ao funcionamento do sistema jurídico, seria teoricamente ingênuo propor o fim da discricionariedade ou defender o acerto apenas das respostas que favorecessem um lado da disputa. Ao invés de funcionar como argumento para abandono do direito, a possibilidade de múltiplas interpretações deve motivar a criação de interpretações progressistas que possam disputar o processo de aplicação realizado pelos órgãos jurisdicionais. Para isso, comunistas, socialistas, marxistas, enfim, a “esquerda” de uma maneira geral deveria *juridificar* suas demandas, apresentando seus pontos de vista, através dos dispositivos jurídicos, de modo a dar forma ao direito vigente.¹⁸⁰

4.3. O posicionamento teórico-político de Neumann, nesse período, se torna mais compreensível quando situado em seu devido contexto.¹⁸¹ Afinal, se o autor buscava analisar

¹⁷⁹ RODRIGUEZ, 2006, p. 29.

¹⁸⁰ RODRIGUEZ, 2006, p. 47.

¹⁸¹ Conforme ficará claro para o leitor, foge ao objeto do presente estudo investigar esse período da democracia alemã. Deste modo, não nos propomos a verificar a veracidade dos dados historiográficos analisados por Neumann, mas sim, com base em seus próprios escritos, a maneira com que ele percebe a sua própria conjuntura.

empiricamente o funcionamento das instituições jurídicas, que aspectos concretos da realidade alemã permitiam uma aposta tão ousada no direito?

O dado inicial se devia ao teor mesmo do direito da República de Weimar. Na medida em que a Constituição não instituiu um vencedor claro, estabelecendo ao mesmo tempo direitos que interessavam à burguesia e aos trabalhadores, nada permitia antecipar que o resultado final seria favorável aos capitalistas. Analisando o ordenamento jurídico vigente na Alemanha, o teórico alemão entendia que, vista por olhos imparciais, a Constituição não santificava os princípios capitalistas de liberdade. De fato, eles estavam assegurados (por exemplo, no reconhecimento das liberdades de propriedade, de contrato e de iniciativa), mas não de uma forma absoluta. Para Neumann, “[i]t is possible at any time, through the simple use of a law of the Reich or through administrative measures (in the case of freedom of contract, by legal norms), to limit the content of the rights of freedom”.¹⁸²

Ainda do ponto de vista interno ao direito, Neumann atentava que a mencionada segunda parte da Constituição de 1919 estabelecia princípios necessários para a construção de um Estado social de direito, cujo objetivo máximo era a realização da “liberdade social”. O teórico do direito alemão parece dialogar com a teoria marxiana ao fazer essa afirmação. Como sabemos, para Marx, a existência da propriedade privada – ao separar o trabalhador dos meios de produção – reduz o homem à condição de mercadoria, submetendo-o aos desígnios do capitalista. Em uma palavra, o capitalismo cria um poder *estranhado* ao próprio homem que o produziu.¹⁸³ A partir do momento em que os trabalhadores possuem mecanismos jurídicos para determinar as suas próprias condições de trabalho, os capitalistas veem seu

¹⁸² NEUMANN, 1987d, p. 38. Tradução livre: “É possível, a qualquer tempo, através do simples uso da lei do *Reich* ou por meio de medidas administrativas (no caso da liberdade contratual, pelas normas jurídicas), limitar o conteúdo dos direitos de liberdade”.

¹⁸³ MARX, 2010, p. 24/79/86.

poder de comando da força de trabalho enfraquecido, ampliando o espaço de autodeterminação dos homens.¹⁸⁴

Em segundo lugar, Neumann se impressiona com a força que o partido socialdemocrata (representando os trabalhadores) adquire no parlamento alemão. Independente da pretensão revolucionária de alguns segmentos sociais, o fato é que as normas positivadas pelo Estado, detentor máximo do poder político em uma sociedade moderna, refletiam a ambiguidade dessas disputas políticas. Aliás, o apelo crescente às cláusulas gerais nesse período se explica exatamente pela incapacidade política de estabelecer um sentido prévio e claro que atendesse unicamente aos interesses de um dos lados do conflito.

Esses dois fatos históricos convergem para identificar um movimento intenso de integração dos trabalhadores na máquina político-jurídica. Não se trata de uma questão doutrinária (como parecem pressupor aqueles que “culpam” esse ingresso dos movimentos de esquerda no Estado pelo arrefecimento de uma revolução socialista). É possível verificar, sociologicamente, que o reconhecimento de direitos sociais e econômicos funciona como instrumento de legitimação do Estado. Por conseguinte, a disputa política é forçosamente levada a outro patamar, pois a luta contra o Estado capitalista termina por atingir diretamente avanços conquistados pela participação dos trabalhadores no sistema jurídico. Em face desse quadro, o teórico alemão chega a afirmar que estava em curso um processo de “estatização da sociedade”, entendendo essa expressão como o espaço que as forças sociais passavam a ter na definição de diversas questões de interesse público.¹⁸⁵

¹⁸⁴ NEUMANN, 1987d, p. 38-39.

¹⁸⁵ RODRIGUEZ, 2006, p. 44. “Fica em segundo plano aqui o que este processo de ‘estatização da sociedade’ poderia ter de autoritário. Em *O Império do direito*, a separação entre soberania e uma esfera de liberdade em relação à soberania é crucial para sua defesa do direito liberal como mediação necessária para a construção do socialismo”. (Idem)

Desse modo, o desafio para a construção do socialismo não residia na cooptação institucional do movimento revolucionário, mas na resistência de parcela dos movimentos sociais em fazer uso dos instrumentos jurídicos. Neumann acreditava que sua contribuição teórico-política consistia em apontar para a possibilidade de transformação profunda da sociedade através da direito.

O proletariado e os juristas socialistas desejavam efetivar a Constituição, mas não viam o espaço de aplicação das normas como lugar estratégico para a luta. A confusão entre a indeterminação das normas jurídicas e a arbitrariedade de juízes recrutados entre as classes dominantes foi responsável pelo desprezo da esfera jurídica como lugar de luta pelo socialismo. Para resolver o problema da arbitrariedade dos juízes é preciso discutir seu recrutamento e questionar o fundamento de seus raciocínios de aplicação. A arbitrariedade não é argumento para combater a indeterminação das normas, como ficou claro no debate entre Schmitt e Kelsen.¹⁸⁶

A ação política através do direito fortalecia a posição dos trabalhadores dentro da dinâmica própria da luta de classes. De acordo com esse raciocínio, os sujeitos políticos devem perceber a aplicação do direito como um momento ativo de construção das instituições, por que não dizer, socialistas. Para Neumann, os juristas progressistas se equivocavam ao recair na ideia de que a indeterminação significava absoluta irracionalidade do direito a favor da burguesia. Contudo, essa não era a única incompreensão de seu próprio campo político contra a qual o teórico alemão

¹⁸⁶ RODRIGUEZ, 2006, p. 53-54.

lutava. Um dos maiores obstáculos à luta pelo direito na época devia-se à ideia, ainda hoje presente, de que o mercado funciona através de suas próprias leis e, portanto, não é possível ao Estado de direito intervir nele.

O mencionado artigo de 1930 conclui debatendo exatamente essa ideia. Acreditar que o mercado opera através de leis naturais é recair na ideia liberal sobre o seu funcionamento e negar o papel do direito na reprodução econômica. Para Neumann, a ordem jurídica intervém de maneira perceptível no curso das relações econômicas e o direito do trabalho é a prova inequívoca disso. A forma direito possui uma função inerente que não pode ser negligenciada por aqueles que querem transformar a sociedade.¹⁸⁷

[T]he administrative function of the private owner with respect to his means of production is decisively influenced by the legal provisions. English socialism has performed the service of showing that socialization can take place even when the owner remains legally in possession of the means of production – in this case, the state and the organized sections of society assume control over the means of production. The administration of the means of production is conducted according to paragraph 1 of Article 151, that is, with the aim of guaranteeing to all a humane existence.¹⁸⁸

¹⁸⁷ NEUMANN, 1987d, p. 40.

¹⁸⁸ NEUMANN, 1987d, p. 42. Tradução livre: “A função administrativa do proprietário privado, em relação aos seus meios de produção, é decisivamente influenciada por dispositivos legais. O socialismo inglês cumpriu o papel de mostrar que a socialização pode ter lugar inclusive quando o proprietário permanece, juridicamente, na posse dos meios de produção - neste caso, o Estado e os setores organizados da sociedade assumem o controle sobre todos os meios de produção. A administração

Essa afirmação não é pouca coisa. Por um lado, não existe um aprofundamento teórico sobre que elemento da forma direito nos permite pensar a emancipação humana, e tampouco o direito possui um valor superior ao de qualquer outro *instrumento* para realização do socialismo. Contudo, caso o argumento de Neumann esteja correto e o sistema jurídico seja decisivo para a administração da propriedade privada, será preciso inverter o senso comum marxista sobre o fenômeno jurídico. Ao invés de mera ideologia, que esconde as reais relações de produção, podemos pensar na possibilidade de situá-lo na própria infraestrutura, à medida que sua forma estrutura o próprio modo com que se dão as relações de troca. O socialismo pode ser construído na imanência das instituições jurídicas.

4.4. A defesa unilateral da potencialidade emancipatória inscrita na Constituição de Weimar ganha um forte acento realista no artigo publicado no ano seguinte, *On the Preconditions and Legal Concept of an Economic Constitution*, de 1931. O foco da questão deixa de ser a possibilidade do direito intervir no mercado para pensar os obstáculos que a conjuntura econômica e política apresentavam para a emancipação humana. Conforme veremos, a questão subjetiva dos trabalhadores permanece sendo um fator importante nessa análise. Contudo, a direção correta a ser seguida pelos movimentos sociais dependia fundamentalmente de uma adequada compreensão das mudanças institucionais que ocorriam no desenvolvimento do capitalismo na Alemanha.

A premissa que norteia o raciocínio de Neumann exige entender que, para um autor interessado na realização de uma sociedade sem classes, a existência de liberdade deve ser avaliada em termos efetivos e não meramente abstratos. Não basta saber se

dos meios de produção é conduzida de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 151, isto é, com o objetivo de garantir a todos uma existência humana.”

os textos jurídicos estabelecem ou não determinado direito, mas essencialmente identificar em que medida ele encontra concretude na realidade do país. Nesse sentido, do ponto de vista da dogmática do direito positivo, a Constituição continuava reconhecendo todas as liberdades fundamentais que outrora permitiam aos trabalhadores construir o socialismo na sua imanência. Entretanto, as modificações nas relações econômicas transformam a própria função das instituições. No caso, a mudança decisiva foi o processo de monopolização da economia alemã.

De acordo com os estudos de Neumann, no capitalismo de tipo competitivo, o mercado é formado por uma multidão de contratantes com força aproximadamente iguais, os quais possuem condições efetivas de dispor sobre o conteúdo do contrato. À medida que o mercado se concentra em poucas corporações, dando origem ao capitalismo monopolista, a liberdade deixa de existir na relação entre um monopólio e um não monopólio. Conforme dissemos, a liberdade de contratar não significa apenas uma liberdade negativa e, sim, a possibilidade concreta de instaurar um pacto com ganhos e perdas, direitos e deveres, para ambas as partes. Para o teórico alemão, o poder concentrado em poucas mãos consiste em uma “prerrogativa real”, o que evidentemente contraria o princípio moderno da igualdade jurídica.¹⁸⁹

Além do mais, e isso é central para o nosso argumento, essa nova condição social e econômica impacta diretamente nas possibilidades emancipatórias da Constituição de Weimar. O surgimento do capitalismo monopolista interfere na própria capacidade do aparato estatal de regular a economia, na medida em que os monopólios adquirem uma relativa independência em relação às estruturas do Estado. No momento histórico em que a classe trabalhadora ingressa e ganha protagonismo dentro do parlamento, transformando o conflito entre as classes em uma colaboração capaz de eventualmente pavimentar o caminho para

¹⁸⁹ NEUMANN, 1987b, p. 47-48.

uma sociedade socialista, o Estado perde a própria força necessária para regular as relações sociais. Gustavo Pedroso destaca que, em reação ao espaço dos partidos progressistas nas instâncias deliberativas, surgem “*tendências antiparlamentares, com a intensificação dos conflitos, a dificuldade de se alcançar acordos, a transferência de poderes, a inviabilização das atividades, até se alcançar a difamação da instituição parlamentar como ineficiente e corrupta*”.¹⁹⁰

Neumann percebe nesse período que as pretensões normativas do desenho institucional se dissociam da realidade concreta das relações sociais. Ao tempo em que a democracia liberal, baseada na soberania popular, permitia a criação de uma identidade entre legislador e legislado, na prática, o poder privado possuía mecanismos para driblar as tentativas de controle social do próprio legislador, dominando monopolisticamente o mercado de trabalho no espaço privado e influenciando os espaços e as possibilidades de decisão do próprio maquinário estatal no espaço pretensamente público.

Um registro histórico sobre essa questão se revela fundamental. Não devemos enxergar nesse obstáculo ao potencial emancipatório do Estado de direito apenas a reação de capitalistas contra o funcionamento de instituições que prejudicavam seus interesses de classe. Por mais que o processo de concentração e trustificação da economia fossem incompatíveis com o ideal democrático de Weimar e, por óbvio, beneficiassem uma minoria dos detentores dos meios de produção, ele não sofria grandes resistências por parte do movimento operário. A razão desse posicionamento se deve ao fato de que parcela significativa da esquerda da época (comunistas, socialdemocratas, sindicalistas, etc.) enxergava a concentração como um estágio mais avançado do desenvolvimento do capitalismo, sendo inútil combatê-lo. Outros eram ainda mais otimistas e acreditavam que o aumento do processo de racionalização advindo da concentração das

¹⁹⁰ PEDROSO, 2013, p. 182.

operações econômicas em poucos agentes seria um passo rumo ao pleno controle social dos meios de produção.¹⁹¹

Já Neumann parecia fazer uma leitura política dessa transformação econômica, dirigindo sua crítica ao pluralismo existente na Alemanha (que, a seu ver, não poderia ser resolvido pelo fortalecimento do executivo, como queria Schmitt). A influência dos monopólios na política fazia com que as relações econômicas fossem reguladas por poderes não-estatais, enfraquecendo a tarefa que lhe parecia fundamental para a luta política emancipatória naquele contexto: o desenvolvimento da concepção social de propriedade estabelecida na segunda parte da Constituição de Weimar. Para tanto, Neumann advogava a necessidade de devolver o protagonismo político ao parlamento, enquanto instituição baseada no equilíbrio entre as classes sociais, mesmo reconhecendo os riscos de uma eventual perda de influência dos trabalhadores em sua composição.¹⁹²

¹⁹¹ PEDROSO, 2016, p. 27. PEDROSO, 2009, p. 154-156.

¹⁹² THORNHILL, 2000, p. 107. NEUMANN, 1987b, p. 52. Chris Thornhill sintetiza as controvérsias do período: “Therefore, in sum, the Weimar Republic was anchored in a set of compromises between parties, unions, business and the military, which were based on their cooperation during the war. These agreements ensured that the terms of Weimar democracy were pre-formed by corporate considerations. The power of parliament was limited before it was even established. It is for these reasons that the issue of cartel-legislation, and the threat posed to the parliamentary legislative by cartels and strong economic bodies, so dominated the political thinking of the Weimar left. Most particularly, these issues are reflected in the political theory of the SPD in the 1920s (especially that of Neumann) as a problem of governmental pluralism”. (THORNHILL, 2000, p. 102-103) Tradução livre: “Portanto, em suma, a República de Weimar estava ancorada em um conjunto de acordos entre partidos, sindicatos, empresas e militares, baseados na sua cooperação durante a guerra. Esses acordos asseguravam que os termos da democracia de Weimar fossem pré-formados por considerações corporativas. O poder do parlamento era limitado antes mesmo de ser estabelecido. É por estas razões que a questão da legislação dos cartéis, e a ameaça colocada ao legislativo parlamentar pelos cartéis e corpos

Como se pode perceber, nem mesmo a criação de mecanismos extra estatais que enfraqueciam o poder de regulação do Estado, fez Neumann desistir da sua premissa básica de que a legalidade jurídica estrutura o funcionamento da economia. A saída para o capitalismo não estava no desenvolvimento autônomo da economia, a partir de supostas leis naturais, mas na decisão política forte de subordinar a constituição econômica à Constituição do Estado. A classe operária devia se organizar dentro do Estado e redesenhar os instrumentos jurídicos que lhe permitissem limitar o poder dos monopólios, fazendo valer, como já dissemos, a concepção social de propriedade estabelecida na Constituição. Se o Estado perdia forças diante da concentração de poder realizada pelos monopólios, a resposta emancipatória exigia uma expansão da autoridade estatal sobre a esfera econômica.¹⁹³

A defesa incisiva do parlamento como instância capaz de fazer valer os interesses sociais não equivalia a pressupor que se tratasse de um “órgão neutro” acima das disputas entre as classes. De acordo com Chris Thornhill, a concepção de democracia de Neumann era pensada em termos schmittianos, como uma absoluta identidade entre o povo e o Estado. Apenas por essa razão, ele reivindica que a democracia só pode ser recuperada se o parlamento funcionar como a única fonte de poder.¹⁹⁴

Unlike other theorist of the Weimar left, therefore, Neumann does not endorse social legislation because it gives power to interest-group in civil society. Rather, he endorses social law as the imposition of binding political norms on the economic

econômicos fortes, dominavam o pensamento político da esquerda de Weimar. Mais particularmente, essas questões estão refletidas na teoria política do PSD na década de 1920 (especialmente a de Neumann) como um problema de pluralismo governamental”.

¹⁹³ NEUMANN, 1987b, p. 55. THORNHILL, 2000, p. 107/108.

¹⁹⁴ THORNHILL, 2000, p. 112.

order. It is for this reason that Neumann insists on the strong political component to social democracy. Neumann's proposal for an economic constitution demands, therefore, that the provisions of this constitution should never be placed above the normative frame of the political constitution, and that real power should be left in parliament.¹⁹⁵

Esse primado da política sobre a economia não implicava, por sua vez, que Neumann desconhecesse aspectos fundamentais da segunda. Estava razoavelmente claro para o teórico alemão que, no modo de produção capitalista, impera uma tendência de concentração do poder econômico em poucos corpos privados. O que, em outras palavras, consiste em dizer efetivamente que o capitalismo é incompatível com a democracia. Para Claus Offe, Neumann incorreria nesse ponto em uma ingenuidade, pois, apenas indiretamente estaria criticando o capitalismo (“*[f]irst and foremost, it is a critique of monopolies – though, to be sure, a critique postulating that the emergence of monopolistic structures is a tendency immanent to any capitalist economy*”).¹⁹⁶

¹⁹⁵ THORNHILL, 2000, p. 113. Tradução livre: “Ao contrário de outros teóricos da esquerda de Weimar, por consequência, Neumann não aprova a legislação social porque ela dá poder ao grupo de interesse na sociedade civil. Em vez disso, ele defende o direito social como a imposição de normas políticas vinculativas à ordem econômica. É por essa razão que Neumann insiste no componente político forte para a social-democracia. A proposta de Neumann para uma constituição econômica pressupõe, por esse motivo, que os dispositivos desta constituição nunca deveriam ser colocados acima do quadro normativo da constituição política, e que o poder real deveria ser deixado no parlamento”.

¹⁹⁶ OFFE, 2003, p. 213. Tradução livre: “Em primeiro lugar, é uma crítica dos monopólios - embora, para se ter certeza, uma crítica postulando que o surgimento de estruturas monopolísticas é uma tendência inerente a qualquer economia capitalista”.

Independente da questão teórica sobre se o problema é o capitalismo em si ou o seu desenvolvimento (que, como sabemos, é inerente a ele), o cerne da crítica produzida no calor dos confrontos exigia uma ação política decidida a partir do Estado de direito e em favor dos interesses da classe trabalhadora.

Ainda no texto de 1931, nosso autor chega a afirmar que seu objetivo era encontrar uma formulação legal em vista a uma situação que não seria mais puramente capitalista ou socialista.¹⁹⁷ Ele trabalhava com o propósito de elaborar uma reformulação imanente dos fundamentos liberais da ordem econômica, sobretudo dos direitos de propriedade e de liberdade contratual. Convencido da impossibilidade de retorno ao capitalismo competitivo, bem como de que a democracia não tem como conviver com os monopólios, Neumann luta pelo progresso da história a partir dos elementos existentes: um uso do direito liberal pelas forças políticas emancipatórias que permitisse realizar os objetivos de justiça social a partir da autodeterminação dos próprios participantes do mercado de trabalho.¹⁹⁸

Se persistirmos no esforço de compreender as razões da posição teórica de Neumann, podemos concluir por outra via (menos otimista) que se tratava no mínimo de um esforço para que a classe trabalhadora resistisse através dos dispositivos constitucionais vigentes. Não por acaso, seu artigo destaca o art. 159 da Constituição de Weimar que garantia a liberdade de associação – sem o qual a dominação econômica que os capitalistas inevitavelmente exercem sobre os trabalhadores ocorreria sem qualquer mediação.¹⁹⁹ Não por acaso, os sindicatos foram fechados na Alemanha ainda em 1933.²⁰⁰

O adversário intelectual nesse caso era a própria socialdemocracia que, paralisada, mesmo nos períodos em que esteve no poder, se recusava a avançar nas possibilidades abertas

¹⁹⁷ NEUMANN, 1987b, p. 64.

¹⁹⁸ OFFE, 2013, p. 211-212.

¹⁹⁹ NEUMANN, 1987b, p. 65.

²⁰⁰ PEDROSO, 2016, p. 29.

pela conjuntura por não enxergar no sistema jurídico um espaço para agir politicamente.²⁰¹ Apesar de fugir ao núcleo duro do nosso estudo, convém ressaltar a divergência estabelecida à época com Otto Kirchheimer:

Diante desta estratégia, Kirchheimer diria que Neumann busca criar artificialmente no momento da aplicação das normas, uma unidade de valores inexistente na sociedade. Como Neumann vê o momento de aplicação como momento ativo de construção das instituições, ele crê ser possível direcionar o sentido das normas para favorecer o interesse dos trabalhadores e construir o socialismo na imanência das instituições. Por isso, Neumann acusa duramente os doutrinadores socialistas de terem falhado em construir interpretações progressistas da Constituição. À exceção de Hermann Heller, eles teriam se eximido da tarefa, tornando-se, portanto, parcialmente responsáveis pela inexistência de um consenso sobre o sentido da Constituição. Esta omissão significava o abandono de uma trincheira importante para a luta pela Constituição.²⁰²

Como se pode perceber, ao tempo em que critica de maneira contundente o capitalismo e defende o uso do direito como instrumento para construção do socialismo contra as iniciativas de seu próprio campo político, Neumann não define com profundidade que aspecto do funcionamento do sistema jurídico liberal permite que as forças sociais progressistas depositem tamanha expectativa em seus procedimentos. Essa

²⁰¹ PEDROSO, 2016, p. 29.

²⁰² RODRIGUEZ, 2006, p. 57.

resposta se constrói após a decretação do estado de exceção na Alemanha. Ausente qualquer possibilidade de lutar através do direito, era o momento de apresentar teoricamente a sua racionalidade própria, no sentido de pensar a relação entre forma direito e emancipação humana.

5. RACIONALIDADE EMANCIPATÓRIA DA FORMA DIREITO

5.1. Durante o período da República de Weimar, Neumann dedicou sua vida e sua obra a lutar politicamente através do direito e a convencer seus companheiros de que apenas essa ação política consciente poderia fazer frente à destruição que os capitalistas promoviam do caráter coletivista da democracia alemã. É impossível avaliar o que teria acontecido caso os movimentos sociais tivessem acreditado nessa tese. Em todo caso, a história parece ter dado razão àqueles que criticavam a existência dessa possibilidade na conjuntura política existente. A trincheira representada pela forma direito já não oferecia nenhum poder ofensivo diante das forças reacionárias e o fato concreto é que a Constituição não tinha o apoio da totalidade dos trabalhadores.²⁰³

A ascensão do nazismo em 1933 abala de vez as perspectivas do nosso autor. Já em maio, Neumann se exila na Inglaterra, convencido de que a tomada de poder pelo nacional socialismo não era um evento transitório. Neste mesmo ano, o teórico alemão solicita à *Royal Society* suporte financeiro para finalizar um livro, nunca publicado, intitulado *State and Monopolies* que foi incorporado à terceira parte de sua tese de doutorado, revelando mais uma vez o interesse do autor em questões de economia política.²⁰⁴

Diante desse contexto, e com o intuito de apresentar sua interpretação sobre as razões que possibilitaram a ascensão do

²⁰³ RODRIGUEZ, 2006, p. 59.

²⁰⁴ TRIBE, 1987, p. 19.

partido nazista ao poder, o teórico escreve, ainda em 1933, *The Decay of German Democracy*. Seu argumento central coloca, mais uma vez, a democracia coletivista no centro do debate público alemão. Para ele, a revolução nacional socialista deve ser entendida como uma contrarrevolução da indústria monopolista e dos grandes proprietários de terra contra a democracia e o progresso social da República de Weimar. A questão, portanto, consiste em entender quais as condições que possibilitaram essa reação. O teórico alemão dá basicamente duas respostas nesse texto: a estrutura da Constituição de Weimar e a prática política diante dela.²⁰⁵

Sobre o primeiro ponto, Neumann sistematiza os direitos assegurados constitucionalmente em quatro grupos, quais sejam: direitos de *liberdade pessoal*, de *livre manifestação e reunião*, de *liberdades capitalistas* e, com mais ênfase para o autor, direitos de *liberdades políticas*. Estes últimos, somados à igualdade de direitos de todos os cidadãos, garantiam a possibilidade de criação da vontade estatal. Para ele, sem os direitos de liberdade política é impossível falar em democracia. Conforme veremos, esse argumento é fundamental para o nosso estudo, pois a caracterização da forma direito aparece em uma fase posterior do seu pensamento.²⁰⁶

O problema é que os direitos de liberdades políticas têm a pretensão de criar uma socialdemocracia, mas não uma democracia socialista que pudesse garantir a liberdade econômica dos trabalhadores. A tentativa de firmar um compromisso entre socialismo e capitalismo somente funciona enquanto a crise econômica não intervém.²⁰⁷ Desse modo, a estrutura da Constituição se revela insustentável na prática, sem que ocorra uma transição para o socialismo.

²⁰⁵ NEUMANN, 1996b, p. 30.

²⁰⁶ NEUMANN, 1996b, p. 33.

²⁰⁷ NEUMANN, 1996b, p. 33/34

During the boom years 1924-1928 the development of the social services in Germany was enormous. “The illusion of security” was a perfect one. The standard of living increased for everybody, even the unemployed.

But capitalism, the real owner of power in every nonsocialist state, could only make social concession up to certain point, to the point where profit ceases. This limit being reached, capitalism will do everything to prevent organized labor from securing control over the state and exercising power in favor of social progress.²⁰⁸

A reação dos partidos conservadores se justifica, nesse caso, por identificar que a saída para a crise poderia ser tomada por um governo socialista capaz de usar o poder do Estado para criar uma nova distribuição de riqueza, uma plataforma constitucional de emancipação do trabalhador. Havia, portanto, uma tensão representada pela possibilidade de um uso da forma direito contrário aos interesses da burguesia.²⁰⁹

O segundo ponto que possibilitou a reação conservadora contra a democracia se explica diante da prática política do partido socialdemocrata e dos sindicatos em relação à Constituição de Weimar. Neumann reitera em 1933 suas críticas ácidas à esquerda pela decadência do parlamento, cujo resultado

²⁰⁸ NEUMANN, 1996b, p. 34. Tradução livre: “Durante o crescimento dos anos de 1924-1928, o desenvolvimento dos serviços sociais na Alemanha foi enorme. “A ilusão de segurança” foi perfeita. O padrão de vida aumentou para todos, até mesmo para os desempregados.

Mas o capitalismo, o verdadeiro dono do poder em todos os estados não socialistas, só poderia fazer concessões sociais até certo ponto, ao ponto do cessar do lucro. Ao atingir este limite, o capitalismo fará tudo para evitar que o trabalho organizado assegure o controle sobre o Estado e exerça o poder a favor do progresso social”.

²⁰⁹ NEUMANN, 1996b, p. 34.

mais expressivo foi o desenvolvimento do poder de uma burocracia contrária ao progresso social.²¹⁰ A seu ver, essa prática equivocada de setores de esquerda devia-se ao erro de acreditar que uma democracia econômica seria possível sem uma democracia política.²¹¹

The disastrous role of the Communist Party is well known. They hoped to create a revolutionary situation by destroying parliamentary democracy and then creating a bolshevist dictatorship. In fact, they were the allies of the National Socialists in their struggle against the "Social Fascists", in other words Social Democrats and trade unions.²¹²

Apesar de se tratar de um diagnóstico específico daquele contexto histórico, este é um ponto importante para a discussão do nosso argumento central, pois guarda muitas coincidências em relação às estratégias políticas dos movimentos de esquerda atuais. Trata-se, em síntese, da questão de saber da possibilidade de uso do direito pelas forças emancipatórias, ou, em outras palavras, o que significa a aposta na radicalização de uma revolução fora das instituições jurídicas existentes.

O ponto de vista neumanniano, como se percebe, não era exatamente uma postura socialdemocrata de conciliação entre classes, mas, de utilização do direito para construção do socialismo. Do ponto de vista do diagnóstico, ele entendia que a

²¹⁰ NEUMANN, 1996b, p. 34-35/36.

²¹¹ NEUMANN, 1996b, p. 39.

²¹² NEUMANN, 1996b, p. 39. Tradução livre: "O papel desastroso do Partido Comunista é bem conhecido. Esperavam criar uma situação revolucionária destruindo a democracia parlamentar e criando uma ditadura bolchevista. Na verdade, eles eram aliados dos nacional-socialistas em sua luta contra os "fascistas sociais", em outras palavras, social-democratas e sindicatos".

democracia alemã cometeu suicídio e foi morta ao mesmo tempo, na medida em que uma *democracia sem democratas* contribuiu decisivamente para seu fim com a ascensão de Hitler.²¹³ Em todo caso, essa análise manifesta a ênfase dada à economia e à política, deixando o direito, até então, sem uma explicação convincente sobre os limites e possibilidades emancipatórios.

5.2. O enfrentamento sobre o papel da forma direito para a emancipação humana ocorre nos textos elaborados nos anos seguintes: *The Division of Powers and Socialism*, de 1934, *On The Marxist Theory of State*, de 1935, culminando com a sua tese defendida no exílio em Londres, *The Rule of Law*, de 1936. No ano seguinte, Neumann escreve o artigo *The Change in the Function of Law in Modern Society* em que procura sintetizar o argumento do doutorado defendido na *London School of Economics*. Esses quatro trabalhos, que carregam certa unidade em seu seio (apesar de diferenças pontuais na ênfase em determinados argumentos), representam o cerne da teoria jurídica neumanniana, elaborada durante os anos do estado de exceção nazista.²¹⁴

Uma observação metodológica sobre esses estudos nos parece fundamental. Apesar do ingresso efetivo de Neumann no Instituto de Pesquisas Sociais se dar apenas em 1936, ano de conclusão do seu segundo doutorado, esses textos podem ser lidos dentro da lógica do materialismo interdisciplinar proposto por Max Horkheimer para a chamada Escola de Frankfurt.²¹⁵

²¹³ NEUMANN, 1996b, p. 40-41.

²¹⁴ Nesse período o autor publica também *Tipos de Direito Natural* (NEUMANN, 1969i) e, o clássico sobre o regime nazista, *Behemoth* (NEUMANN, 1943), que não serão analisados separadamente por não colaborarem diretamente para o estudo sobre o funcionamento da forma direito que estamos realizando.

²¹⁵ Devemos lembrar que a disputa sobre o conceito de capitalismo de estado com Pollock e Horkheimer levou Neumann à posição de rebelde dentro do próprio Instituto. Em comparação com o círculo interno da Escola de Frankfurt sua posição é de um marxismo mais convencional,

Carregando as marcas da economia política marxista para interpretar as mudanças do capitalismo no início do século XX e, ao mesmo tempo, realizando um estudo sobre a dinâmica própria ao sistema jurídico, Neumann procura fazer um diagnóstico das tendências estruturais do modelo vigente com o objetivo claro de identificar as tendências emancipatórias inscritas nessa própria realidade.²¹⁶ O simples fato de Neumann se dedicar ao estudo da teoria do direito e do sistema jurídico, procurando identificar sua autonomia, já demonstra a superação do que a crítica vulgar ao marxismo denomina de “economicismo” das leituras marxistas. Desse modo, a questão básica que Neumann se coloca é identificar em que medida as relações de poder capitalistas podem ser neutralizadas e a liberdade realizada pelos mecanismos do Estado de direito.²¹⁷

Ao se colocar esse problema, o teórico alemão se confronta com a resposta padrão cultivada no seio da tradição marxista, perante a qual ele se posiciona inicialmente com um duplo movimento teórico. O primeiro consiste na rejeição preliminar ao argumento de que o Estado possa ser analisado apenas como uma função da estrutura de classe da sociedade. Tal premissa básica, sem a qual não faria sequer sentido sua investigação, é, ao mesmo tempo, o resultado necessário de sua metodologia de pesquisar empiricamente a função das instituições na sociedade. O segundo movimento avança no terreno marxista contra uma leitura meramente dogmática de

ênfatizando os aspectos econômicos e sociais e a capacidade de serem enfrentados através da atividade política dos movimentos sociais. (THORNHILL, 2000, p. 95. RODRIGUEZ, 2013b, p. 98. RODRIGUEZ, 2004, p. 54. RAMOS, 2012, p. 313)

²¹⁶ NOBRE, 2008, p. 9-11. Conforme explica, José Rodriguez seu objetivo era “estudar o sistema jurídico e a teoria do direito sob o ponto de vista da crítica da economia política marxista, examinando qual o seu papel na reprodução da dominação de classes e apontar perspectivas de emancipação por meio de uma crítica ideológica desta superestrutura”. (RODRIGUEZ, 2004, p. 55) Para um debate mais amplo sobre o método nas teorias críticas, ver PINZANI, 2012.

²¹⁷ OFFE, 2003, p. 211.

Marx. Para Neumann, a pergunta sobre a função do Estado na sociedade moderna não pode ser confundida com o questionamento sobre como a sociedade socialista futura pode ser organizada.²¹⁸ Desse modo, aqueles que acreditam que uma sociedade emancipada somente pode se consumir com o fim do aparato estatal ainda precisam lidar com as funções concretamente desempenhadas pelo Estado presente. É essa inteligibilidade que o nosso autor se propõe a elaborar.

Para analisar o funcionamento do sistema jurídico, a forma direito pode ser caracterizada em dois níveis diferentes, porém inter-relacionados: teórico e empírico. No primeiro nível, levado a cabo na segunda parte de *O Império do direito*²¹⁹, Neumann analisa como algumas das principais teorias da tradição política ocidental relacionam soberania e direito material.²²⁰ Seu argumento questiona a suposta separação entre as teorias do Contrato Social, que justificam a soberania estatal, e as teorias do direito natural, que justificam a liberdade dos homens frente à interferência do Estado. Para ele, “[o]s teóricos do direito natural também tentaram justificar o Estado, e os teóricos democráticos do Contrato Social quiseram também justificar a liberdade”.²²¹

O estudo monográfico de autores de diferentes perspectivas que constituíram essa tradição – desde o Direito Natural Tomista, passando por Bodin, Althusius, Grotius, Pufendorf, até Hobbes, Spinoza, Locke, Rousseau, Kant, Fichte e Hegel – permite a Neumann levantar a hipótese de que, ao conservar em si ambos os elementos, o processo de positivação do direito manteve o caráter racional que já estava presente nas teorias do direito natural. Desse modo, o processo de desencantamento do direito, que faz com que seu conceito deixe

²¹⁸ NEUMANN, 1987a, p. 78.

²¹⁹ Optamos por utilizar o título da tradução brasileira de *The Rule of Law*.

²²⁰ A escolha pelas teorias políticas “racionais” significa, nos termos do próprio autor, em excluir as teorias tradicionalistas ou carismáticas. (NEUMANN, 2013, p. 103)

²²¹ NEUMANN, 2013, p. 42.

de se reportar a elementos transcendentais, encarna os princípios de racionalidade nas instituições criadas pelos homens. Segundo Neumann, essa justificação racional, e esse é o ponto que iremos questionar posteriormente, pode ter consequências revolucionárias em determinadas circunstâncias históricas.²²²

Em nível empírico, Neumann entende que o Estado moderno se caracteriza por possuir uma esfera de soberania do Estado e uma esfera de liberdade frente ao Estado.

A seu ver, a *soberania* é imprescindível em uma sociedade moderna, pois permite que o Estado exista independentemente dos diferentes grupos em conflito numa sociedade. O teórico alemão apresenta diversos papéis desempenhados pela soberania estatal, tais como: guardar suas fronteiras, conquistar novos mercados, produzir a unidade interna da administração e da lei, destruir poderes locais e particulares, expurgar a Igreja da esfera secular, manter os grupos sociais conflitantes no interior de fronteiras determinadas ou até mesmo exterminar um dos grupos sociais quando parecer necessário para o bem do Estado. Na contraface disso, o Estado necessitou historicamente de liberdade econômica para o desenvolvimento das forças produtivas, de modo que, apesar de ter sido concebida filosoficamente para existir antes do Estado, a *liberdade* encontrou historicamente no aparato estatal um meio para sua realização.²²³

Dessa forma, o Estado de direito pode ser caracterizado, teórica e empiricamente, a partir de dois princípios contraditórios: a soberania e a liberdade (ou, se quisermos, o poder e os direitos humanos). Apesar de serem igualmente constitutivos do Estado moderno, esses elementos são irreconciliáveis entre si, na medida em que o poder mais elevado e o direito mais elevado não podem ser realizados ao mesmo tempo. Nesse caso, diferente de Kelsen, por exemplo, para quem todo Estado é de direito e, vice-versa, todo direito é do Estado, Neumann entende que o Império do Direito designa um Estado em que os direitos humanos e a

²²² NEUMANN, 2013, p. 39. RODRIGUEZ, 2013c, p. 39.

²²³ NEUMANN, 2013, p. 37.

imputação de todos os atos de intervenção do Estado se dão sob a forma de normas gerais. Invocando a terminologia alemã, nosso autor denomina o Império do Direito (*rule of law*) de *Rechtsstaatscharakter*, isto é, o *caráter de Estado de Direito*. Segundo esse entendimento racional, nem toda a decisão do Estado pode ser considerada direito, mas apenas as normas que contenham um princípio de equidade para seus receptores.²²⁴ Para especificar em nossa argumentação o elemento jurídico dentro da teoria do Estado, acompanhamos a indicação terminológica de José Rodríguez que chama essa estrutura essencial de “forma direito”.²²⁵

Nesse caso, o Estado de direito designa no modelo neumanniano a separação entre a estrutura política do Estado e sua organização jurídica, de modo que esta deve garantir, por sua própria conta, a liberdade e a segurança dos homens sujeitos ao seu poder. Para que isso ocorra, a administração do Estado deve estar sujeita a suas próprias leis, limitando a forma de exercício do poder soberano.²²⁶ O aspecto decisivo do argumento de Neumann consiste em entender que para que o Estado de direito consiga realizar a liberdade de maneira imanente à sua estrutura coercitiva é preciso que o aparato estatal se sujeite a um tipo específico de legalidade: as leis gerais.

²²⁴ NEUMANN, 2013, p. 37/38. “O ‘Império do Direito’ deve ser pensado não em termos abstratos, como leis ou ordem impositiva do Estado, mas exatamente como um elemento constitutivo do Estado moderno e que se diferencia da soberania enquanto poder por permitir um raio de liberdades subjetivas”. (PROL, 2009, p. 197)

²²⁵ “Trata-se de uma estrutura institucional que constringe o poder soberano a agir conforme a vontade da sociedade por meio de normas gerais e as instituições ligadas a elas (na forma clássica, os três poderes e seus órgãos), que instituem e garantem a separação entre soberania e liberdade, entre sociedade e Estado. Fique claro: para que a forma direito esteja presente, é preciso haver institucionalização. Não existe forma direito sem direito positivo. Esse é o significado da afirmação de que o direito natural só faz sentido sob a forma de norma geral, ou seja, sob a forma da forma direito”. (RODRIGUEZ, 2006, p. 75-76)

²²⁶ NEUMANN, 2013, p. 309.

Isso implica a supremacia da lei e somente da lei; mas de um certo tipo de lei, a saber, as leis gerais. Disto se segue que a relação entre o Estado e os indivíduos tem de ser previamente determinada pelo direito racional formal. A interferência do Estado na liberdade e na propriedade deve poder ser prevista e calculada; nas palavras de Stahl, ela deve ser definida com exatidão. Segue daí que aquelas interferências devem ser controláveis, principalmente por juízes independentes.²²⁷

Quer dizer, o processo de positivação do direito não elimina completamente a contradição entre o direito natural escolástico e o direito secular, pois, de maneira imanente mesmo ao Estado de direito (sem apelo a noções metafísicas), sobrevive o postulado de *generalidade da lei*. Vejamos os corolários dessa noção.

Em nossa tradição política, a norma legal significa um julgamento hipotético do Estado com relação à conduta futura de seus súditos. Esse elemento básico do sistema jurídico implica em três características básicas do seu funcionamento: a norma deve ser geral em sua formulação; a generalidade da lei deve ser específica; e a lei não pode ser retroativa.²²⁸ Ora, dizer que a

²²⁷ NEUMANN, 2013, p. 312.

²²⁸ NEUMANN, 2013, p. 357. NEUMANN, 1969a, p. 38. NEUMANN, 1987c, p. 68. É importante frisar que Neumann não está afirmando que todas as leis devem ser sempre gerais. Mais uma vez, o que vale é o princípio metodológico de analisar a funcionalidade concreta do instituto. Isso fica evidente na seguinte afirmação: “A declaração de representantes da opinião francesa contemporânea, tal como Duguit, de que a lei é somente uma norma geral, e que um comando individual não é uma lei mesmo se emitido por um ‘pretendido soberano’, é uma mera afirmação que na verdade representa uma recaída na teoria do direito natural. A prática constitucional francesa conhece de fato um grande

norma deve ser geral é uma questão meramente formal, pois não antecipa nada sobre o conteúdo a ser estabelecido na norma de acordo com o procedimento de positivação. Contudo, esse aspecto formal da forma direito carrega um sentido ético que deve ser considerado. Deixando de lado nesse momento a questão sobre a relação entre a lei geral e o comando individual – que, para Neumann, é sociologicamente negligenciável²²⁹ –, uma norma geral não se refere a qualquer caso particular e, dessa forma, se aplica a todos os casos e a todas as pessoas em abstrato. Ela comporta, portanto, um sentido de igualdade.²³⁰

A generalidade da lei também possui como elemento material necessário a proibição de retroação. A explicação para isso é muito simples: “[s]e a lei se aplica sobre um número indefinido de casos individuais futuros, uma lei retroativa possivelmente não é uma lei; porque aqueles fatos já realizados são computáveis, e assim a lei é confrontada com um número definido de casos particulares”.²³¹ Além do mais, a exigência de

número de leis individuais. Não se pode duvidar que numa sociedade competitiva a lei é tipicamente geral; mas o postulado de que toda lei tem que ser necessária e exclusivamente geral não passa de uma tentativa de absolutizar uma certa situação histórica”. (NEUMANN, 2013, p. 362)

²²⁹ “A lei geral se opõe a qualquer tipo de comando individual. A diferença é relativa. É correto que todo comando que emana de uma autoridade superior para um órgão inferior exigindo uma certa ação é, em relação à execução do comando, sempre geral e abstrato; ‘ou seja, ele nunca abrange todo detalhe da ação em que deve ser realizado’ (Michael Foster). Nesse sentido, é verdade que a execução de qualquer comando deixa à pessoa que foi comandada um certo tipo de iniciativa. Deste ponto de vista, o comando individual pode ser visto como um comando geral.

Mas é igualmente verdadeiro que não podemos esquecer o fato de que a porção de iniciativa deixada à pessoa que realiza uma ordem individual é tão pequena que sociologicamente ela pode ser negligenciada. A fronteira, portanto, entre leis gerais e comandos individuais perpassa por vários tipos de comandos”. (NEUMANN, 2013, p. 357)

²³⁰ NEUMANN, 2013, p. 357-358.

²³¹ NEUMANN, 2013, p. 370.

que a norma seja aplicada ao caso concreto por uma autoridade diferente daquela que a promulgou em caráter geral garante um mínimo de separação dos poderes. Não se trata com isso de *naturalizar* determinada estrutura institucional (que divide as funções estatais em três, por exemplo), mas de assegurar uma proteção para aqueles que estão subordinados a um poder coercitivo.²³²

A questão que surge nesse contexto é definir a função dessa estrutura do sistema jurídico, isto é, a quem serve a forma direito. Conforme debatemos no primeiro capítulo, e seguindo nesse ponto a tradição marxista, Neumann concorda que o Estado de direito surge para atender aos interesses da burguesia enquanto classe social em ascensão. Contudo, essa é apenas uma parte da resposta. Uma elucidação mais profunda sobre o direito exige relacioná-lo com sua subestrutura social e política. Desse modo, para compreender a exigência de generalidade da lei – realizada pelos teóricos do direito – é preciso compreender a estrutura social e o funcionamento da economia.

Conforme já tivemos a oportunidade de antecipar, o direito sob a forma da lei geral corresponde às necessidades do capitalismo competitivo.

A livre concorrência precisa da generalidade da lei e do direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao direito, e daí a separação dos poderes. A livre concorrência depende da existência de uma porção de concorrentes de força aproximadamente igual, competindo num mercado livre. A liberdade do mercado de bens e serviços, a liberdade do mercado de trabalho, a livre seleção dentro da classe empresarial, a liberdade de contrato, e,

²³² NEUMANN, 2013, p. 364.

acima de tudo, a calculabilidade das decisões do Judiciário são as características essenciais do sistema liberal de competição que, por meio de empreendimentos contínuos, racionais e capitalistas, produzem um fluxo contínuo de lucros. A tarefa primordial do Estado é criar um Estado legal que garanta a execução dos contratos.²³³

O Estado de direito atende, portanto, aos interesses da burguesia enquanto classe que, até aquele momento histórico, estava excluída do pleno domínio do aparato estatal.²³⁴ Desse modo, enquanto o mercado capitalista funciona como palco para a luta de competidores em igualdade de condições, o sistema jurídico liberal funciona a contento e as normas gerais se aplicam igualmente a todos, garantindo a previsibilidade das trocas comerciais e a exploração econômica do homem no mercado de trabalho. Até esse momento do raciocínio, o teórico alemão não faz mais do que apresentar o quadro mais amplo da subestrutura social e política em que a estrutura material do direito está assentada.

A percepção de que a forma direito exerce um papel significativo para a emancipação humana ocorre apenas diante da passagem do capitalismo competitivo para o capitalismo monopolista e, posteriormente, da decretação do estado de exceção pelo regime nazista. A um só tempo, *a partir e contra* as perspectivas weberiana e marxista sobre o direito, Neumann

²³³ NEUMANN, 1969a, p. 49-50.

²³⁴ Neumann explica que o funcionamento do direito sobre leis gerais na Alemanha era uma forma de compensar o fato da burguesia não está no comando do Estado: “Os direitos da burguesia não eram, portanto, assegurados pela participação na formação das decisões políticas, isto é, não geneticamente, mas apenas materialmente, por meio do governo de leis gerais tais como eram decretadas pelo Parlamento e aplicadas por juízes independentes”. (NEUMANN, 2013, p. 344-345)

percebe que algo da estrutura da forma direito transcende os interesses da burguesia que lhe deu origem. Vejamos de que maneira esses acontecimentos da história alemã permitem ao nosso autor retirar essa conclusão.

5.3. O pós-guerra na Alemanha se caracteriza por uma mudança profunda na estrutura econômica e social do país. Da competição, antes da primeira guerra, emerge a concentração do capital que caracteriza o capitalismo monopolista. De acordo com os estudos econômicos de Neumann, este período foi marcado por alta inflação, escassez de matéria-prima e elevada divisão do trabalho. Fatores que, somados, demandaram a necessidade do máximo de racionalização do aparato econômico. As empresas individuais, por sua vez, sentiam grande dificuldade para diminuir os custos e assegurar mercados em um ambiente de livre competição. Essas condições objetivas levam à construção de uma forma superior e mais consciente de produção, baseada na cooperação entre os produtores.²³⁵

Do ponto de vista da estrutura econômica, essa forma de capitalismo transforma a função do empresário, que passa a ser mero funcionário da empresa, e a estratificação social, na medida em que, o aumento da produtividade, produz um fosso entre os trabalhadores capacitados e os não-capacitados. Ao dependerem fundamentalmente do aparato distributivo do Estado, esses trabalhadores não-capacitados muito dificilmente conseguem se organizar, o que altera de maneira decisiva a função das associações de trabalhadores. O poder dos sindicatos diminui na medida em que aumenta o poder das organizações monopolistas.²³⁶

²³⁵ NEUMANN, 2013, p. 435-436.

²³⁶ NEUMANN, 2013, p. 435-439. É interessante observar como Neumann explica a percepção que os movimentos de esquerda tinham em relação ao capitalismo monopolista: “A teoria que os monopólios sempre são progressivos corresponde à teoria política da Social Democracia alemã e às visões dos sindicatos, que veem nos monopólios

Outra transformação substancial ocorre na estrutura política. As constituições do período do pós-guerra se baseavam claramente nos princípios políticos do pluralismo, entendido como a distribuição do poder do Estado entre as organizações livres, o que representava uma ideia de paridade entre as duas classes da sociedade.

Enquanto o liberalismo ignora a existência de um conflito de classe, e entende que o reconhecimento da liberdade jurídica e da igualdade jurídica é suficiente, esse período de democracia coletivista reconhece a existência de um conflito de classe, mas procurou transformar o conflito numa cooperação entre as classes com base na paridade. O período após a guerra é caracterizado pelo fato de o movimento dos trabalhadores ter-se tornado autoconsciente, por ter-se constituído como organização política autônoma, e pela tentativa de transformar toda a sociedade de acordo com sua filosofia de vida. Essa tendência, a autoconsciência do movimento dos trabalhadores, foi acelerada pela guerra, levando à transformação do Estado liberal numa democracia de massas.²³⁷

Neumann verifica essa paridade entre as classes no pacto social representado pela Constituição de 1919, referindo-se a fatos históricos concretos que, segundo ele, constituem contratos sociais firmados entre os vários grupos da sociedade. O Estado de

o primeiro passo em direção ao socialismo. À teoria em que os monopólios impedem o desenvolvimento da produtividade capitalista corresponde a teoria política comunista do colapso do capitalismo". (Idem, p. 436)

²³⁷ NEUMANN, 2013, p. 439-440.

Direito social, que vigorava na República de Weimar, constituía, a seu ver, uma democracia coletivista, na qual o Estado usa as organizações privadas para realização de suas tarefas, ao tempo em que partilha com elas o poder político.²³⁸

Não devemos ler essa afirmação de Neumann no rastro de um registro socialdemocrata.²³⁹ Sua avaliação sobre essa situação era suficientemente cética a ponto de declarar que esses livres acordos entre parceiros só podem ser realizados até o momento em que os conflitos econômicos não se tornam conflitos políticos decisivos, o que, em uma sociedade burguesa, significava que o empresário fosse capaz de fazer algumas concessões. Tampouco isso significa ver sempre um predomínio da classe burguesa. Neumann enxerga a sociedade do ponto de vista dos conflitos políticos, de modo que a cooperação entre as classes se conquista, ou se perde, de acordo com o estágio concreto de disputa entre suas respectivas forças, isto é, enquanto uma classe não for forte o suficiente para subjugar a outra.²⁴⁰

Ainda sobre as mudanças na estrutura política, Neumann percebe que, no processo de democratização ocorrido em Weimar, os direitos políticos adquiridos pela grande massa da classe trabalhadora transforma decisivamente a função do parlamento. Ele deixa de ser o lugar em que os representantes dos segmentos sociais privilegiados deliberam para expressar um estágio da disputa entre os vários “parceiros” da luta de classes. A reação dos monopólios frente a este espaço conquistado pelo proletariado consistiu em reforçar o poder do governo contra o

²³⁸ NEUMANN, 2013, p. 440ss.

²³⁹ Como já explicamos e teremos a oportunidade de retornar mais adiante, Neumann entendia que a liberdade só estaria realizada no socialismo, entendido como uma sociedade sem classes.

²⁴⁰ NEUMANN, 2013, p. 442-443. “Tais livres acordos praticamente cessaram em 1931, quando a crise econômica tornou impossível qualquer concessão posterior. A partir de então, os livres acordos entre parceiros sociais desapareceram, e as restrições compulsórias do Estado, o ‘terceiro neutro’, que deveria intervir apenas em casos excepcionais, tornaram-se a regra”. (Idem)

legislativo. A expansão da burocracia ministerial serve, portanto, para esvaziar o poder de decisão dos trabalhadores que estavam representados no parlamento. Como não poderia deixar de ser, essas mudanças na estrutura econômica e política são acompanhadas por transformações profundas no sistema jurídico.²⁴¹

A primeira delas afeta a própria concepção da generalidade da lei (a ideia de que o parlamento não pode emitir comandos individuais). Ao vincular a análise do direito ao subsistema social respectivo, Neumann argumenta que o postulado de que o Estado só pode governar através de leis gerais está diretamente relacionado com uma sociedade de competidores em igual condição. Durante o período de monopolização da economia alemã, essa noção ganha uma estranha revitalização. A questão é que, numa economia monopolizada, o parlamento se depara em determinadas situações com um único caso. Portanto, ao exigir que o legislativo só pudesse emitir normas gerais, a teoria jurídica da época, capitaneada por ninguém menos do que Carl Schmitt, introduzia um direito natural velado que servia objetivamente contra a soberania do órgão estatal que possuía maior

²⁴¹ NEUMANN, 2013, p. 443-445. PROL, 2009, p. 200. Na síntese de Claus Offe: “Parliament, the constitutional order’s immanent institutional mechanism for modifying and correcting social relations of power, is undercut by exactly those social powers that it was designed to neutralize. The diagnosis of the events of 1933 consequently takes the following form: destruction of the sovereignty of parliament, alongside the development and ultimate triumph of an “anti-state” within democracy, which consists of the bureaucracy, judiciary, and privileged organized interests”. (OFFE, 2003, p. 220) Tradução livre: “O Parlamento, o mecanismo institucional inerente à ordem constitucional para modificar e corrigir as relações sociais de poder, é erodido exatamente por aqueles poderes sociais os quais ele foi designado a neutralizar. O diagnóstico dos eventos de 1933, conseqüentemente, leva a seguinte forma: destruição da soberania do parlamento, paralelamente ao desenvolvimento e triunfo derradeiro de um “anti-Estado” dentro da democracia, que consiste na burocracia, no judiciário e nos interesses organizados privilegiados”.

representação da classe trabalhadora. Em outras palavras, o conceito de generalidade da lei, que outrora assegurava um mínimo de liberdade para os trabalhadores perante o Estado, enfrenta um processo de refuncionalização de modo a atender aos interesses da burguesia, servindo objetivamente como fator de deslegitimação da soberania do parlamento.²⁴²

Uma segunda transformação no sistema jurídico passou por uma mudança no entendimento e na postura do judiciário sobre a possibilidade de revisão judicial das leis. De acordo com Neumann a Suprema Corte Alemã, repentinamente, passou a considerar que sempre esteve autorizada a revisar os estatutos de acordo com a Constituição, reconfigurando a própria força do Estado. Em uma análise da jurisprudência do tribunal, o autor constata que essa medida resultou em uma maior proteção à ordem existente da propriedade, à medida que todas essas decisões lidavam com a possibilidade de intervenção do Estado na propriedade. A justiça alemã se aproxima, portanto, do modelo norte-americano, cassando as decisões “arbitrárias” do parlamento que interferissem na concentração de propriedade. Para completar o cenário, o judiciário ressuscita a teoria do direito natural, colocando de maneira unilateral certos interesses acima da possibilidade de deliberação democrática.²⁴³

Por fim, o sistema jurídico se confronta com o surgimento das chamadas cláusulas gerais. Como sabemos, a noção simplificada do direito liberal entende que o direito é criado em abstrato pelo legislativo e aplicado pelo judiciário no caso concreto. Em tese, quanto mais precisa a norma, melhor, pois permite maior previsibilidade aos sujeitos do ordenamento jurídico quanto às consequências jurídicas de suas condutas. Ocorre que, num contexto em que classes sociais com interesses opostos ocupam o espaço de criação das normas gerais, torna-se inviável estabelecer de antemão o conteúdo exato da lei prévia, geral e abstrata. O legislativo é levado a abusar de enunciados

²⁴² NEUMANN, 2013, p. 446-450.

²⁴³ NEUMANN, 2013, p. 450-452.

normativos vagos e ambíguos como “*boa-fé*”, “*de acordo com o sentimento de equidade e justiça*”, “*em função do interesse econômico*”. Desse modo, o conteúdo da norma permanece indefinido até o momento de sua aplicação *in concreto*, permitindo o ajuste do direito aos interesses específicos do caso individual. Para Neumann, a introdução dessas cláusulas transforma todo o sistema jurídico, abolindo o direito racional formal. O caráter “extrajurídico” dessas normas torna as sentenças dos tribunais verdadeiras decisões político-administrativas.²⁴⁴

A resposta padrão para o fenômeno da expansão das cláusulas gerais remete aos estudos de sociologia do direito de Max Weber para quem o aumento da indeterminação das normas prejudica a racionalidade do direito. Centrar os raciocínios de aplicação do direito em juízos de valor aumenta sobremaneira o poder arbitrário dos aplicadores, prejudicando calculabilidade e a previsibilidade necessárias para as trocas comerciais em uma sociedade capitalista. Além do mais, a materialização do direito tampouco parecia ser benéfica aos trabalhadores, na medida em que os juízes eram recrutados na Alemanha pelos poderes políticos dominantes.²⁴⁵

A análise de Neumann sobre essa questão separa duas questões distintas. Do ponto de vista da teoria do direito, Neumann reconhece, obviamente, a indeterminação estrutural do direito e, por conseguinte, a possibilidade de várias interpretações do direito positivo pelas autoridades competentes. Do ponto de vista sociológico, o surgimento das cláusulas gerais, de fato, agudizava esse aspecto estrutural inerente (Weber estaria certo, portanto, ao se preocupar com o fato de que a materialização do direito através das cláusulas gerais poderia transformar o ato aplicação jurídica numa ação irracional).²⁴⁶ Contudo, entre a ocorrência de um fenômeno e sua função específica existe uma

²⁴⁴ NEUMANN, 2013, p. 454. PROL, 2009, p. 201.

²⁴⁵ RODRIGUEZ, 2006, p. 49/96.

²⁴⁶ RODRIGUEZ, 2006, p. 50.

lacuna que precisa ser observada. Neumann, mais uma vez, se volta para analisar concretamente as instituições jurídicas com o objetivo de verificar se as cláusulas gerais estavam ou não produzindo a irracionalidade do direito.

Sua conclusão divide a função delas em dois momentos distintos da história alemã. Até por volta de 1930, quando a democracia coletivista de Weimar estava em pleno funcionamento, as cláusulas gerais serviam, como dito, para firmar o compromisso entre as classes de empregadores e de trabalhadores. Após este período, por conta da crise econômica e da reação política da burguesia, essas normas mudam de função. As cláusulas gerais passam a funcionar como uma arma contra a legislação de reforma social conquistada pelo trabalhador, de modo que, ao contrário do previsto pela teoria, a decisão jurídica passou a ser *seguramente* esperada pelo capitalista monopolista.²⁴⁷

Portanto, segue-se que na esfera do direito monopolista as cláusulas gerais servem plenamente aos interesses dos monopolistas. As normas irracionais tornam-se calculáveis para os monopolistas, pois estes são suficientemente fortes para, se necessário, abrir mão da racionalidade formal. O monopolista não é capaz de agir sem a ajuda de um direito rigorosamente calculável; a racionalidade formal chega mesmo a ser um estorvo para o pleno desenvolvimento de seu poder.²⁴⁸

Esse raciocínio é fundamental no quadro teórico formulado por Neumann. Verificar empiricamente que a previsibilidade e

²⁴⁷ NEUMANN, 2013, p. 456-459.

²⁴⁸ NEUMANN, 2013, p. 459.

calculabilidade das decisões estatais podem ser conquistadas por meios alheios ao direito formal desfaz a retórica generalizada de que o direito liberal é necessariamente burguês. Portanto, antes de afirmar que a materialização do direito leva à irracionalidade, é preciso reconduzir esse juízo ao velho questionamento: irracionalidade para quem?

Em todo caso, o argumento avança em outra direção. Neumann não apenas afirma categoricamente que os monopólios não precisam da racionalidade do direito liberal para conquistar a previsibilidade necessária aos seus negócios. Ele advoga que tal racionalidade pensada para atender aos interesses da burguesia cumpre com a função niveladora de proteger o fraco. Não por acaso, a teoria jurídica hegemônica na época – a escola da livre discricção – que fortalecia excessivamente o poder dos juízes, é vista como uma peça desse cenário geral em que a irracionalidade material era prejudicial aos pobres e extremamente funcional aos interesses dos poderosos, que não dependiam de seus meandros para garantir os resultados previsíveis do processo. A conclusão forte desse percurso teórico consiste em nos fazer pensar que o abandono da racionalidade formal foi uma resposta à proteção jurídica que a classe trabalhadora conquistou na democracia coletivista de Weimar.²⁴⁹

De todo o exposto se extrai que enquanto, na *democracia coletivista*, o sistema jurídico liberal atuou firmando um acordo entre classes sociais com interesses antagônicos e, em alguma medida, implementando normas jurídicas que interessavam aos trabalhadores, no *capitalismo monopolista*, ganha corpo uma série de reações (teoria da livre discricção, retorno da ideia de lei como lei geral, aparecimento da revisão judicial das leis, revitalização do direito natural) em que a aparente perda de

²⁴⁹ NEUMANN, 2013, p. 459-461. PEDROSO, 2013, p. 184-185. THORNHILL, 2000, p. 94. Como se pode perceber, essa elaboração teórica fornece uma indicação metodológica importante para as pesquisas jurídicas, na medida em que a estrutura e funções do sistema jurídico são analisadas diante de uma base social específica e não abstratamente como costuma ocorrer nos estudos de teoria do direito.

racionalidade do direito serve especificamente aos interesses dos monopolistas. Os fortes possuem mecanismos alheios à racionalidade da forma direito para fazer valer seus interesses, de modo que o direito racional formal – lido pela tradição marxista clássica como “burguesa” – interessava realmente aos trabalhadores na dinâmica da luta de classes.

Essas lições de Neumann sobre o funcionamento do sistema jurídico adquirem sua complementação fundamental diante da ascensão do nazismo na Alemanha.

5.4. Conforme vimos, as reações conservadoras à possibilidade de luta pelo direito da classe trabalhadora serviam para garantir os interesses dos monopólios em detrimento da maioria da população. Contudo, a sociedade alemã ainda estava sob a égide da forma direito (pois, vigorava a mencionada tensão entre soberania e liberdade). Ao menos potencialmente, o enfraquecimento do parlamento ainda poderia ser revertido e o próprio fortalecimento do judiciário poderia ser refuncionalizado no sentido de favorecer as aspirações dos trabalhadores. Quer dizer, a existência de um Estado de direito ainda representava um cenário de conflito com possibilidades concretas de vitória para ambos os lados da disputa.

Em momentos críticos como esse, a burguesia se vê diante de duas possibilidades: acolher parte das reivindicações feitas pelo proletariado ou se aferrar a sua posição de classe a despeito de qualquer noção de institucionalidade. A primeira opção, ao tempo em que preserva o fundamento de legitimidade alegado pelo sistema liberal, carrega o mencionado risco de vitória da classe trabalhadora. Já a destruição do Estado de direito garante um resultado para a burguesia que, por sua vez, demanda formas irracionalistas de legitimação do poder (representado no contexto alemão pela ascensão carismática de Hitler ao poder).²⁵⁰ Por essa razão, Neumann enxerga no nazismo uma reação da burguesia à

²⁵⁰ NEUMANN, 2013, p. 39-40. RODRIGUEZ, 2006, p. 79/84.

ameaça representada pelo espaço que o proletariado passou a ocupar através do direito. A democracia acaba no momento em que as “*massas, que despertaram recentemente e chegaram a uma auto-consciência política durante o período do industrialismo e da guerra mundial, exigiram essa democracia para si mesmas, e quando uma sociedade feudalizada pelo monopólio econômico é incapaz de satisfazer tais exigências*”.²⁵¹

Contudo, diante da ascensão do regime nazista, mais significativo do que a dificuldade do capitalismo em conviver com o uso do direito pelos trabalhadores é que ele tenha prescindido da forma direito. Neumann chama atenção para o fato de que o Estado nazista era um *Estado de não-direito* (chegando a afirmar em *Behemoth*, sua obra clássica de 1942 sobre o regime nacional-socialista, que se tratava mais propriamente de um *não-Estado de não-direito*).²⁵² O teórico alemão não ignorava com essa afirmação que havia uma ordem jurídica eficaz na Alemanha nazista, mas sim que a tensão entre soberania e liberdade, própria da tradição jurídica liberal, havia deixado de existir. O “direito” funcionava como uma simples técnica que transformava a vontade do líder político em realidade constitucional, sem assegurar qualquer garantia de liberdade do indivíduo frente ao poder soberano do Estado.²⁵³

Por que essa observação não é trivial? Ora, durante a República de Weimar, o teórico alemão já havia apontado que o

²⁵¹ NEUMANN, 2013, p. 40.

²⁵² NEUMANN, 1943, p. 11. Um aprofundamento sobre o caráter do Estado nazista para Neumann pode ser encontrado em RAMOS, 2012.

²⁵³ Observemos que a crítica ao não-direito do Estado alemão não é uma questão jusnaturalista. Não está em jogo se ele era ou não justo: “[T]oda a teoria jurídica do fascismo é ‘decisionista’. Toda a maquinaria do direito se coloca exclusivamente a serviço do líder, com a finalidade de transformar, o mais rapidamente possível, sua vontade em formas jurídicas. Portanto, não podemos atribuir ao Estado nacional-socialista os princípios básicos de um Estado de direito. Saber se o Estado nacional-socialista é um Estado justo, é algo que fica inteiramente a encargo da avaliação do leitor”. (NEUMANN, 2013, p. 482)

direito não poderia ser considerado somente como um invólucro da dominação capitalista quando a própria Constituição reconhece o conflito de classes. No momento em que a classe dominante não apenas age decididamente para destruir o Estado de direito existente, como o capitalismo permanece funcionando normalmente sem ele, torna-se impossível desconsiderar que a forma direito vai além dos interesses que lhe deram origem. Na síntese de José Rodriguez: “*O funcionamento real de um sistema capitalista sem a presença do Direito liberal é motivo mais do que suficiente para levantar um mar de dúvidas sobre o diagnóstico marxista do Direito como mera superestrutura*”.²⁵⁴

Por esse motivo, Neumann se posiciona teórica e politicamente de maneira contrária ao desprezo que a esquerda (comunistas) e a direita (nazistas) de seu tempo conservavam em relação ao direito liberal. Além do mais, tampouco podemos enquadrá-lo comodamente como um socialdemocrata, pois, como vimos, ele nega a possibilidade de que o Estado consiga manter sua independência relativa por muito tempo. Sendo assim, uma autêntica crítica ao direito deve ser capaz de compreender sua dinâmica própria para assim refletir sobre os limites e as possibilidades da luta política pelo direito. Em diferentes momentos de sua trajetória, Neumann realiza esse trabalho.

Do ponto de vista de uma crítica *negativa*, o teórico alemão ressalta os riscos de que os movimentos sociais confiem em excesso na institucionalidade ao indicar que a independência do sistema jurídico perante as forças sociais é apenas relativa.²⁵⁵ A expectativa de conquista da emancipação humana através da juridificação não deve desconsiderar a possibilidade de instauração do estado de exceção pela classe dominante nos casos-limites:

[A] ênfase dada ao Império do Direito instituído depende do fato de que o

²⁵⁴ RODRIGUEZ, 2004, p. 64.

²⁵⁵ NEUMANN, 2013, p. 55.

Parlamento, como um todo, consista numa representação dos interesses da burguesia, ou seja, que o proletariado não chegou ao ponto de ser um poder político perigoso para os interesses da burguesia. O Parlamento funciona normalmente, mas apenas enquanto as classes proprietárias o dominam. No exato momento em que a classe trabalhadora se emancipar, se tornar politicamente consciente, a burguesia abandonará a crença no Império do Direito instituído, e então ou recorrerá a um novo direito “natural” que não pode ser modificado pela legislação parlamentar e que consiste principalmente na ordem existente da propriedade – isso, contudo, somente durante um período de transição – ou ela abolirá o Parlamento juntamente com suas funções legislativas.²⁵⁶

Do ponto de vista de uma crítica *positiva*, que procure captar os elementos progressivos, Neumann acredita que a forma direito é uma realização parcial da emancipação humana. Com base numa análise dos contextos históricos já mencionados, ele defende a tese de que *a igualdade formal em uma sociedade materialmente desigual contribui necessariamente para a desintegração do status quo*. A forma direito, que garante a liberdade em uma sociedade baseada na desigualdade, é uma faca de dois gumes.²⁵⁷ É relevante notar que esse argumento confere

²⁵⁶ NEUMANN, 2013, p. 418.

²⁵⁷ Esse caráter duplice fica claro na análise do seguinte caso: “Nas decisões das cortes, eu pude encontrar somente um caso em que a distinção entre leis individuais e gerais foi suficientemente discutida: *Re v. Crewe (ex parte Sekgome)*. A Corte teve de lidar com a validade de uma proclamação de uma comissão superior sobre a detenção de um nativo sob uma Ordem no Conselho de 9 de maio de 1891, baseada no Ato de Jurisdição Estrangeira de 1890 (53 e 54 Vict. C. 37), no qual a ação de *habeas corpus* foi suspensa. L. J. Farwell, ao expressar seu

um estatuto para o direito, possivelmente, ímpar para um teórico marxista. Não se trata apenas de pensar se o Estado de direito pode contribuir com a transição para o socialismo, o que corresponderia a uma visão instrumental do direito. Para Neumann, a existência da forma direito possui um sentido ético em si mesmo, o qual somente poderá ser completamente realizado em uma sociedade sem classes.²⁵⁸ A questão central, aqui, é pensar em que consiste esse caráter ético do direito.

Para Neumann, o elemento decisivo reside no fato do contrato social que institui a forma direito estar baseado em uma racionalidade imanente.²⁵⁹ A legalidade de um Estado de direito surge a partir dos desejos e das necessidades humanas. Desse modo, todos têm (ao menos potencialmente) a possibilidade de modificar a direção das atividades do Estado. Mesmo a propriedade privada, que o direito natural procura resguardar das decisões das maiorias, é reconhecida pelas instituições e não anterior a elas. Não há nada que nos impeça, portanto, de modificar suas funções. A definição do conteúdo da justiça se transforma em uma questão propriamente institucional, isto é, a ser definida no interior de sua dinâmica e não revelada através de

juízo, iniciou com a seguinte afirmação sociológica: ‘A verdade é que em países habitados por tribos nativas que excedem em muito o número de pessoas da população branca, tais atos, embora constituam baluartes da liberdade no Reino Unido, podem, se for aplicado nesse caso, testemunhar a certificação mortal dos brancos’; o que significa que a lei geral que garante a liberdade tem uma força desintegradora se aplicada em uma sociedade baseada na desigualdade”. (NEUMANN, 2013, p. 369)

²⁵⁸ NEUMANN, 2013, p. 40. NEUMANN, 1987c, p. 74. PROL, 2009, p. 197. RODRIGUEZ, 2004, p. 61.

²⁵⁹ “Quando dizemos que o Estado e o direito são fundados secular e racionalmente, queremos com isso dizer apenas que o Estado e o direito não são criações de Deus nem das instituições do demônio; que eles não são nem instituições supra-humanas nem subumanas, mas que eles são simplesmente instituições humanas originadas da vontade ou das carências dos homens”. (NEUMANN, 2013, p. 73)

uma transcendência.²⁶⁰ Não por acaso, após reconhecer o caráter coercitivo do direito, Neumann defende o seguinte conceito de direito: “*O direito (law), no sentido filosófico, deve ser definido como uma ‘realidade que tem como sua função servir à ideia de direito (Rechtsidee). O conceito de direito (Rechtsbegriff) está direcionado à ideia de direito (right)’*”.²⁶¹

Quer dizer, ao invés de mera ideologia, o direito constitui uma relação social *real*.²⁶² Nos termos do próprio autor, isso não implica em uma autonomia absoluta da realidade jurídica. O sistema jurídico possui uma independência relativa frente às forças sociais que, independente de quaisquer pretensões normativas, não pode ser desconsiderada em uma investigação sociológica.²⁶³ Ao reconhecer determinados direitos que limitam o exercício da soberania em relação ao indivíduo, o sistema jurídico abre necessariamente um espaço para que a sociedade possa transmitir suas vontades para o centro de decisão pública. Por mais absoluto que se pretenda o poder estatal, ao estabelecer a tensão entre a soberania e a liberdade, está instaurada a possibilidade de controle social do poder. A chegada dos trabalhadores ao parlamento em Weimar, com todas as suas dificuldades, representa, portanto, a concretização parcial deste elemento potencial da forma direito.

²⁶⁰ NEUMANN, 2013, p. 83.

²⁶¹ A citação a Gustav Radbruch é seguida pelo seguinte comentário: “Por um lado, a ideia de direito contém a demanda por justiça e, por outro, a demanda pela satisfação das necessidades humanas vitais, assim como do Estado em várias esferas da vida social. A definição da ideia de justiça é aqui tão irrelevante quanto a sua realização histórica. O que é importante neste ponto é o fato de que o direito, no sentido filosófico, não corresponde de forma idêntica às necessidades do Estado e da sociedade. Na tensão dialética entre justiça e necessidade reside o principal problema da filosofia do direito”. (NEUMANN, 2013, p. 49)

²⁶² Neumann cita o jurista soviético Eugeny Pachukanis ao fazer essa afirmação. Essa observação é relevante porque, muitas vezes, os teóricos do direito que desprezam as possibilidades emancipatórias da forma jurídica em nosso tempo costumam apoiar-se nas lições deste autor.

²⁶³ NEUMANN, 2013, p. 55.

Em uma sociedade complexa e plural, em que convivem diferentes formas de vida com seus valores e pretensões normativas, a forma direito carrega ainda o sentido ético de assegurar que mesmo os grupos minoritários possam integrar a ordem jurídica e, conseqüentemente, lutar por seu ideal de emancipação na imanência mesmo das instituições jurídicas. Os povos encontram na realidade das relações sociais constituídas pelo direito um mecanismo para concretizar o ideal de autolegislação sobre as regras básicas que regulam suas diferentes formas de vida, provavelmente, com o mínimo de violência possível.

5.5. Os aspectos regressivos e emancipatórios do sistema jurídico independem de um debate mais específico sobre os conteúdos estabelecidos no ordenamento jurídico (por isso, a insistência pelo conceito de *forma* direito). Trata-se, portanto, de identificar as funções desempenhadas por essa estrutura e de que maneira ela fornece condições para a emancipação humana.

Na democracia coletivista de Weimar, Neumann verifica que a racionalidade da forma direito reside na ideia de generalidade das normas jurídicas. Um elemento formal que, como vimos, se traduz em aspectos verdadeiramente materiais. Para ser geral (sem referência a qualquer caso particular ou pessoa individualmente, mas previamente emitida para todos em abstrato), uma norma não pode ser retroativa, bem como é preciso que exista certa independência do órgão responsável por aplicá-la ao caso concreto. Ao formarem as bases para a interferência na liberdade e na propriedade, esses elementos garantem um mínimo de liberdade pessoal e política até mesmo para os pobres.²⁶⁴

Em síntese, podemos afirmar que a estrutura formal do direito liberal cumpre três funções básicas:

a) *Segurança para os negócios*: de acordo com a sociologia weberiana, o Estado de direito torna os processos de

²⁶⁴ NEUMANN, 2013, p. 309/357-358/421.

troca comerciais calculáveis e previsíveis, sobretudo em um sistema econômico competitivo em que existe uma porção de concorrentes de força aproximadamente igual em disputa num mercado livre;

b) *Dissimuladora*: conforme a tradição marxista, o postulado de um governo por leis gerais cobre com a dignidade de um valor moral a luta de classes, exercendo o papel ideológico de dissimular os verdadeiros detentores do Estado (isso ocorre, sobretudo, no contexto em que a burguesia controla o parlamento); e

c) *Garantia de um mínimo de liberdade e igualdade*: o caráter geral da lei e, por conseguinte, a independência do juiz e a separação dos poderes, possuem um valor ético ao cumprir a função de assegurar liberdade pessoal e segurança necessárias para que os movimentos sociais possam atuar politicamente na construção das normas do próprio Estado.²⁶⁵

A contribuição decisiva do autor consiste em definir que as três funções são significativas e não apenas as duas primeiras como defendem os detratores do direito liberal.

Já na fase do capitalismo monopolista, Neumann percebe não apenas que o caráter geral das normas servia para dificultar o controle estatal da economia, como que a racionalidade jurídica estava sendo obtida pelos monopólios por outros meios. A materialização do direito através das cláusulas gerais, longe de produzir irracionalidade, teve seu espaço de indeterminação solucionado através de mecanismos institucionais que garantiam os interesses dos grandes capitalistas. Ao tempo em que o capitalismo não precisa realmente da racionalidade jurídica para funcionar, a segurança jurídica pode favorecer a ação política dos movimentos populares. Aliás, o fascismo, ao abolir completamente a tensão entre soberania e liberdade própria do Estado de direito, era exatamente a formação política em que a decisão jurídica podia agir legitimamente sem qualquer relação

²⁶⁵ NEUMANN, 2013, p. 421/51-2/40. NEUMANN, 1969a, p. 49-50.

com as normas e que, portanto, a emancipação humana só podia ser pensada em termos de luta contra o Estado.

Portanto, que postura as forças sociais emancipatórias devem adotar diante do esfacelamento da racionalidade jurídica? Algum intérprete pode eventualmente ler em Neumann uma nostalgia da realização do direito formal. Entretanto, caso esta exegese estivesse correta, a posição do autor seria no mínimo contraditória, na medida em que sua leitura da economia capitalista apontava para a tendência de monopolização do capitalismo competitivo. Quer dizer, a posição jurídica de Neumann seria trágica ao preceituar o retorno a uma situação condenada à degeneração.

A leitura de José Rodriguez sobre essa questão nos parece digna de nota. Para o teórico brasileiro, Neumann nos ajuda a perceber que, independente da abertura dos textos normativos, a previsibilidade e a calculabilidade podem ser alcançadas por outros meios, internos ao próprio direito. Para tanto, é preciso pensar o papel do procedimento no controle da indeterminação estrutural do direito. Ao invés da questão clássica sobre como construir normas prévias, gerais e abstratas que, com o conteúdo o mais definido possível, possam reduzir a discricionariedade da aplicação do direito, o problema passa a ser como construir procedimentos para tomar decisões racionais.²⁶⁶

Ao invés de apostarmos na supressão completa da indeterminação das normas, o que nenhum jurista levaria a sério contemporaneamente, ou de defendermos o abandono da busca por racionalidade na aplicação do direito dentro de um Estado soberano, o que seria uma distopia inaceitável, é possível extrair da obra de Neumann a possibilidade de obter segurança jurídica por meio de mudanças institucionais que controlem através de seus procedimentos o processo de aplicação do direito. Trata-se, portanto, de separar a racionalidade das normas substantivas (normas que regulam condutas) das normas adjetivas (normas que estabelecem critérios e procedimentos para decisão dos casos

²⁶⁶ RODRIGUEZ, 2006, p. 97. NEUMANN, 2013, p. 76.

concretos), de modo que mesmo a agudização da indeterminação causada pelo ingresso das cláusulas gerais no sistema possa ser compensada, por exemplo, através da regulação de um procedimento rígido de julgamento.²⁶⁷

Essa posição teórica só é possível porque Neumann se recusa a naturalizar as instituições jurídicas ou mesmo a adjudicar determinadas funções como sendo inerentes a elas. Na contramão de uma visão essencialista, *O Império do direito* advoga que a proteção e a realização da liberdade devem estar rodeadas por outras liberdades ou instituições (chamadas pelo autor de conectadas, auxiliares ou suplementares).²⁶⁸ Na sua visão, é possível que “*liberdades e instituições que ocupam, em um certo momento, uma posição prévia ao suplementar outras instituições e liberdades parem de fazê-lo e, ao contrário, passem a exercer uma influência oposta àquelas funções pretendidas pela liberdade e instituição principais asseguradas formalmente*”.²⁶⁹

Definindo a instituição jurídica como estabelecimento de uma relação, que pretende ser duradoura, capaz de regular os processos sociais, Neumann entende que as instituições podem mudar de função ao longo das relações sociais, cabendo à pesquisa empírica verificar se elas estão cumprindo o papel para o qual foram construídas, permitindo por sua vez mudanças de rotas.²⁷⁰ Essa questão é essencial porque, em determinados momentos históricos, as liberdades e instituições auxiliares que

²⁶⁷ RODRIGUEZ, 2006, p. 108. Aprofundando esse argumento, José Rodriguez destaca em debate com outros autores que: “em determinados casos, especialmente aqueles que sejam muito difíceis de padronizar de antemão (fenômenos sociais cuja variabilidade seja constitutiva), talvez seja mais adequado trabalhar com textos normativos abertos e, para buscar restringir as possibilidades interpretativas, criar mecanismos que formalizem de alguma maneira o procedimento destinado a solucionar casos concretos a partir deles”. (RODRIGUEZ, 2012c, p. 137)

²⁶⁸ NEUMANN, 2013, p. 92.

²⁶⁹ NEUMANN, 2013, p. 94

²⁷⁰ NEUMANN, 2013, p. 88.

contribuíam para a efetivação da liberdade podem se tornar prejudiciais e comprometer o seu desenvolvimento.²⁷¹

Outro aspecto fundamental que o autor nos permite pensar quanto à possibilidade de emancipação através do direito reside na relação que a subestrutura jurídica trava com a subestrutura social. Em referência ao pensamento do jurista marxista soviético Pachukanis, Neumann entende que a norma jurídica ordena a realidade social, de modo que, sob certas condições, a ordenação das relações sociais adota um caráter jurídico. Invertendo a ordem de prioridade do senso comum marxista, o teórico alemão defende o seguinte.

O direito é a ordem específica da subestrutura social. Parece desnecessário dizer que essa subestrutura social não consiste apenas numa subestrutura econômica. A chamada interpretação econômica das normas e instituições jurídicas não é uma interpretação total. As ideias políticas, religiosas e psicológicas (mental), assim como as relações familiares, são realidades às quais a norma jurídica está igualmente sujeita. A interpretação exclusivamente econômica não é de modo algum uma interpretação marxista. Admitir essa tese seria tão essencialmente não marxista como dizer que a história é o desenvolvimento de ideias, ou o trabalho de grandes personalidades. O marxismo visa a uma interpretação total de todos os fenômenos sociais.²⁷²

²⁷¹ PROL, 2009, p. 199.

²⁷² NEUMANN, 2013, p. 55.

Esta crítica ao economicismo de alguns estudos que se autointitulam marxistas equivale, a nosso ver, a combater a noção corrente de que a economia constitui a infraestrutura da sociedade, localizando o direito como mera superestrutura ideológica que oculta as reais relações de produção. Mesmo reconhecendo com o auxílio de Karl Renner que nem sempre a norma jurídica e a subestrutura social coincidem (pois, como dissemos, a subestrutura social pode mudar enquanto a norma jurídica permanece a mesma, ou a norma jurídica pode ser modificada enquanto a subestrutura não se altera) Neumann é categórico em defender as inter-relações entre o fenômeno jurídico e o fenômeno social.²⁷³

Esse argumento é fundamental na sua defesa da construção do socialismo na imanência da forma direito. Rebatendo o argumento de Max Weber e de Kantarowicz de que seria possível erigir uma sociedade socialista sem alterar em nada o código civil, Neumann afirma que, mesmo que fosse possível, essa situação é absolutamente improvável, pois o socialismo não visa à mera mudança do titular de propriedade, mas à realização da propriedade comunal. A democratização do sistema econômico necessita de uma mudança profunda no sistema jurídico que, por sua vez, precisa ser considerado em sua unidade – com todas as instituições, normas e garantias auxiliares pertencentes ao direito público. Se uma mudança na norma legal pode deixar a subestrutura social inalterada, também é possível que, através dos mecanismos jurídicos, se produza uma alteração profunda na estrutura da sociedade.²⁷⁴

Em todo caso, o decisivo, aqui, não é o sistema jurídico considerado em sua pretensa autonomia, razão pela qual Neumann não incorre no equívoco de *fetichizar* o uso do direito. Independente de saber se uma transformação das estruturas sociais virá ou não através do direito, o fundamental é não esquecer que ela deriva das disputas concretas entre as forças

²⁷³ NEUMANN, 2013, p. 55-56.

²⁷⁴ NEUMANN, 2013, p. 57-59.

sociais. Somente o processo social pode ditar os rumos de uma mudança social importante do sistema jurídico o qual, por sua vez, ao transformar as instituições que regulam os processos sociais, pode influir no surgimento de formas de sociabilidade não alienadas. Daí porque se trata propriamente de uma interdependência entre direito e sociedade.

Caso este argumento de Neumann esteja correto, parcela significativa dos marxistas cometeu e comete um erro ao ignorar as possibilidades de transformações concretas da realidade social através do direito. Realizar a luta social invariavelmente contra o Estado, ou mesmo fora dele, significa deixar nas mãos da burguesia uma relação social estruturante das nossas formas de vida. Por isso o equívoco da resposta simplista que condena o direito liberal com base tão somente em suas origens históricas burguesas, realizando o divórcio impossível entre a busca por uma análise dialética da totalidade social e toda a série de acontecimentos que apontaram para a mudança do papel da forma direito dentro das relações sociais capitalistas.

5.6. Apesar de relevante, reconhecer essa dimensão do fenômeno jurídico na estruturação da sociedade não responde sobre o papel da forma direito, ou melhor, sobre as possibilidades emancipatórias de um Estado de direito em si. A questão decisiva não é, portanto, se o *direito* está na infra ou na superestrutura da sociedade, mas qual a função que a *forma direito* pode cumprir na luta pela emancipação humana?

A resposta, como parcialmente antecipado, parte da distinção entre a origem da forma direito e o domínio da classe burguesa sobre o proletariado. Apesar de ter sido fundamental para os processos de calculabilidade e para cobrir com um valor moral as relações desiguais de troca, o sistema jurídico liberal é o cume de um processo de institucionalização da razão. Essa tensão construtiva interna entre o poder (*voluntas*) e a razão (*ratio*) assegura, acima de tudo, o mínimo de liberdade e de igualdade para que as próprias lutas sociais possam existir. Ao contrário de

outros momentos em que a classe dominante exerce o poder total (e o “direito” funciona como simples correia de transmissão da ordem do mais forte), o exercício da decisão pública através dos mecanismos jurídicos de um Estado de direito enfraquece necessariamente o detentor do poder. Ao reconhecer uma margem de liberdade ao dominado, a forma direito institui condições mínimas diante das quais ele pode transformar o próprio poder que o subjuga. Esta é a razão pela qual a soberania total e a liberdade total são incompatíveis entre si e, portanto, porque Neumann pensa a democracia como uma tensão – sem uma redenção final – entre esses dois princípios.

Podemos dizer, nesse caso, que *se o direito é fundante das nossas formas de sociabilidade, a forma direito é, em si mesma, uma forma de sociabilidade* (ou, como diremos mais a frente, *uma forma de vida*). Viver em um Estado de direito garante uma realização parcial do ideal de liberdade, na medida em que, em um primeiro plano, podemos gozar de uma liberdade jurídica. Para Neumann,

uma ação previsível do Estado, isto é, sua interferência mensurável, ainda que opressiva, deve ser preferível a uma intervenção incomensurável (ação imprevista, arbitrária), mesmo se num momento é benevolente, uma vez que um tal estado de coisas incomensurável cria insegurança. Um “julgamento equitativo”, a compulsão dos órgãos do Estado a serem mantidos nos limites do direito e do próprio Estado – mesmo se isso puder alterar a lei de acordo com as necessidades então existentes, é preferível a um estado de coisas em que não haja uma tal compulsão. Isso é, na verdade, o valor

eterno do “Império do Direito” e do caráter de Estado de Direito.²⁷⁵

A liberdade em sentido jurídico é essencial, porém insuficiente para realização de uma *liberdade sociológica*, entendida como a possibilidade de livre escolha entre ao menos duas oportunidades iguais.²⁷⁶ Contudo, em um segundo plano, o Estado de direito permite que o conflito social encontre espaço nos próprios órgãos públicos que têm a função de preservar a ordem, ou seja, a institucionalidade posta assegura uma instância para sua própria transformação. Portanto, o reconhecimento da liberdade perante o poder permite:

a) a separação entre Estado e sociedade, assegurando aos diferentes movimentos sociais, com toda a sua pluralidade, a possibilidade de se organizar e de articular suas demandas sob a bandeira da luta por direitos;

b) a criação de procedimentos pelo Estado destinados a captar e efetivar as vontades e as necessidades da sociedade;

c) ademais, ao permitir que os movimentos sociais formulem e implementem suas reivindicações perante o aparato coercitivo estatal, a forma direito *con-forma* os dois (soberano e sociedade).²⁷⁷

Aos detentores do poder, o Estado de direito determina a necessidade de respeitar a existência de posicionamentos divergentes e, em certa medida, de acatá-los, caso se adequem aos procedimentos estabelecidos na forma legal. À sociedade, a forma direito condiciona que a violência física deve ser o último

²⁷⁵ NEUMANN, 2013, p. 80.

²⁷⁶ NEUMANN, 2013, p. 81. Posteriormente, Neumann propõe um terceiro e mais profundo sentido de liberdade: “A liberdade, em um sentido filosófico, é a possibilidade real da autoafirmação humana, o fim da alienação de si do homem. A realização desse ‘conceito concreto de liberdade’ inclui as duas outras noções de liberdade”. (Idem, p. 83)

²⁷⁷ RODRIGUEZ, 2006, p. 117-118/71.

recurso, na medida em que as instituições jurídicas garantem um espaço democrático para que a própria luta social possa ser desenvolvida sem ameaçar de maneira iminente a existência física dos grupos divergentes. Ao assegurar a tensão entre soberania e liberdade, a forma direito possibilita, assim, que as forças sociais concretizem a justiça de maneira imanente às instituições mesmas, realizando sua compreensão histórica de emancipação. Desse modo, a soberania – nos termos neumannianos, tão necessária e, ao mesmo tempo, tão perigosa para o exercício efetivo da liberdade – encontra uma forma adequada em uma sociedade plural, complexa e democrática.

A forma direito instaura uma contradição sem perspectiva de solução futura. Se as demandas por igualdade material forem satisfeitas, se o sistema das trocas econômicas for domesticado e submetido à vontade da sociedade, outras demandas poderão surgir. Possivelmente, estaremos vivendo sob o socialismo, mas isso não significará a presença de um estado de beatitude em que nenhuma necessidade humana permanecerá insatisfeita. A pauta da forma direito está sempre aberta. Ela é vazia de conteúdo substantivo, exceto quanto a seu potencial universalizante, garantido pela presença de normas gerais e as instituições ligadas a ela, ou seja, como veremos, de procedimentos decisórios capazes de traduzir a vontade de sociedade em vontade do Estado.²⁷⁸

Caso as forças políticas que lutam pela construção de uma sociedade sem classes concordem com este diagnóstico, será preciso rever a relação entre a ação política das forças sociais e o

²⁷⁸ RODRIGUEZ, 2006, p. 80.

Estado de direito. Como sabemos, as teorias jurídicas críticas enxergam na indeterminação estrutural do direito um mecanismo para fazer valer a posição dos explorados, por isso as noções recorrentes de “uso alternativo do direito” ou de “positivismo de combate”. Por esse entendimento, a racionalidade interna ao direito é vista como instrumento da luta de classes, desconsiderando qualquer valor emancipatório inerente à forma direito em si.

Para Neumann, por outro lado, a entrada dos trabalhadores no parlamento serviu para comprovar empiricamente a promessa latente de que o Estado de direito transcende aos interesses da burguesia, sendo, em tudo possível, que a revolução ocorra através do direito. Não importa que os sindicatos tenham utilizado a forma direito no contexto alemão para implementar demandas redistributivas das riquezas geradas em um modo de produção baseado na exploração. Nada na estrutura da forma direito impede que ela seja utilizada para a construção de uma sociedade sem classes. Contudo, a forma direito não deve ser pensada como um meio para a construção de uma sociedade sem classes, mas sim como a realização parcial de uma sociedade que busca assegurar o fim da alienação de si do homem.

Um ponto forte dessa leitura sobre o sistema jurídico está em fornecer um espaço para a ação política em uma sociedade complexa como a nossa. Neumann resgata o direito liberal da associação direta com o capitalismo, apresentando novas possibilidades de emancipação para a arma que a burguesia usara contra a sociedade feudal. Enquanto houver a necessidade de um Estado soberano, a garantia institucional de liberdade em uma sociedade materialmente desigual atua necessariamente desestabilizando o *status quo*.

O convite por trás desse arcabouço teórico consiste em dizer aos movimentos sociais que usem o direito. Somente o conflito político pode preencher o seu conteúdo e, assim, sustentar uma ordem social democrática. A apatia política que emerge após o fim do regime nazista e a restauração do Estado de

direito na Alemanha leva Neumann a se voltar com maior rigor para essa questão.

6. POLÍTICA, FORMA-DIREITO E SUBJETIVIDADE

6.1. Se durante o Estado de direito vigente na República de Weimar, Neumann lutou teórica e politicamente para construir o socialismo na imanência das instituições jurídicas e, durante o nazismo, ele pôde se dedicar a analisar os elementos regressivos e emancipatórios da forma direito, a restauração da ordem democrática representa uma nova passagem no seu pensamento. Afinal de contas, não apenas o Estado de direito convivia perfeitamente com o capitalismo, como as classes sociais exploradas pareciam não ameaçar concretamente com a utilização do espaço que outrora teria levado à suspensão das liberdades democráticas. A transformação nas condições objetivas e subjetivas de seu tempo demanda a necessidade de mudar o enfoque da sua investigação, pensando a forma direito menos em seu funcionamento interno e mais em sua relação com os problemas da ação e da subjetividade políticas.

Como pudemos ver, o esforço teórico de Neumann se deu no sentido de demonstrar que o Estado de direito transcende os interesses concretos que lhe deram origem. Desse modo, ao lado do entendimento sobre as potencialidades emancipatórias inscritas em sua própria forma, somos levados a crer que o direito liberal é *necessário* para a emancipação humana.

O principal motivo desse argumento está no entendimento que o teórico alemão faz do conceito de soberania. Em nenhum momento de sua obra, nosso autor pensa na possibilidade de uma sociedade sem um exercício centralizado do poder, pelo contrário, para ele, a primazia e a unidade do Estado são indispensáveis para combater grupos poderosos e para criar as condições necessárias para a paz e a segurança social. Somente o poder estatal é capaz de ordenar a economia, limitar os impactos da técnica na vida humana

e, mais importante, criar as condições políticas para a liberdade.²⁷⁹ Não por acaso, na obra seminal de 1942, Neumann chega a afirmar que o nazismo se caracteriza por um *não-Estado* de não-direito. A crítica ao nacional-socialismo não se devia apenas à falta de liberdade perante o poder, mas à própria incapacidade de decisão estatal. Dado o estado efetivo de equilíbrio entre as diferentes forças sociais, – ao invés de Leviatã – os alemães estariam diante de um Beemote, o monstro bíblico representativo de um estado de anomia, desordem e anarquia.²⁸⁰

O reconhecimento da necessidade de um Estado soberano traz a reboque o caráter fundamental do próprio direito. Aliás, para Neumann, ele era ainda mais necessário para os segmentos sociais desfavorecidos, pois, conforme vimos, os grandes capitalistas asseguravam seus interesses por meios alheios ao direito (corrompendo a sua racionalidade interna ou, em situações limites, suspendendo a ordem em vigor). A ideia por trás desse raciocínio consiste em dizer que, se a sociedade moderna necessita de soberania, o reconhecimento dos direitos humanos pelo Estado é fundamental para limitar o domínio totalitário sobre a vida humana.

Apesar de coerente com as premissas do autor, a nosso ver, não podemos extrair dessa ideia a tese de que a *forma direito* é necessária para a emancipação humana. Para levar a sério o método de Neumann, devemos recordar que ele procurava analisar o funcionamento concreto das instituições com o objetivo de construir uma sociedade livre dentro das contingências históricas do momento, de modo que a questão sobre uma suposta “universalidade” do Estado de direito não estava colocada. O

²⁷⁹ RAMOS, 2012, p. 302-303. THORNHILL, 2000, p. 127.

²⁸⁰ Segundo a explicação de Gustavo Pedroso: “Daí, justamente a escolha do título do livro, uma referência direta à obra de Hobbes. Se o Leviatã era uma análise do Estado como um sistema de coerção no qual há elementos do estado de direito e direitos individuais, o Behemoth do próprio Hobbes, em contraste, apresentava a guerra civil inglesa do séc. XVII como ‘um não-Estado, um caos, uma situação de anomia, desordem e anarquia’. Eram estas mesmas as perspectivas que Neumann vislumbrava para o nazismo”. (PEDROSO, 2016, p. 33)

teórico alemão não estava preocupado com o papel do direito em uma sociedade futura (que prescindisse da soberania, por exemplo), mas em perceber seu potencial desintegrador do *status quo* na sociedade materialmente desigual em que estava inserido. No artigo acima mencionado de 1934, *Rechtsstaat, The Division of Powers and Socialism*, Neumann já aceitava a possibilidade de “supressão” do Estado de direito, desde que no sentido hegeliano de transferência para uma esfera superior.²⁸¹

Sendo assim, devemos reconhecer nas mudanças de ênfase do seu argumento a fidelidade do autor em relação ao método. A questão central não era o sistema jurídico em sua idealidade (se existe um potencial emancipatório intrínseco em sua forma), mas as condições concretas de realização da emancipação humana, perante a qual a manutenção da forma direito pode ou não cumprir determinado papel. Mesmo quando o direito continua significando um valor positivo é preciso atentar para as razões pelas quais isso ocorre, pois elas podem sofrer alterações decisivas ao longo do percurso histórico.

Essa lição é reforçada pelo autor no prefácio que escreveu em 1949 para uma edição norte-americana do livro *O Espírito das leis*. Em *Montesquieu*, Neumann investiga a relação entre essa contribuição decisiva para a doutrina alemã do Estado de direito e a base social específica em que foi produzida. Para o nosso autor, a forma direito não é uma fórmula boa em si mesma. Seu sentido se cumpre apenas enquanto realiza a promessa de constituir um instrumento de controle do poder. Para tanto, não basta que os poderes estatais estejam separados na lei se, na prática, um mesmo grupo social domina os diferentes poderes.²⁸² Neumann procurava extrair esse argumento do espírito da obra de Montesquieu:

A ciência política moderna deve-se emancipar do pêso morto da doutrina da separação de poderes que, muito contra a

²⁸¹ NEUMANN, 1987c, 1934, p. 73-74

²⁸² NEUMANN, 1969f, p. 154/157.

concepção de Montesquieu, já se transformou em dogma. Ele pedia a separação de poderes simplesmente porque acreditava que somente ela poderia estabelecer um contrapoder que controlasse o poder, de forma que se conseguisse um máximo de liberdade. Não é a forma constitucional que se situa no centro dessa teoria, e sim a sua estrutura social. Ninguém era mais contrário do que Montesquieu à transformação da constituição em um fêtiche.²⁸³

Desse modo, e esse argumento é fundamental para nosso raciocínio, não devemos pensar que havia em Neumann qualquer apego dogmático à forma direito tal qual foi concebida na teoria ou na história dos países europeus. Se historicamente o poder do Estado foi dividido em três funções, não temos qualquer razão para nos mantermos fiéis a essa formulação, a não ser que ele esteja cumprindo com as pretensões para a qual foi projetado. As forças políticas podem e devem exercer a sua imaginação institucional para pensar novas formas para a forma direito, ajudando a criar modelos que assegurem concretamente a liberdade em sentido jurídico e sociológico. Um eventual déficit democrático não deve ser resolvido abandonando o Estado de direito existente, mas pensando que outra forma adquirida pelas instituições jurídicas pode garantir os objetivos estipulados imanentemente pelos sujeitos sociais.²⁸⁴

²⁸³ NEUMANN, 1969f, p. 159. Em outra passagem esclarecedora: “Montesquieu modificara a sua concepção depois de um estudo das instituições políticas inglesas, e ele, certamente, viria a mudá-la novamente depois de um estudo de uma democracia de massa em ação”. (Idem, p. 160)

²⁸⁴ José Rodriguez destaca o núcleo do argumento sobre a forma direito: “Neumann trata os direitos individuais e políticos como o mínimo necessário para a existência da forma direito. Conseqüentemente, os direitos econômicos e sociais são determinações que imprimem ao

Nesse caso, não é essencial a forma atualmente adotada pelo direito. Realmente importante é garantir um espaço institucional para que as mudanças ocorram. Por essa razão, Neumann destaca a relevância da tensão estabelecida entre soberania e liberdade que nada mais é do que o conflito entre a possibilidade de que os sujeitos do direito tomem qualquer decisão, desde que permaneça aberto o espaço para novas decisões no futuro. Parafraseando a formulação de Agamben que, como veremos, defende que forma-de-vida (com hífen) consiste na vida que não pode ser separada de sua forma, podemos argumentar que existe também em Neumann a defesa de uma *forma-direito*, entendendo com essa expressão um direito que não se separa da sua possibilidade de se atribuir uma nova forma. Essa é a sua potência específica.

As normas gerais no período do capitalismo competitivo eram apenas uma forma histórica de concretização da forma-direito. Nesse sentido, a burguesia não podia imaginar que ao secularizar a criação do direito e, ao mesmo tempo, assegurar internamente uma liberdade para a ação política, estaria criando um dispositivo que transcendia os seus interesses concretos e, até mesmo, das eventuais classes dominantes que possam surgir. Podemos imaginar, portanto, que mesmo que a classe operária passe a controlar o aparato estatal, ao manter a tensão interna entre soberania e liberdade, estarão dadas as condições para a continuidade da revolução social por dentro das instituições existentes.

A forma-direito atua criando canais aptos a captar a vontade da sociedade que possa constituir em seu dever os próprios órgãos de controle social. O poder se abre à inclusão de novas demandas sociais, pois, como diz José Rodriguez, “[a] questão não é mais qual é a verdade substantiva que deve orientar a elaboração do direito positivo, mas como construir instituições capazes de ouvir a

Estado de Direito características capitalistas ou socialistas, dependendo de sua articulação com os direitos individuais e políticos, ou seja, conforme a articulação entre o grupo de direitos fundamentais dominantes e os outros direitos”. (RODRIGUEZ 2006, p. 90)

voz da sociedade”.²⁸⁵ A nosso ver, essa potencialidade do Estado de se conformar aos desígnios sociais atende, no mínimo, a dois aspectos fundantes da sociabilidade no contemporâneo.

Em primeiro lugar, a complexidade social torna difícil assegurar um sentido ético antecipado que valha de maneira óbvia para todos os grupos sociais. Portanto, se faz necessário construir mecanismos para que esses conflitos possam ocorrer com o mínimo possível de recurso à violência física entre os grupos em disputa. Desse modo, o caráter radicalmente imanente da forma-direito facilita e, talvez, até derive da própria necessidade de coesão social, pois, como sabemos, não existe um direito natural prévio aos procedimentos de deliberação social. Aqueles que discordam dos desígnios do poder e desejam vê-los alterados devem encontrar meios de influenciar e integrar as instituições. A emancipação social se produz em concreto no corpo a corpo com as vontades e necessidades sociais.

O segundo ponto fundamental sobre o papel do sistema jurídico no contemporâneo é apresentado pela tese de José Rodriguez acerca da fuga ao direito. Em tempos de hegemonia neoliberal, a tentativa dos poderosos de se evadir dos espaços públicos de decisão torna ainda mais significativa que a ação política não deve ignorar as possibilidades de luta abertas pelo Estado de direito. Abandonar o potencial regulatório do direito reforça e legitima o movimento das grandes corporações de criar instâncias de autorregulação em que conta apenas o grau de influência daqueles que concentram maior poderio econômico, independente de qualquer noção de interesse público.²⁸⁶

²⁸⁵ RODRIGUEZ, 2006, p. 117. “Considerada como uma figura do ódio, a norma jurídica não é mera forma, instrumento técnico a seu serviço na condição de um meio neutro pelo qual o ódio simplesmente passa sem metamorfose. A norma conforma o ódio; portanto, é elemento de seu conceito. Ao acolher a pulsão a norma constrói o ódio que, pensado fora desse registro, fica reduzido à animalidade pura, mergulhado no indeterminado de uma noite em que todos os gatos são pardos”.

(RODRIGUEZ, 2012b, p. 448-449)

²⁸⁶ RODRIGUEZ, 2013b, p. 109.

6.2. O reconhecimento do valor emancipatório da forma-direito só é possível em Neumann a partir de um pressuposto teórico e, podemos dizer, até mesmo ético. Ao contrário de determinadas tradições teóricas que recaem em uma leitura economicista da realidade, reduzindo as relações humanas aos processos materiais de produção, Neumann mantém a convicção em uma dignidade específica da ação política enquanto esfera de interação e de liberdade.²⁸⁷

Common to all thinkers connected with the Frankfurt School is the argument that the systems of technical reason in mass-capitalism have attained a level of such dominance that all social interaction is performed by them. [...] Neumann and Kirchheimer, however, argue (like Arendt after them) that it is political action itself which indicates the opportunity for liberation from compulsory obligation to the technical sphere. In this respect, Neumann and Kirchheimer carry an aspect of Schmitt's theory of politics into their version of Critical Theory. [...] Neumann and Kirchheimer argue accordingly that the production of binding, universal norms elevates political praxis above the system of material reproduction.²⁸⁸

²⁸⁷ THORNHILL, 2000, p. 93/96.

²⁸⁸ THORNHILL, 2000 p. 126. Tradução livre: “Comum a todos os pensadores conectados à Escola de Frankfurt é o argumento de que os sistemas de razão técnica no capitalismo de massa alcançaram um nível de tamanha dominação que toda a interação social é pré-formada por eles. [...] Neumann e Kirchheimer, entretanto, argumentam (como Arendt, depois deles) que a própria ação política indica a oportunidade de liberação da obrigação compulsória para a esfera técnica. A esse respeito, Neumann e Kirchheimer carregam um aspecto da teoria

Essa premissa deixa transparecer a visão de sociedade do autor. Para Neumann, se o poder econômico não deve sobrepujar o poder social, tampouco é possível (ou mesmo desejável) uma sociedade sem conflito. O antagonismo político integra a sociedade de maneira indelével. O fundamental é que essa disputa passe por um processo constante de tensão construtiva, transformando, muitas vezes, “*ódio em deliberação, irracionalidade em racionalidade, força bruta em relação jurídica, sem lograr, entretanto, suprimir definitivamente nenhum dos pólos que o definem*”.²⁸⁹ A formadireito constitui exatamente esse mecanismo que permite à sociedade desenhar e redesenhar a cada momento as instituições que regulam seu modo de vida em comum. Na medida em que não vivemos, nem devemos esperar viver, em uma “sociedade de anjos”, nunca haverá uma última palavra – uma razão definitiva – a regular a imensa miríade de conflitos humanos.²⁹⁰

O Estado de direito como forma de sociabilidade significa, para Neumann, que a política não pode se restringir aos meios de reprodução técnica. A satisfação das demandas materiais – apesar de indispensável – não exaure o objeto das deliberações de uma sociedade. A seu ver, a igualdade social e a liberdade política são igualmente fundantes de uma democracia real, pois, não apenas o equilíbrio social viabiliza o exercício democrático da política, quanto a liberdade permite que a igualdade seja concretamente estruturada.²⁹¹

política de Schmitt na sua versão da Teoria Crítica. [...] Neumann e Kirchheimer argumentam, em conformidade, que a produção de normas vinculativas e universais eleva a práxis política acima do sistema de reprodução material”.

²⁸⁹ RODRIGUEZ, 2012b, p. 448.

²⁹⁰ RODRIGUEZ, 2012b, p. 450. RODRIGUEZ, 2004, p. 70/73.

²⁹¹ THORNHILL, 2000, p. 96/97. “[...] At the core of his post-war evaluation of democracy is therefore the familiar argument that the participatory dimension to democracy offers to citizens the opportunity to be more than what they are in the economy. Participatory democracy facilitates, Neumann argues, both the reconciliation of antagonisms in

Esse debate sobre o exercício da atividade política aparece de maneira mais detalhada no texto de 1950, *Modo de encarar o estudo do poder político*. Nesse trabalho, Neumann se posiciona contra a ideia de que a política possa ser reduzida a uma mera técnica de mando utilizada pela elite para manipulação das massas. Para ele, a política (e assim a história) não é apenas o conflito através de forças e de ideias entre grupos de poder, mas uma tentativa de moldar o mundo de acordo com a imagem que se faz dele. Desse modo, um grupo pode representar mais do que interesses particulares e, em alguns casos, defender a própria ideia de liberdade. A tarefa da teoria consiste exatamente identificar o poder político e, assim, perceber em que medida determinada ação política de um grupo social realiza interesses de âmbito universal.

292

Fiel a sua compreensão da soberania, Neumann não recusa, nesse caso, o exercício do poder político (que ele define como sendo “*o poder social que se focaliza no Estado. Éle trata do contrôle de outros homens para o fim de influenciar o comportamento do Estado, de suas atividades legislativas,*

the material sphere and, through this, the self-realization of citizens in the political sphere. Active democracy is, therefore, the only possible mediation of freedom and power. [...] Neumann, a decade before Habermas, thus argues that the *vita activa* in the public sphere is the basis of democracy – and the answer to the anti-democratic tradition in Germany”. (THORNHILL, 2000, p. 128) Tradução livre: “[...] No núcleo de sua avaliação pós-guerra da democracia reside, portanto, o argumento habitual de que a dimensão participativa da democracia oferece aos cidadãos a oportunidade de serem mais do que o que são na economia. A democracia participativa facilita, argumenta Neumann, tanto a reconciliação dos antagonismos na esfera material quanto, através disso, a auto-realização dos cidadãos na esfera política. A democracia ativa é, portanto, a única mediação possível de liberdade e poder. [...] Neumann, uma década antes de Habermas, argumenta que a *vita activa* na esfera pública é a base da democracia - e a resposta à tradição antidemocrática na Alemanha”.

²⁹² NEUMANN, 1969e, 12-13/27.

administrativas e jurídicas”).²⁹³ Pelo contrário, para ele, qualquer debate sério sobre a questão deve desmascarar a falácia de que algum dia houve um Estado liberal como sendo um Estado “fraco”. Mesmo quando se disse mínimo, o Estado atuou com toda força para conquistar imensos impérios coloniais, sustentou e apoiou guerras, dominou distúrbios internos e, por esses meios, gozou de estabilidade interna por longos períodos. A questão, portanto, não é se o poder político existe ou deve existir, mas os interesses por trás de seus objetivos, pois, com a crescente complexidade da sociedade, a luta pelo poder é cada vez mais uma luta pelo controle da máquina estatal.²⁹⁴

Na sociedade capitalista em que vivemos, a lógica do poder é governada, sobretudo, pela economia. Apesar do poder político parecer independente do poder econômico, na medida em que é exercido através do Estado, visto como uma instituição separada, ambos são entrelaçados. Neumann extrai essa lição das teorias políticas de Hobbes e Locke, os quais separam e ligam poder político e poder social.²⁹⁵

Dêsse ponto de vista geral de Hobbes e Locke se segue que qualquer liberdade que a sociedade, e especialmente a atividade econômica vier a ter será para o fim de manter uma ordem política estável. Assim sendo, não existe nenhum poder

²⁹³ NEUMANN, 1969e, p. 11.

²⁹⁴ NEUMANN, 1969e p. 17-19.

²⁹⁵ A exegese de Neumann sobre os teóricos contratualistas: “Hobbes acredita ser necessário maximizar o poder político para servir à sociedade; Locke afirma que somente com a sua minimização poderá a sociedade ser servida. Com tudo isso, ambos admitem exceções. Na teoria de Hobbes, o poder político será destruído se deixar de servir à sua função social (termina o contrato social); Locke, por meio da instituição do poder prerrogativo e federativo, maximiza o poder político desde que isso seja necessário para o bem da comunidade”. (NEUMANN, 1969e, p. 21).

econômico “puro” nem uma atividade política “pura”. A Economia é tanto um instrumento da política como a política também o é da Economia. É preciso que se destrua finalmente o conceito mitológico do Estado do *laissez faire*.²⁹⁶

Contudo, essa vinculação genética entre o poder político e o poder econômico fornece apenas uma moldura para identificação concreta do poder político. Em regimes totalitários, como a União Soviética ou a Alemanha nazista, era mais fácil saber onde se situa o poder político. Em democracias liberais, a verificação exata deste elemento depende de pesquisa empírica, pois, de acordo com a conjuntura, o poder social pode estar a favor ou contra a propriedade particular. Nessas sociedades, o direito ajuda muito pouco a identificar os reais detentores do poder, atuando, de maneira ambígua, para ocultá-los, mas também protegendo o cidadão.

A forma de Governo pode, ou não, mostrar claramente a distribuição do poder. A doutrina de poderes separados pode, ou não exprimir o fato de que as forças sociais são equilibradas da mesma maneira que as instituições políticas. Em geral, isso não se dá. O Direito Constitucional apenas supre a moldura para o exercício do poder político, mas não indica o seu detentor ou suas funções. Tôdas as concepções legais tradicionais são negativas, pois limitam as atividades, mas não lhes dão forma. É exatamente êsse caráter do Direito que dá ao cidadão um mínimo de proteção. Isso se aplica especificamente à concepção de soberania externa, um termo que até agora evitamos. Não indica o possuidor dêsse

²⁹⁶ NEUMANN, 1969e, p. 21.

poder soberano nem o uso que pode ser dado a êle; apenas limita o poder entre uma unidade territorial e outra.²⁹⁷

A mudança no contexto político origina o novo enfoque dado pelo autor ao papel do direito para a emancipação social. Ao tempo em que continua reconhecendo a sua importância na sociedade complexa e fortemente industrializada em que vivia, a ação política ganha centralidade. Para Neumann, o constitucionalismo pode ajudar a reduzir os excessos do poder político, mas, por si só, é incapaz de impedir que abusos sejam cometidos. “*O problema da democracia moderna é muito menos o manejo do poder político do que a sua utilização racional e permissão para que a massa participe efetivamente do seu exercício*”.²⁹⁸

Esse caráter dúplice do direito aparece de maneira contundente nos dois textos publicados pelo autor em 1951. Em *Labor Law in Modern Society*, Neumann radicaliza sua crítica ao capitalismo ao apontar que a mera socialização da propriedade não resolve os principais problemas da sociedade moderna, como a divisão do trabalho, o regime de trabalho e a disciplina no local de trabalho. Desse modo, a existência de garantias legais mínimas tanto para o trabalhador individual quanto para os sindicatos são fundamentais para a ação política que possa mudar o *status quo*.²⁹⁹

²⁹⁷ NEUMANN, 1969e, p. 26. Sobre a teoria schmittiana do estado de exceção: “Há, no entanto, situações que podem revelar de relance, por assim dizer, onde se situa o poder político. Há situações de emergência tais como estado de sítio, lei marcial etc. É por isso que Carl Schmitt, o famoso advogado constitucional nazista, declarou em seu período pré-nazista: ‘Soberano é aquele que decide nas situações de emergência.’ Embora não aceitando as implicações da doutrina de soberania de Schmitt, é claro que o estudo de tais situações de emergência trarão à luz valiosas sugestões sobre o verdadeiro lugar em que se situa o poder político em períodos ‘normais’”. (Idem)

²⁹⁸ NEUMANN, 1969e, p. 25.

²⁹⁹ NEUMANN, 1996a, p. 232/233.

Face ao avanço vertiginoso do processo de burocratização da sociedade, já percebida pelo autor, que ameaça a própria democracia, “[a]utonomous social organizations are the key to correcting this alarming trend, which may lead to social paralysis, the death of initiative, and then easily to a new authoritarianism”.³⁰⁰

Em *Economia e política no século XX*, Neumann ressalta a crítica negativa ao direito, chegando a dizer que, ao lado da confiança ingênua na reforma social e na educação, a ilusão do poder do Direito e da lei funcionam como coveiros da democracia. A pena de Neumann não se volta, é óbvio, contra a existência de garantias características da forma-direito, mas à compreensão que os sujeitos políticos fazem do direito, na medida em que a convicção na legalidade atua favorecendo o caráter apolítico das massas que não se dão conta da centralidade da luta pelo poder político. Neumann relembra nesse ponto que a reação à democracia no contexto de Weimar, por exemplo, não foi por causa dos comunistas que lutavam contra o Estado “burguês”, mas em virtude do uso que os movimentos sociais faziam do direito no controle racional e democrático da economia. O problema da burguesia nunca foi, portanto, com um Estado forte. A teoria da não-intervenção somente ganhou força no momento em que o Estado começa a se tornar democrático.³⁰¹

O poder político atua através de diversas técnicas de comando, como o exercício da coação física e instrumentos de poder econômico (meios de produção, artigos de consumo, salários, preços), além dos meios psicológicos como a propaganda e a educação. Desse modo, Neumann reputa impossível derrubar o detentor do poder político que possui esses instrumentos e técnicas

³⁰⁰ NEUMANN, 1996a, p. 240. Tradução livre: “As organizações sociais autônomas são a chave para corrigir essa tendência alarmante, o que pode levar à paralisia social, à morte da iniciativa e, então, facilmente a um novo autoritarismo”.

³⁰¹ NEUMANN, 1969c, p. 290/291.

ao seu alcance.³⁰² Os movimentos sociais devem, nesse caso, lutar para influenciar de maneira decisiva o poder político, tais como, as organizações coercitivas, polícia, justiça, exército, burocracia, política internacional. Para ele, os sujeitos políticos devem atuar como agentes do progresso histórico. Mais do que socialismo ou capitalismo, a lição fundamental que Neumann pretende deixar para os trabalhadores é o significado da luta política.³⁰³ É interessante observar que Neumann atribui a absoluta primazia da política sobre a economia a uma exegese excêntrica do próprio Marx:

A teoria marxista se ressentia de uma incompreensão: a confusão de análise sociológica com a teoria de ação política. A tese marxista do caráter de classe do Estado tem sido corretamente interpretada como uma teoria de sociedade e tem sido confundida com uma teoria de ação. Na teoria sociológica de Marx, a Política aparece como uma função da Economia: o Estado é visto como um Estado de classes que serve para a defesa da estrutura de classes, e essas classes, por sua vez, são baseadas na relação com a produção. A função do Estado fica assim decisivamente determinada pela economia. Mas será que se segue que, conforme Marx, a ação do proletariado deve ser predominantemente econômica e não política? Para o próprio Marx, não resta dúvida quanto à resposta: quem decide é a ação política e não a

³⁰² “A verdade é que não existe na história moderna um exemplo de uma revolução bem sucedida contra um desses Estados fortes. A Revolução Francesa não eclodiu – e nisso todos os modernos historiadores estão de acordo – porque o monarca absoluto era absoluto, mas exatamente porque ele não era absoluto, porque não conseguia fazer prevalecer a sua força política contra as forças feudais sociais”. (NEUMANN, 1969c, p. 293-294)

³⁰³ NEUMANN, 1969c, p. 290.

econômica. Segue-se então da análise sociológica – o Estado como um Estado de classes – que o Estado de classes deve ser derrubado. Mas como? Não pela greve geral, como queriam os sindicalistas, mas por meios políticos, sem ser necessariamente por meios democráticos. A revolução como um significado político é necessária para Marx quando se trata de ganhar a democracia ou defendê-la.³⁰⁴

6.3. Esses apontamentos revelam um deslocamento do centro de preocupação do autor. Enquanto a produção teórica de Neumann durante o período do nazismo procura apresentar o que constitui o caráter emancipatório do direito liberal, a restauração da ordem democrática e a percepção de que os movimentos sociais superestimavam o poder do direito na construção de uma sociedade justa levam o teórico alemão a defender a centralidade do elemento político. Acima de tudo, o que ele começa a perceber no nascedouro de uma sociedade igualmente democrática e injusta era que – ao contrário da intensa luta política da classe operária antes do nazismo – os trabalhadores haviam perdido a consciência da exploração a que estavam submetidos e tampouco reconheciam os limites e as possibilidades dos dispositivos institucionais que tinham à disposição para construir uma sociedade emancipada.

A questão passa a ser, na clara definição de Claus Offe, por que apesar da existência de espaços institucionais democráticos a emancipação não se consuma. Ou seja, o problema já não residia nas formas institucionais, mas na própria sociedade, isto é, na percepção (ou falta de percepção) que as vítimas do sistema possuíam. A pretendida neutralização do poder econômico através

³⁰⁴ NEUMANN, 1969c, p. 289.

de meios jurídicos depende não dos fatos sociais em si e sim de como os afetados por esse modo de produção os observam.³⁰⁵

Este novo período marca uma aproximação com a psicanálise freudiana e a tentativa de compreender como a dimensão subjetiva dos atores políticos influencia na concretização da liberdade humana. De acordo com os propósitos do nosso estudo, procuraremos destacar o papel do direito para emancipação neste quadrante do pensamento do autor, compreendendo o texto *O conceito de liberdade política*, de 1953, sua continuação no ano seguinte em *Liberdade intelectual e política*, e o último texto concluído antes do seu falecimento, *Ansiedade e Política*, também de 1954.³⁰⁶

O objeto de Neumann nesses estudos pressupõe, mais uma vez, a possibilidade de que a disputa pelo poder político por pessoas ou grupos pode representar mais do que seus interesses egoístas.³⁰⁷ Para ele, a teoria política deve se encarregar da busca dessa “verdade” que, em teoria política, nada mais é do que a liberdade (ou, como estamos chamando, a *emancipação*).³⁰⁸ Por razões

³⁰⁵ OFFE, 2003, p. 214-215.

³⁰⁶ O texto *Notas sobre a teoria da ditadura* foi editado após a morte do autor. (NEUMANN, 1969g)

³⁰⁷ É importante observar que, nessa definição, Neumann procura afastar a sua teoria política do campo da sociologia (que estudaria o poder político em suas origens, manifestações e técnicas) e de uma perspectiva interna à própria teoria política que procuraria legitimar o poder político. Sua posição reflete, assim, uma crítica ao estranhamento do poder: “Essa posição exprime, muitas vezes sem querer, a alienação política do homem contemporâneo: o fato de que o homem considera o poder político como uma força que lhe é estranha, uma força que ele não pode controlar e com a qual não pode também se identificar, e que, na melhor das hipóteses, pode tornar-se apenas compatível com a sua existência”. (NEUMANN, 1969h, p. 178)

³⁰⁸ Apesar de Neumann optar reiteradamente pelo uso do termo “liberdade”, acreditamos que a expressão marxista “emancipação” é mais adequada às pretensões do autor, pois conforme o Dicionário do Pensamento Marxista: “De acordo com a perspectiva liberal clássica, a liberdade é a ausência de interferência ou, ainda mais especificamente,

didáticas, Neumann divide a liberdade política em três elementos: o jurídico, o cognitivo e o volitivo.³⁰⁹

Em primeiro lugar, o teórico alemão procura demonstrar que a liberdade jurídica (entendida como restrição ao poder do Estado) é indispensável para a liberdade humana. Levando em conta que pressuposto básico do constitucionalismo em que estamos inseridos é o individualismo filosófico³¹⁰, a ideia de que existem determinados direitos que podem ser reprimidos e restringidos, mas nunca aniquilados, faz com que o Estado não possa engolir completamente o indivíduo.

Neumann reconhece que essa tese implica em determinado grau de aceitação da alienação política, na medida em que o poder político existente no Estado será sempre estranho ao homem, isto é, sem uma identificação plena com ele. Contudo, a seu ver, a existência das liberdades civis estabelece uma presunção em favor dos direitos do indivíduo contra o poder soberano do Estado. Como já debatemos anteriormente, a proteção do indivíduo se estabelece por meio da referência à lei geral que, por sua vez, deve necessariamente ser submetida aos órgãos específicos de julgamento. Esse elemento da liberdade traduz uma função ética e um mínimo de igualdade e de segurança que não pode ser desprezado, considerando, além de

de coerção. Sou livre para fazer aquilo que os outros não me impedem de fazer. [...] Se, em geral, a liberdade é a ausência de restrições às opções disponíveis para os agentes, pode-se dizer que a tradição liberal tende a oferecer uma interpretação muito limitada sobre quais possam ser essas restrições (entendendo-as muitas vezes apenas como interferências deliberadas) [...]

Marx e os marxistas tendem a ver a liberdade em termos da eliminação dos obstáculos à emancipação humana, isto é, ao múltiplo desenvolvimento das possibilidades humanas e à criação de uma forma de associação digna da condição humana”. (BOTTOMORE, 1988, p. 202)

³⁰⁹ NEUMANN, 1969h, p. 178-180.

³¹⁰ Entendido por Neumann como “o ponto de vista de que o homem é uma realidade inteiramente independente do sistema político dentro do qual vive”. (NEUMANN, 1969h, p. 181)

tudo, a experiência totalitária vivida pelo autor, como sabemos, passível de ser repetida a qualquer momento.³¹¹

Reconhecer a importância da liberdade jurídica não equivale a recair no sonho do período liberal que procurava diluir o poder em afinidades legais.³¹² Não apenas o governo da lei não pode cobrir tudo, como muitas vezes o poder (aspecto não-racional) e o direito estão em conflito. Esse conflito pode ser resolvido de duas maneiras:

a) na sua própria formulação, o direito geral pode conter uma cláusula de escape que permita decisões puramente discricionárias;

b) ou, se o poder assim o desejar, o direito geral pode ser suspenso.³¹³

Como se pode perceber, Neumann não descaracteriza a importância da liberdade existente dentro de um Estado de direito, mas, indo além dos marcos do pensamento liberal, reconhece, ainda que de maneira tímida, que o direito carrega permanentemente a possibilidade de suspensão. O poder que, ao mesmo tempo, dá forma ao direito e se subordina a ele, também estabelece o seu limite (no duplo sentido de fim e de princípio). Nas suas palavras: “*Nenhum sistema político sustentará o valor legal da calculabilidade e da segurança legal se sentir que isso causará perigo à sua própria segurança. O poder deixará de*

³¹¹ NEUMANN, 1969h, p. 181-182/185-186. NEUMANN, 1969d, p. 224.

³¹² Vaticina o teórico alemão: “Desde o fim do século XVIII até os meados do XIX, êsse aspecto de uma sociedade racional assumia, pode-se dizer, características utópicas. Tôdas as afinidades relevantes eram consideradas legais; a lei deveria ser de caráter geral; o juiz era apenas o ‘porta-voz da lei’ aplicando-a por meio de um processo de subordinação. O positivismo legal não é sòmente, como tem sido ensinado, a aceitação do poder político tal como êle é, mas também a tentativa de transformar as afinidades do poder político e sociedade em poderes legais”. (NEUMANN, 1969h, p. 189)

³¹³ NEUMANN, 1969h, p. 189-190

lado a noção jurídica de liberdade”.³¹⁴ Nos quadros do pensamento neumanniano, é preciso reconhecer no direito essa face de dois gumes. A forma-direito, que assegura a possibilidade e até a mesma necessidade de mudança dos seus valores através de decisões impostas de fora, carrega consigo permanentemente a possibilidade de eliminação dos direitos que se propôs a preservar.³¹⁵ Em todo caso, essa ambiguidade nos leva à importância de outros aspectos que permitam concretizar a emancipação humana.

O segundo ponto que Neumann configura na composição de uma teoria geral da liberdade política é o chamado elemento cognitivo. Segundo explica, desde Epicuro e Lucrécio, a filosofia se coloca o problema de como libertar os homens do terror inspirado pela superstição de que os fenômenos da natureza são intervenções arbitrárias dos deuses. Ciente de que crenças como essa servem para controlar as massas, ele advoga que a teoria política deve se aproveitar da teoria de Freud, na medida em que este autor consegue demonstrar que nossa existência está repleta de ansiedades. Segundo sua interpretação, diferente do medo – que se refere a “alguma coisa definida” – a ansiedade é um estado de existência produzido pela ignorância que, associada ao funcionamento do instinto agressivo e à necessidade de

³¹⁴ NEUMANN, 1969h, p. 191. Em outra passagem fundamental para o nosso debate, o autor afirma que “o poder, ou ‘a necessidade’ ou ‘a razão de Estado’ não podem ser eficazmente eliminados ou restringidos pelo Direito Constitucional.

Além disso, não são somente os requisitos objetivamente necessários ou pretendidos do poder político que interferem na regra do direito geral; eles podem até mesmo ocasionar a completa suspensão dos direitos civis. O estado de sítio, a lei marcial, os poderes de emergência, apenas indicam as razões de Estado que podem, na verdade, aniquilar completamente as liberdades civis. Juntamente com essas instituições, na maior parte dos países, encontra-se o fato de que o poder discricionário daqueles que declaram essa emergência não pode ser contestado. São eles que determinam se existe a emergência e quais as medidas necessárias para lhe fazer frente”. (Idem, p. 195)

³¹⁵ NEUMANN, 1969h, p. 191-192.

identificação do homem isolado, tornam possível a total aniquilação da liberdade no totalitarismo.³¹⁶

O teórico alemão defende, assim, que a construção de uma sociabilidade livre exige a compreensão do *processo histórico* e, por sua vez, a exata compreensão do que este significa:

A fórmula cognitiva [...] está errada se fôr considerada como obediência a uma lei abstrata e fatalista da história. O processo histórico inclui a aspiração do homem para conseguir um controle mais eficaz de tudo que o cerca, de modo que uma compreensão histórica se torna crítica e programática. A função real do elemento cognitivo é expor as possibilidades de se compreender as potencialidades humanas latentes em diferentes situações sociais. Por um lado, evita que se repitam fórmulas velhas já vazias. O que é progressista hoje, e que pode levar à liberdade, pode ser falso amanhã, e talvez mesmo um obstáculo para a liberdade. Por outro lado, refreia o radicalismo utópico. Já que tudo o que o homem pode realizar encontra-se prêsso ao estágio de desenvolvimento social, a realização da liberdade não se acha à disposição da livre vontade do homem.³¹⁷

Desse modo, Neumann destaca que a liberdade não pode ser realizada se os homens se encontram privados dos meios de compreensão do funcionamento da natureza e da própria alma humana. Deste posicionamento teórico podemos derivar sua crítica ao sistema de propaganda, o significado da educação e do conhecimento no combate aos processos psicológicos que ativam

³¹⁶ NEUMANN, 1969h, p. 199-200.

³¹⁷ NEUMANN, 1969h, p. 200-201.

a ansiedade e, sobretudo para o objeto do nosso estudo, a importância de uma análise constante sobre a função das instituições em vigor que nos permita decidir politicamente quais são as mudanças necessárias para elevar ao máximo a sua eficácia.³¹⁸

O terceiro aspecto, sem o qual a emancipação não pode ser concretizada, é o elemento volitivo da liberdade. Essa categoria procura elucidar aquilo que o autor já vinha destacando quanto à relevância de ação política dos movimentos sociais. Para ele, “[a] lei limita o poder político; o conhecimento nos mostra o caminho para a liberdade, mas o homem só pode realmente atingir a liberdade à custa de seus próprios esforços”.³¹⁹ O teórico alemão pretende destacar com essa afirmação a falácia tanto do ponto de vista que acredita que o direito possa por si só garantir a liberdade humana quanto daquele que procura reduzir as decisões do poder a supostas razões técnicas. Somente o exercício ativo da democracia, entendida como um sistema político em que o sujeito político se identifica com o poder, pode maximizar a liberdade política.³²⁰ Por outra via, tampouco se trata de reduzir a política ao “voluntarismo” de eventuais forças sociais:

Dar grande importância apenas ao aspecto volitivo da liberdade é uma forma de criar também uma situação tão perigosa quanto a concentração exclusiva no aspecto jurídico ou cognitivo. A definição de liberdade política simplesmente como individual implica a negação das obrigações que temos para com nossos semelhantes: ninguém pode afirmar a sua vontade às custas de outrem nem atingir a sua perfeição também às custas dos outros. A proteção das minorias e das

³¹⁸ NEUMANN, 1969h, p. 204.

³¹⁹ NEUMANN, 1969h, p. 204.

³²⁰ NEUMANN, 1969h, p. 204-205.

opiniões divergentes fica anulada se o elemento ativista sozinho for considerado o equivalente de liberdade.³²¹

A ação política realizada nos termos legais ou, em outras palavras, a luta *pele* direito, representa, para Neumann, a melhor forma de fazer valer a liberdade em determinado estágio histórico, pois não é possível conseguir uma liberdade plena por meio de uma ação definitiva e ahistórica. A forma-direito em uma sociedade democrática permite *institucionalizar* o elemento ativista da liberdade política. Não há assim uma garantia absoluta de que a emancipação será realizada, mas exatamente uma *potencialidade* de que o homem se sobreponha à alienação do poder político que impera em diferentes formações sociais. Na contraface dessa perspectiva, Neumann dirige sua mensagem também contra aqueles que acreditam que o poder político é e sempre será estranho ao homem e que, com esse pretexto, adotam uma postura de indiferença em relação à política. Para ele, mais ou menos estranhado, o poder político é determinante em nossas vidas e somente a participação em sua formação pode alterar seu sentido.³²²

Ao tempo em que o fato de que nunca haverá uma total identificação do cidadão com o poder faz necessário estabelecer uma *forma* para o governo dos homens que possibilite o mínimo de segurança e de liberdade, somente a vontade concreta dos sujeitos políticos em utilizar o espaço assegurado pelo *direito* permite uma aproximação ao ideal de uma sociedade emancipada.³²³ Essa ação, é claro, necessita ser realizada com o

³²¹ NEUMANN, 1969h, p. 206.

³²² NEUMANN, 1969h, p. 205-206.

³²³ NEUMANN, 1969h, p. 210. A crítica de Neumann à pretensão de uma identidade completa: “[A]s teorias de Platão e de Rousseau são utopias. Postulando identidade completa entre o cidadão e o sistema político, eles não levam em conta o fato de que as condições para se conseguir tal identificação nunca tiveram lugar na história. As duas alternativas – a sabedoria do rei-filósofo de Platão, e a completa

mínimo de conhecimento de causa. Nos três movimentos, a forma-direito revela sua dignidade própria: ao limitar o poder político; ao assegurar as condições para que a vontade política dos sujeitos se imponha; e, por meio dessas duas vias, ao contribuir para a autoconfiança por parte do cidadão que assegure o domínio da ansiedade. Em outras palavras, o sistema jurídico funciona na garantia de uma sociabilidade minimamente democrática que não recaia no totalitarismo.

Sua preocupação se justifica por tentar entender as razões que teriam levado as massas a abandonar, por sua própria vontade, a institucionalidade existente durante a República de Weimar em nome da adesão cega a um líder. Baseado em seus estudos de psicanálise freudiana, Neumann argumenta que a história do homem passa pela individualização progressiva diante da horda primitiva, de modo que a identificação libidinal a um líder constituiria uma espécie de *regressão histórica*. Ao separar o cargo do seu detentor, a identificação não-afetiva com uma organização – própria de um Estado de direito – é menos regressiva. A institucionalização de garantias mínimas atua, nesse sentido, mitigando a função paralisante exercida pela ansiedade, que torna o homem incapaz de se conter para escapar do perigo ou combatê-lo, pois, conforme ensina Axel Honneth, “*only those subjects free from the internal limitations of anxiety can enter into the political public sphere and therein act as democratic citizens*”.³²⁴

O fundamental na luta por uma sociedade sem classes não é, portanto, que o Estado permita a criação de “direitos sociais”

homogeneidade social e moral da sociedade dos partidários de Rousseau – são apenas sons, muito embora portentosos. O dirigente ou líder mais incensado está sujeito a paixões; toda sociedade está carregada de antagonismos. Até mesmo o sistema mais democrático precisa garantir-se contra o abuso do poder”. (Idem)

³²⁴ NEUMANN, 1969b, p. 302/304/309. HONNETH, 2003, p. 247. Tradução livre: “somente aqueles sujeitos livres das limitações internas da ansiedade podem entrar na esfera pública política e ali atuarem como cidadãos democráticos”.

como poderíamos imaginar à primeira vista. O teórico alemão até reconhece o significado da legislação, por exemplo, que institui a previdência social ou os direitos trabalhistas (para restaurar o equilíbrio de forças ou para despertar uma consciência política e social). Entretanto, eles somente se justificam por sua utilidade social. O centro do sistema político democrático são efetivamente os direitos políticos e pessoais reconhecidos em um Estado de direito, que prescindem dessa noção de utilidade. Nesse sentido, Neumann comunga com a defesa do elemento liberal do sistema jurídico por acreditar que, através dele, seja possível nos proteger da ditadura e por institucionalizar as condições para a transformação imanente da sociedade.³²⁵

³²⁵ NEUMANN, 1969h, p. 210/215. A proteção contra o totalitarismo é ainda mais importante em nosso tempo: “A experiência com os Estados totalitários já mostrou que ninguém escapa ao seu destino, seja o insignificante ou o gênio. A sociedade está por demais integrada, os meios de comunicação estão muito aperfeiçoados, os métodos de fiscalização chegaram a um alto desenvolvimento”. (NEUMANN, 1969d, p. 238)

PARTE III – DIREITO E EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN

Até o presente momento de nosso estudo, acompanhamos o pensamento de Franz Neumann no sentido de desarticular teoricamente a associação marxista entre o direito e o capitalismo e de perceber como a forma direito assegura institucionalmente um controle social da ansiedade que favorece o exercício da política. A manutenção da tensão entre soberania e liberdade aparece em sua obra como um elemento necessário da emancipação humana, apesar da interrupção precoce da trajetória intelectual do nosso autor nos deixar sem uma explicação satisfatória sobre o porquê de, mesmo após a restauração do Estado de direito, nada encaminhar nessa direção.

Com o estudo do pensamento de Giorgio Agamben, no presente capítulo, pretendemos não apenas aprofundar a leitura da relação entre direito, política e subjetividade – que aparece de maneira incipiente nos estudos neumannianos –, quanto repensar os fundamentos da própria crítica ao direito. Isto é, se já não se trata de um vínculo estrutural entre o Estado moderno e o capitalismo, como o funcionamento do sistema jurídico contribui para o estado de segregação em que vivemos? Ou, em uma perspectiva mais ampla, de que maneira a teoria jurídica presente na obra de Agamben nos ajuda a pensar os limites da emancipação humana através dos projetos de juridificação?

7. A CRÍTICA BIOPOLÍTICA AO DIREITO

7.1. Antes de estruturar um argumento que nos permita elucidar aspectos do funcionamento do direito na teoria agambeniana, se faz necessário realizar alguns apontamentos sobre a metodologia do próprio autor, como forma de antecipar os limites e as possibilidades de nossas conclusões.

Em primeiro lugar, apesar de sua formação acadêmica em direito, Agamben não tem como foco central de seus estudos a elaboração de uma teoria jurídica. Assim como outros fenômenos

estudados pelo filósofo (como a obra de arte, a política, as instituições liberais, os meios de comunicação, a pornografia, a liturgia, entre tantos outros), o direito se insere em sua teoria como dispositivo dentro da dinâmica geral de nossa forma de sociabilidade, de modo que, de acordo com o entendimento do autor, seu pensamento busca tornar inteligível a totalidade de um contexto histórico-problemático mais amplo.³²⁶ Portanto, se podemos, de fato, extrair valiosas lições de teoria do direito do arcabouço intelectual elaborado por Giorgio Agamben, tal como vem sendo feito por vários estudiosos, tampouco podemos dissociá-las de sua leitura mais ampla da condição humana em nosso tempo, a qual busca realizar a audaciosa tarefa de fornecer uma genealogia histórico-conceitual do poder político no Ocidente.³²⁷

Em segundo lugar, a teoria de Agamben se estabelece com base em uma particular compreensão do tempo. De acordo com seu método arqueológico e paradigmático, a compreensão das dicotomias que estruturam nossa cultura exige identificar paradigmas³²⁸ no passado que possam explicitar os campos de forças que nos dão acesso ao próprio presente.³²⁹ Compreender a historicidade de um objeto envolve perceber que sua origem (*arché*) não é um acontecimento arquetípico separado *in illo tempore*, mas algo que não cessa de acontecer. Para o autor, esta é a única forma de alcançar a inteligibilidade da história e a coerência sincrônica do sistema.³³⁰ Desse modo, a *arché* é uma força ativa na história, “*assim como a criança, na psicanálise, é uma força que continua agindo na vida psíquica do adulto; e*

³²⁶ AGAMBEN, 2010c, p. 11.

³²⁷ HERVÁS, 2010, p. 67.

³²⁸ Na explicação de Agamben: “un objeto singular que, valiendo para todos los otros de la misma clase, define la inteligibilidad del conjunto del que forma parte y que, al mismo tiempo, constituye”. (AGAMBEN, 2010c, p. 22)

³²⁹ AGAMBEN, 2006, p. 132-133. Sobre a questão do método paradigmático, ver FAVARETTO, 2013.

³³⁰ AGAMBEN, 2011b, p. 203/205.

como o big bang, que se supõe ter dado origem ao universo, é algo que não para de mandar para nós a sua radiação fóssil”.³³¹

Isso não quer dizer que os paradigmas delineados em sua obra (o *homo sacer*, o campo de concentração, o mulçumano, o estado de exceção, a *oikonomia* trinitária, etc.) já estejam dados por si mesmos na história, bastando ao investigador encontrá-lo, e tampouco que sejam a causa ou a origem histórica dos dilemas que vivemos no contemporâneo. Os estudiosos efetivamente criam os paradigmas ao conseguirem isolar um caso singular do seu contexto, exibindo, nessa operação, um conjunto cuja homogeneidade deve ser constituída. Esse procedimento cumpre com a função de construir uma nova inteligibilidade para uma série de fenômenos que passam despercebidos, trazendo à nova luz o presente do próprio investigador.³³²

Um último aspecto metodológico nos parece fundamental para levar a sério a filosofia de Giorgio Agamben sem esperar do autor aquilo que ele não se propõe. Coerente com sua crítica política à separação, o pensamento do filósofo italiano se move dentro do projeto de construção de uma “disciplina da interdisciplinaridade” – atraindo e debatendo textos dos mais variados campos teóricos (história, teologia, direito, literatura, filologia, linguística, psicanálise, etc.) – e, sobretudo, resgatando a “coesão originária” entre política e poesia. Para Agamben, se se pretende devolver à política sua dimensão própria, o pensamento crítico deve atuar como antítese da ideologia que, em sua *obscura claridade*, nos impede o acesso ao abismo que ela tenta, a todo custo, deixar aberto.³³³

³³¹ AGAMBEN, 2011d, p. 18.

³³² AGAMBEN, 2010c, p. 23-24/41-42. en el paradigma, no se trata simplemente de constatar cierta semejanza sensible, sino de producirla a través de una operación. Por esto el paradigma nunca está ya dado, sino que se genera e produce [...] a través de un “poner al lado”, un “conjuguar” y, sobre todo, un “mostrar” y un “exponer” (p. 30)

³³³ AGAMBEN, 2011b, p. 200-201.

Portanto, a filosofia crítica deve, por um lado, superar “o perpétuo afiar de facas de uma metodologia que nada mais tem a cortar”³³⁴ e, por outro, deixar de apostar na existência de um “caminho régio” para a verdade baseado na cisão entre filosofia e poesia.³³⁵

De acordo com uma concepção que está só implicitamente contida na crítica platônica da poesia, mas que na idade moderna adquiriu um caráter hegemônico, a cisão da palavra é interpretada no sentido de que a poesia possui o seu objeto sem o conhecer, e de que a filosofia o conhece sem o possuir. A palavra ocidental está, assim, dividida entre uma palavra inconsciente e como que caída do céu, que goza do objeto do conhecimento representando-o na forma bela, e uma palavra que tem para si toda a seriedade e toda a consciência, mas que não goza do seu objeto porque não o consegue representar.³³⁶

Essas explicações são necessárias porque muitas críticas a Agamben apontam a “falta de fundamento empírico de [suas] análises; construídas sem o exame das instituições reais”³³⁷ ou que sua teoria incorre em uma “abstracción igualadora que remite

³³⁴ AGAMBEN, 2007b, p. 11.

³³⁵ AGAMBEN, 2007b, p. 13.

³³⁶ AGAMBEN, 2007b, p. 12. É possível complementar este argumento dizendo que, em todo caso, a poesia não deixa de se manifestar, pois é preciso “admitir que os argumentos sempre têm um fundo simbólico e que toda ciência é só uma espécie de má poesia, fundada na recusa da metáfora e na afi rmação de um ideal estético que prioriza o naturalismo e a abstração matemática”. (COSTA, 2008, p. 94)

³³⁷ RODRIGUEZ, 2006, p. 130.

todos los fenómenos a un mismo esquema explicativo”.³³⁸ Acreditamos que pontos de vista como esses terminam às vezes por desprezar o potencial heurístico do autor. Na nossa visão, esses argumentos são aceitáveis desde que se perceba a proposta da investigação do filósofo italiano que compreende, por óbvio, limites e possibilidades. Agamben não deixa de analisar as instituições empíricas por falta de interesse na realidade, pelo contrário, tal qual um psicanalista orientado pelo sujeito do inconsciente, ele entende que o “real” das instituições não se revela somente no imediatamente empírico, de tal modo que, na sua perspectiva, *“só se formos capazes de entrar em relação com a irrealidade e com o inapreensível como tais, será possível apropriarmo-nos da realidade e do positivo”*.³³⁹

Retornando ao nosso objeto de estudo, é por essa razão que a pergunta sobre se vivemos em um Estado de direito ou em um estado de exceção – como veremos, essa não é propriamente a questão colocada pelo autor – não pode ser respondida com dados quantitativos sobre a efetividade das normas jurídicas. A falta do direito, por assim dizer, o “não-direito” também exige uma qualificação positiva. Qual o significado concreto do direito para as pessoas que estão excluídas do seu alcance? *“É possível perguntarmos o que é esse “não-direito”? Pois esse “nada” para o direito é algo para as pessoas concretas que o vivenciam. Ele (o “nada”) precisa de uma elucidação positiva, pois atinge grande parte da população brasileira e mundial”*.³⁴⁰

7.2. Os diversos vieses que compõem a crítica social de Agamben podem ser remontados a um pano de fundo comum que está presente desde a sua primeira obra publicada, *O homem sem conteúdo*, de 1970. Sem qualquer pretensão de alcançar um suposto ideal de unidade do pensamento do autor e, tampouco, de aprofundar a análise do paradigma estético desenvolvida no

³³⁸ HERVÁS, 2012, p. 270.

³³⁹ AGAMBEN, 2007b, p. 15.

³⁴⁰ PINTO NETO, 2010, p. 138.

referido texto, partiremos dessa discussão como forma de fornecer uma inteligibilidade mais ampla para as questões subjacentes à sua leitura sobre o jurídico.

Em *O homem sem conteúdo*, Agamben procura construir uma interpretação sobre a mudança do estatuto da obra de arte vivenciada na civilização ocidental. Tomando como ponto de partida a crítica de Nietzsche a Kant, Agamben chama atenção para a época em que a ideia tão concreta e interessada da arte fazia necessária, para a saúde da alma e da cidade, a sua destruição (algo que, segundo ele, seria inútil buscar hoje, até mesmo entre os censores). Isto é, se para Platão o poeta representava um elemento de perigo e ruína para a cidade, atualmente, nem de longe a arte exerce sobre nós essa mesma influência. Ocorreu na civilização ocidental o ingresso da arte na dimensão estética, de modo que – ao invés de viver efetivamente uma experiência – o espectador se resume a fazer da fruição artística um exercício de “bom gosto”.³⁴¹

O artista, por sua vez, vivencia outro processo. A criação da obra de arte torna-se uma experiência inquietante em que parece estar em jogo não apenas a produção de uma obra bela, mas a vida ou a morte do autor. Assim como no caso do espectador, o rumo tomado pela civilização ocidental realiza nesse caso uma inversão. Na antiguidade grega, a produção de uma obra de arte se configurava como um ato de *poiesis* (*poieîn*, pro-duzir), de modo que estava em jogo nesta experiência a produção na presença, isto é, o fato de que algo viria do não ser ao ser, da ocultação à plena luz da obra. No momento em que a produção da obra de arte se torna o exercício de uma subjetividade artística, colocando no centro do processo criativo a ideia de vontade que se exprime imediatamente na ação, o “fazer” do artista se transforma em uma *praxis* (*práttein*, fazer).³⁴²

Acontece que, enquanto a *poiesis* constrói o espaço em que o sujeito encontra a sua própria certeza e assegura a sua liberdade

³⁴¹ AGAMBEN, 2013e, p. 19-20/22/40.

³⁴² AGAMBEN, 2013e, p. 23/118.

e a duração da sua ação, edificando um mundo para a habitação do homem na terra, a *práxis*, reservada anteriormente aos escravos, significa a submissão do homem à necessidade, igualando-o ao animal. A *práxis* equivale, nesse caso, à redução do humano a sua “nua” existência biológica.³⁴³ Em clara consonância com os estudos de Hannah Arendt sobre a condição humana, Agamben critica o próprio Marx ao afirmar que:

Paralelamente a esse processo de convergência entre *poiesis* e *práxis*, o trabalho, que ocupava o posto mais baixo na hierarquia da vida ativa, ascende à posição de valor central e de comum denominador de toda atividade humana. Essa ascensão começa no pensamento em que Locke descobre no trabalho a origem da propriedade, continua quando Adam Smith o eleva ao estatuto de fonte de toda riqueza e atinge o seu cume em Marx, que faz dele a expressão da humanidade mesma do homem. Nesse ponto, todo “fazer” humano é interpretado como *práxis*, atividade produtora concreta (em oposição à teoria, entendida como sinônimo de pensamento e contemplação abstrata), e a *práxis* é pensada por sua vez a partir do trabalho, isto é, da produção da vida material, correspondente ao ciclo biológico da vida. E esse agir produtivo determina hoje, em toda parte, o estatuto do homem sobre a terra, entendido como o vivente (*animal*) que trabalha (*laborans*) e, no trabalho, produz a si mesmo e se assegura o domínio da terra. Mesmo onde o pensamento de Marx é condenado e

³⁴³ AGAMBEN, 2013e, p. 117-120.

refutado, o homem é, hoje, em toda parte, o vivente que produz e trabalha.³⁴⁴

A mudança no paradigma da subjetividade do artista permite a Agamben perceber que a própria subjetividade humana se encontra diante de uma condição ímpar. Ao se submeter apenas ao princípio da livre criação estética, o artista se separou de todo o conteúdo. Mesmo quando busca um conteúdo ou uma fé determinada, ele vive uma mentira, pois sabe que a pura subjetividade artística é a essência de qualquer coisa que faça. Este homem sem conteúdo torna-se, portanto, a *pura força da negação*, na medida em que, onde quer que seja, afirma apenas a sua própria subjetividade como absoluta liberdade.³⁴⁵

Esta nova condição subjetiva implica em uma mudança radical na própria estrutura de ser-no-mundo do homem e na sua relação com a verdade e com a história. Mais do que um simples bem cultural, a produção da obra de arte implicava um espaço mesmo no mundo, onde o homem é capaz de ação e de conhecimento.³⁴⁶ “*Somente porque ele é capaz do poder mais inquietante, da pro-dução na presença, ele é capaz de práxis, de atividade livre e desejada. Somente porque alcança, no ato poético, uma dimensão mais original do tempo, o homem é um ser histórico, para o qual está em jogo, a cada instante, o próprio passado e o próprio futuro*”.³⁴⁷ Com essas palavras, Agamben aponta para os riscos desta situação histórica em que – reduzido à pobre dimensão da práxis – o ser se destina ao homem como Nada, denunciando o secreto governo do *niilismo*³⁴⁸ na história do ocidente.³⁴⁹

³⁴⁴ AGAMBEN, 2013e, p. 120.

³⁴⁵ AGAMBEN, 2013e, p. 96/99.

³⁴⁶ AGAMBEN, 2013e, p. 165-166.

³⁴⁷ AGAMBEN, 2013e, p. 164.

³⁴⁸ Podemos enxergar na crítica ao niilismo de Agamben uma forte aproximação com o pensamento de Nietzsche, que Peter Pelbart explica da seguinte forma: “el nihilismo consiste en una desvalorización

Talvez não por acaso, o último capítulo de *O homem sem conteúdo* resgata um trecho das *Teses sobre a filosofia da história*, de Walter Benjamin, que adquire uma relevância ímpar ao longo de toda obra de Agamben. Diz Benjamin:

Há um quadro de Klee que se intitula *Angelus Novus*. Nele se encontra um anjo que parece distanciar de alguma coisa sobre a qual fixa o olhar. Ele tem os olhos arregalados, a boca aberta, as asas estendidas. O anjo da história tem que ver esse aspecto. Ele tem o rosto voltado para o passado. Onde aparece para nós uma cadeia de eventos, ele vê uma só catástrofe, que acumula sem trégua ruína sobre ruína e as lança aos seus pés. Ele bem que gostaria de se deter, despertar os mortos e recompor o despedaçado. Mas uma tempestade sopra do paraíso e se prendeu nas suas asas, e é tão forte que ele não pode fechá-las. Essa tempestade o impede irresistivelmente para o futuro, ao qual ele volta as costas, enquanto o acúmulo de ruínas sobe diante dele até o

metafísica de la vida, a partir de valores considerados superiores a la propia vida, con lo que la vida queda reducida a un valor de nada, antes que estos mistos valores aparezcan según un proceso de desvalorización, en aquello que eran desde el principio, ‘nada’, culminando con la abismal orfandad de la vida misma. Lo más interesante en la progresión que Nietzsche evoca, sin embargo, es el punto terminal, la del nihilismo pasivo. Es el tiempo del gran cansancio, en que predomina la sensación de que ‘todo es igual, nada vale la pena’. Es la repulsión por la existencia repetitiva y sin sentido. Es el fin del optimismo moral, la conciencia de que con el mundo sin Dios y sin finalidad, no hay nada más para esperar, lo que intensifica los expedientes compensatorios de tranquilidad, cura, embriaguez, hedonismo”. (PELBART, 2006, p. 14)

³⁴⁹ AGAMBEN, 2013e, p. 100.

céu. Essa tempestade é o que chamamos de progresso.³⁵⁰

Esta citação condensa, em uma imagem, o nosso estado atual. O *Angelus Novus* – mas poderia ser qualquer homem moderno – vive uma corrida irrefreável e infinita rumo ao progresso, alimentando a ilusão de que uma hora o *continuum* do tempo linear irá se despedaçar e, finalmente, nos encontraremos diante do dia do juízo.³⁵¹ Tal qual o anjo de Klee, nos encontramos *impotentes* diante da sucessão de catástrofes que se acumulam em nosso cotidiano. Reduzidos à existência biológica própria dos escravos e dos animais, perdemos a capacidade específica de ação, não porque tenhamos deixado de “fazer” coisas (pelo contrário, a cada dia nossa produtividade se revela mais incomparável), mas porque perdemos a relação com essa “terceira área”³⁵², a cultura, que nos fornecia um critério para a ação e para o conhecimento.³⁵³

Agamben denuncia, assim, a situação em que a cultura perde sua própria capacidade de transmissão. O homem moderno se relaciona com ela da mesma maneira que realiza uma visita ao museu, absolutamente incapaz de se reconhecer no patrimônio do passado. Desse modo, a perda da força vital da tradição retira do

³⁵⁰ Apud AGAMBEN, 2013e, p. 175-176.

³⁵¹ AGAMBEN, 2013e, p. 181.

³⁵² Comentando um texto de Baudelaire intitulado *Moral do brinquedo*, Agamben deixa transparecer sua visão acerca da topologia da cultura. Diz ele: “A localização da cultura e do jogo não está nem no homem nem fora dele, mas em uma ‘terceira área’, distinta tanto ‘da realidade psíquica interior, quanto do mundo efetivo em que o indivíduo vive’. Fetichistas e crianças, ‘selvagens’ e poetas conhecem desde sempre a topologia que se expressa aqui com cuidado na linguagem da psicologia; e é nessa ‘terceira área’ que uma ciência do homem que se tivesse liberado de qualquer preconceito do século XIX, deveria situar a sua pesquisa”. (AGAMBEN, 2007b, p. 98-99)

³⁵³ AGAMBEN, 2013e, p. 179.

homem os pontos de referência que lhe tornaria capaz se reaver com seu passado e, por conseguinte, com seu próprio futuro.³⁵⁴

Para concluir esta explicação, é importante registrar que as condições objetivas advindas do capitalismo, e acentuadas com a sua reestruturação neoliberal nas últimas décadas, contribuem de maneira decisiva para a constituição desse quadro. Se nos primórdios da *sociedade capitalista* já estava em jogo a separação entre valor de uso e valor de troca, que expropria o trabalhador do produto do seu trabalho e o impede de fazer uso da mercadoria e, na *sociedade do espetáculo*, a potência prática do homem se destaca de si mesma e se apresenta como um mundo em si, impedindo o homem de acesso à cultura, na atual *sociedade neoliberal*, a pressão a cada dia mais concreta para que cada indivíduo se preocupe com sua sobrevivência material, se angustie com o medo de tudo faltar, enfim, para que sinta na pele a *necessidade* de competir desesperadamente, respondem sobre a condição niilista em que se encontra o ser humano na contemporaneidade.³⁵⁵

7.3. A premissa subjacente a todo esse debate consiste em pensar a humanidade do próprio ser humano, isto é, como nos tornamos humanos. Esta parece ser a questão de fundo da

³⁵⁴ AGAMBEN, 2013e, p. 174-179.

³⁵⁵ AGAMBEN, 2007b, p. 68. AGAMBEN, 2013a, p. 71-2. COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 22. De acordo com Sandro Bazzanella e Selvino Assmann: “É essa condição niilista ressentida em que se encontra o ser humano na contemporaneidade ao perceber que os sonhos civilizatórios nos quais depositou suas esperanças e esforços, pautados numa razão legisladora e suas demandas ontoteológicas, nada mais eram do que miragens no extenso e árido deserto em que viceja a vida. Sob tais condições esse homem encontra-se lançado numa pequena política caracterizada pela privatização de si, pela transformação do outro em meio para consecução de interesses particulares, de ordenamento da vida a partir das pequenas verdades cotidianas e efêmeras da ciência, da técnica, da compulsiva produção e consumo de mercadorias”. (BAZZANELLA; ASSMANN, 2013, p. 54-5)

filosofia de Agamben.³⁵⁶ Sua obra não apenas recusa a ideia de que a condição humana é um dado natural inscrito na estrutura psicofísica do ser humano, quanto busca compreender de que maneira a “máquina antropológica”, em sua estrutura bipolar, separa e articula *homem e animal, vida vegetativa e vida humana*. O filósofo italiano destaca que a nossa tradição sempre definiu a humanidade através de uma divisão, opondo o homem a outros seres vivos e, assim, separando o corpo da alma, o vivente do *logos*.³⁵⁷

Nas primeiras páginas do livro que inaugura toda a série *Homo sacer*, Agamben nos fornece uma explicação fundamental para a estrutura geral de seu pensamento. Segundo explica, os gregos – a quem devemos as nossas principais categorias – não possuíam um único termo para exprimir aquilo que chamamos de “vida”. Eles utilizavam dois termos semântica e morfológicamente distintos, ainda que compartilhassem um ético comum: *zoé*, que significava o simples fato de viver comum a todos os seres vivos e *bíos*, que indicava a forma de vida própria de um indivíduo ou grupo.³⁵⁸ A questão decisiva nessa separação é que a simples vida natural era excluída do mundo clássico para que uma vida qualificada pudesse existir. A *zoé* não adentrava a *pólis* (cidade), restando firmemente confinada como mera vida reprodutiva ao âmbito da *oikos* (casa). Ao contrário da *oikonomia*, que todos os seres vivos compartilham igualmente entre si, a política no ocidente não é um atributo do vivente enquanto tal. Desse modo, “a política humana é distinguida

³⁵⁶ BAZZANELLA; ASSMANN, 2013, p. 74-75.

³⁵⁷ AGAMBEN, 2007c, p. 73/35.

³⁵⁸ E exemplifica: “Quando Platão, no *Filebo*, menciona três gêneros de vida e Aristóteles, na *Ethica nicomachea*, distingue a vida contemplativa do filósofo (*bíos theoreticós*) da vida de prazer (*bíos apolausticós*) e da vida política (*bíos politicós*), eles jamais poderiam ter usado o termo *zoé* (que, significativamente, carece de plural) pelo simples fato de que para ambos não estava em questão de modo algum a simples vida natural, mas uma vida qualificada, um modo particular de vida”. (AGAMBEN, 2010a, p. 9)

*daquela dos outros viventes porque fundada, através de um suplemento de politização ligado à linguagem, sobre uma comunidade de bem e de mal, de justo e de injusto, e não simplesmente de prazeroso e doloroso”.*³⁵⁹

Ao trazer essa definição, Agamben dialoga com diferentes marcos teóricos e procura colocar sob novas luzes toda a tradição política ocidental. Podemos citar o estudo sobre a condição humana de Hannah Arendt, em que a autora destaca o processo que levou a vida biológica a ocupar progressivamente o centro da cena política na modernidade.³⁶⁰ E, de maneira ainda mais central, as investigações arqueológicas sobre a biopolítica de Michel Foucault, em que o filósofo francês, superando a análise do poder como soberania e enquanto disciplina, entende que nos primórdios do Estado moderno surge uma técnica de poder que procura governar a “população” como um todo, inserindo um corte dentro da sociedade entre aqueles que devem viver e aqueles que devem morrer. De tal modo que se, antes, o poder absoluto consistia em poder fazer morrer ou deixar viver, com essa nova tecnologia do biopoder, trata-se de poder fazer viver e de deixar morrer.³⁶¹ É essencial compreender como na perspectiva biopolítica foucaultiana³⁶² o Estado cumpre uma

³⁵⁹ AGAMBEN, 2010a, p. 10.

³⁶⁰ AGAMBEN, 2010a, p. 111.

³⁶¹ FOUCAULT, 1999, p. 292-294/304/287. FONSECA, 2002, p. 193.

³⁶² Edgard Castro remete a primeira aparição do conceito de biopolítica a Johan Rudolf Kjellén, estabelecendo a seguinte relação com as investigações de Foucault: “[A] partir de Kjellén, es posible distinguir esquemáticamente dos grandes etapas de la biopolítica. En la primera, el término biopolítica hace referencia (en algunos autores ontológica y en otros epistemológicamente) a una concepción de la sociedad, de Estado y de la política en término biológicos. En la segunda etapa, y en un movimiento inverso al anterior, aunque no sin relaciones con él, el término biopolítica es utilizado para dar cuentas del modo en que el estado, la política y el gobierno se hacen cargo, en sus cálculos y mecanismos, de la vida biológica del hombre. La primera etapa, donde la vida aparece más bien como sujeto dela política, se extiende hasta la década de 1970; la segunda, donde la vida es más bien el objeto de la

função central para a vida de todos os “membros” do “corpo social”. Em uma passagem da obra *Em defesa da sociedade*, Foucault aponta para a separação biopolítica entre a parte e o todo:

A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura.

[...] Quando vocês têm uma sociedade de normalização, quando vocês têm um poder que é, ao menos em toda a sua superfície e em primeira instância, em primeira linha, um biopoder, pois bem, o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo.³⁶³

Ao destacar que a separação entre a vida natural e a vida qualificada remonta às origens de nossa tradição política, o filósofo italiano radicaliza as percepções que já estavam presentes nas obras de Arendt e Foucault, apontando para a dimensão estrutural existente na própria concepção de política ocidental. Quer dizer, na trilha do pensamento agambeniano, não devemos pensar *apenas* que a biopolítica constitui a implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do Estado moderno, como forma de criar os corpos dóceis e produtivos

política, toma forma a partir de los trabajos de Michel Foucault”. (CASTRO, 2011, p. 33)

³⁶³ FOUCAULT, 1999, p. 215.

necessários para o desenvolvimento do capitalismo. Apesar de verdadeiro, parar por aí equivaleria a restringir o problema biopolítico com o capitalismo ou, pior, com o Estado moderno. Na medida em que a cidade dos homens se funda a partir da exclusão da vida biológica, é a própria política tal qual conhecemos que deve ser questionada, de modo a não se fazer mais necessária a captura de uma vida nua.³⁶⁴

Essa perspectiva nos ajuda a enxergar traços de continuidade onde a historiografia tradicional preleciona rupturas, mas não implica que devamos ignorar as especificidades advindas com a modernidade. Se, de fato, a biopolítica é tão antiga quanto a exceção soberana, ao colocar a vida biológica no centro dos seus cálculos (por exemplo, através dos dispositivos securitários que buscam “proteger” e “cuidar” da vida do povo), o Estado moderno termina por reconduzir à luz o vínculo oculto que une o poder à vida nua.³⁶⁵

Frente às reiteradas aparições deste *arcanum imperium* (o campo de concentração, as penitenciárias, o genocídio nas favelas das grandes cidades, os emigrantes e refugiados, entre outros), a política ocidental contemporânea tem respondido de maneira majoritária reivindicando a universalidade dos direitos humanos. Isto é, enquanto o Estado atua, intencional ou despropositadamente, destruindo as formas de vida que não interessam ao desenvolvimento de um todo social mais saudável, as forças progressistas buscam reforçar o caráter “sagrado” da vida humana. Contra essa mistificação que se recusa a enxergar

³⁶⁴ AGAMBEN, 2010a, p. 11/15.

³⁶⁵ AGAMBEN, 2010a, p. 14. “A ‘politização’ da vida nua é a tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivente homem, e, assumindo esta tarefa, a modernidade não faz mais do que declarar a própria fidelidade à estrutura essencial da tradição metafísica. A dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, zoé-bíos, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva”. (Idem, p. 15-16)

que esses resíduos integram o próprio funcionamento da máquina política no ocidente, Agamben propõe o paradigma do *homo sacer*.

De acordo com a investigação agambeniana, a ligação entre o caráter da sacralidade e uma vida humana aparece pela primeira vez em uma figura do direito romano arcaico. O homem sacro, nos diz Festo, “*é aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio*”.³⁶⁶ O filósofo italiano chama atenção para o espanto de vários autores em face ao caráter ambivalente dessa estranha figura que – ao tempo em que sanciona a sacralidade de uma pessoa – autoriza a sua morte sem qualquer consequência jurídica. Ainda mais enigmático parece ser o fato de que aquele que qualquer um pode matar impunemente, não pode ser levado à morte na forma de sacrifício.³⁶⁷

Diante dos sentidos opostos que o termo *sacer* evoca (a uma só vez, santo e maldito), Agamben faz notar que sua *estrutura*, ao conjugar a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício, remete ao sentido técnico de *exceptio*. No caso, estamos diante de uma dupla exceção, na medida em que o *homo sacer* é colocado fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina, isto é, excluído tanto do *ius humanum* quanto do *ius divinum*. Contudo, decisivo aqui é que esta dúlice exclusão equivale simetricamente a uma dupla captura, na medida em que nenhuma vida está mais exposta do que esta que foi colocada fora.³⁶⁸ Sua inclusão sob a forma única de exclusão (de sua absoluta matabilidade) nos permite pensar uma dimensão estrutural oculta no poder político no ocidente. No direito romano, por exemplo, a primeira vez que nos deparamos com a expressão “direito de vida e de morte” é para designar o poder dos pais de dispor sobre a vida dos filhos homens e o único caso em que *vita* aparece em um sentido especificamente jurídico é na

³⁶⁶ AGAMBEN, 2010a, p. 186.

³⁶⁷ AGAMBEN, 2010a, p. 74.

³⁶⁸ AGAMBEN, 2010a, p. 80/83-84.

fórmula *vitae necisque potestas*, em que a vida aparece como contraparte de um poder que ameaça com a morte. Não se trata, portanto, que o exercício do poder político possa eventualmente implicar a vida e a morte daqueles que resistam a ele, mas que o fundamento do poder político é de uma vida absolutamente matável que, segundo Agamben, se politiza exatamente através de sua matabilidade.³⁶⁹

Desse modo, de nada adianta apelar para o caráter sagrado da vida como fundamento dos direitos humanos universais ou dos direitos fundamentais dos Estados constitucionais. Mesmo que declare respeitar ou proteger direitos inerentes à vida humana, o *arcanum* do poder soberano somente se constitui ao traçar a linha divisória entre a vida que merece viver e aquela que pode ser eliminada. As intervenções bélicas – ditas humanitárias – se estabelecem em nome dos direitos humanos e da preservação da vida, reforçando o núcleo paradoxal e permanente da biopolítica ocidental.³⁷⁰ Toda a política de “valorização” da vida implica, necessariamente, uma *decisão* sobre o limiar entre a vida politicamente relevante e aquela vida sacra que pode ser impunemente eliminada. Não devemos estranhar que, ao tutelar a vida biológica dos indivíduos, as sociedades modernas sejam incrivelmente biopolíticas e, como tal, que as vidas sacras sejam cada vez menos confinadas a um lugar particular ou a uma categoria definida de pessoas, mas residam, em alguma medida, no corpo biológico de cada ser vivente.³⁷¹

7.4. Quando a ordem neoliberal declara, na clássica frase de Margaret Thatcher, “*there is no such thing as society*”, ela procura exatamente remeter nossa humanidade para a vida privada que, desde a tradição grega, é própria dos animais e dos escravos, apagando qualquer vestígio de uma forma de vida qualificada em comum. Situado nesse contexto em que o Estado-

³⁶⁹ AGAMBEN, 2010a, p. 88-89.

³⁷⁰ DUARTE, 2008.

³⁷¹ AGAMBEN, 2010a, p. 135.

nação enfrenta um declínio irrefreável e a forma mercadoria invade todos os aspectos da vida social, Agamben procura fornecer uma inteligibilidade para esse estado de coisas em que a emergência sem contrapesos de um paradigma governamental anula qualquer vestígio de democracia e até mesmo de política. No momento em que o aspecto decisivo para ser “cidadão” independe de qualquer condição ativa na pólis, e que proliferam os dispositivos de segurança que controlam a vida das populações, é a própria legitimidade do poder político que nos governa que está em xeque.³⁷²

A perspectiva biopolítica fornecida pelo pensamento de Agamben nos permite assim redefinir os horizontes da crítica social no contemporâneo ao direcionar sua análise sobre os diferentes dispositivos que procuram incidir sobre a vida natural dos seres vivos. O poder reside, a um só tempo, no *modelo jurídico-institucional* e nas *tecnologias biopolíticas* que procuram realizar determinado processo de subjetivação, levando o vivo a vincular-se afetivamente ao poder externo que lhe governa. Não por acaso, as exceções que capturam a vida nua ocorrem por razões de Estado na mesma medida em que são “desejadas” pelos sujeitos capturados pelos dispositivos.³⁷³

Desse modo, a vida-sujeito é também a vida-objeto da política no ocidente. Pensando nesse aspecto duplice do poder, Agamben propõe uma reflexão sobre um termo caro à nossa tradição política. Nas línguas europeias modernas, “povo” indica tanto o conjunto dos cidadãos (o corpo político unitário) quanto os pobres e os deserdados (os excluídos politicamente, de direito ou, no mínimo, de fato). Tudo parece como se o que chamamos de povo fosse uma oscilação dialética entre, de um lado, o conjunto Povo como corpo político integral e, por outro, o povão, seu subconjunto como multiplicidade fragmentária de corpos necessitados e excluídos.³⁷⁴

³⁷² AGAMBEN, 2010b. AGAMBEN, 2014f.

³⁷³ AGAMBEN, 2010a, p. 12-14

³⁷⁴ AGAMBEN, 2015e, p. 35-37.

[I]sso significa, também, que a constituição da espécie humana num corpo político passa por uma cisão e que, no conceito de *povo*, podemos reconhecer sem dificuldades os pares categoriais que vimos definir a estrutura política original: vida nua (*povo*) e existência política (*Povo*), exclusão e inclusão, *zoé* e *bios*. *Ou seja, o povo já traz sempre em si a fratura biopolítica fundamental. Ele é aquilo que não pode ser incluído no todo do qual faz parte e não pode pertencer ao conjunto no qual já está desde sempre incluído.*³⁷⁵

A contradição inerente ao nosso uso do termo “povo” é a mesma que se coloca em jogo incessantemente na nossa ação política. Ao tempo em que já possui uma identidade definida, o povo precisa realizar-se. Para tanto, a política precisa dar forma à vida de um povo, redefinindo e purificando continuamente seu corpo através de exclusões pautadas em critérios biológicos/naturais, como a língua, o sangue, o território. Daí a aporia específica do movimento operário que, direcionado ao povo, está voltado a sua abolição.³⁷⁶

Conforme explicamos anteriormente, esta cisão sempre esteve presente na nossa história política, de modo que, em Roma, por exemplo, *populus* e *plebs* tinham suas próprias instituições e magistrados. No momento em que, na Revolução Francesa, o povo se torna o depositário único da soberania, condenando a exclusão e a miséria como escândalos intoleráveis, dá-se início a todo o empreendimento moderno no sentido de suplantando essa fratura, eliminando radicalmente o povo dos excluídos. Essa compreensão permite a Agamben ler sob um novo olhar o extermínio dos judeus na Alemanha e, sobretudo, a

³⁷⁵ AGAMBEN, 2015e, p. 37.

³⁷⁶ AGAMBEN, 2015e, 37-38.

obsessão por desenvolvimento de nosso tempo que une, em um só movimento, direita e esquerda, países capitalistas e países socialistas, na busca mortífera por produzir um povo uno e indivisível.³⁷⁷

Não restam dúvidas que essa perspectiva sobre o problema do poder procura realizar um sentido ético que está presente no pensamento de Marx e que orienta toda a crítica marxista ao direito. Entendendo que a guerra interna que divide cada povo não é senão a luta de classes marxiana, Agamben vaticina que essa fratura só terá fim quando “*na sociedade sem classes ou no reino messiânico, Povo e povo coincidirem e não houver mais, especificamente, povo algum*”.³⁷⁸ Contudo, é preciso pontuar também uma diferença com consequências importantes para o nosso estudo.

Ao invés de procurar entender como e por que o Estado realiza os interesses da classe dominante, a crítica biopolítica ao poder considera central os diferentes processos jurídicos e biopolíticos, institucionais e subjetivos, que permitem aos dispositivos reduzir o ser humano a seus aspectos biológicos, isolando a vida de sua forma. Apesar de podermos pensar os pontos de articulação e de desarticulação entre luta de classes e biopolítica, proletariado e *homo sacer*, não devemos negar um deslocamento significativo no centro de análise, que coloca a própria primazia do econômico em nossas vidas como objeto de

³⁷⁷ AGAMBEN, 2015e, p. 38-39. “O extermínio dos judeus na Alemanha nazista adquire, nessa perspectiva, um significado radicalmente novo. Como povo que recusa integrar-se no corpo político nacional (supõe-se, de fato, que toda sua assimilação seja, na verdade, somente simulada), os judeus são os representantes por excelência e quase o símbolo vivente do *povo*, daquela vida nua que a modernidade cria necessariamente no seu interior, mas cuja presença não consegue mais de modo algum tolerar. E na fúria lúcida com a qual o *Volk* alemão, representante por excelência do povo como corpo político integral, procura eliminar para sempre os judeus, devemos ver a fase extrema da luta interna que divide *Povo e povo*”. (Idem, p. 39)

³⁷⁸ AGAMBEN, 2015e, p. 38.

estudo. É sob este prisma que podemos analisar o funcionamento do sistema jurídico liberal no pensamento do autor.

8. O FUNCIONAMENTO DA MÁQUINA POLÍTICO-JURÍDICA

8.1. Uma teoria sobre o funcionamento do direito na obra de Giorgio Agamben não é somente uma possibilidade exegética do leitor, mas um tema central em sua pretensão de realizar uma filosofia do contemporâneo. Não se revela ocasional nesse sentido que, indagado em uma entrevista sobre a trajetória de pesquisa que o teria levado a identificar no estado de exceção o fenômeno jurídico maior da normatização da vida, Agamben tenha respondido que não lhe interessa questões como “o que é o direito” ou “o que é o Estado”, mas sim compreender o modo de funcionamento da máquina político-jurídica.³⁷⁹ Acontece que – como o próprio autor destaca em uma conferência posterior à publicação da obra *Estado de exceção*³⁸⁰ – tal teoria não pode ser um objetivo em si mesmo, senão que deve estar inscrita no contexto das tecnologias de governo. A razão pela qual o sistema jurídico funciona sob a égide do paradigma do estado de exceção é absolutamente inseparável da natureza e da estrutura do governo, abordada em profundidade em *O reino e a glória*.³⁸¹

A questão fundamental desenvolvida nessa obra – perante a qual o sistema jurídico cumpre uma função decisiva – consiste em entender os modos e os motivos pelos quais o poder foi

³⁷⁹ AGAMBEN, 2005c.

³⁸⁰ AGAMBEN, 2014d, p. 25.

³⁸¹ O estudioso da obra de Agamben terá compreendido que esta leitura nos obriga a inverter a ordem cronológica da exposição. Ao invés de acompanhar a trajetória de publicação da série e a ordenação fornecida pelo próprio autor, que orienta o *Estado de exceção* de 2003 como Homo sacer II.1 e *O Reino e a Glória* de 2007 como Homo sacer II.2, construiremos o nosso raciocínio pela apresentação do paradigma econômico para, somente então, compreendermos o funcionamento do direito na lógica do estado de exceção.

assumindo no ocidente a forma de uma *oikonomia*, isto é, de um governo dos homens. Para tanto, Agamben interroga os primeiros séculos da teologia cristã na busca por identificar um paradigma para o funcionamento e a articulação da máquina governamental.³⁸² Emergindo seu raciocínio dos detalhes do debate teológico sobre a tese trinitária, o filósofo italiano constata que os padres que elaboraram tal doutrina tinham que lidar com o problema da fratura entre Deus e sua ação sem resvalar em um politeísmo, isto é, como justificar a existêcia simultânea de Deus-Pai e seu Filho sem reintroduzir uma pluralidade de figuras divinas. A tese vitoriosa consistiu em colocar a substância e a práxis divinas em regimes distintos. Seguindo a tradição antiga para quem *oikonomia*³⁸³ significava a “administração da casa”, os teólogos entenderam que o governo do mundo pelo Filho não é fundado na natureza de Deus, separando de maneira radical o ser e o agir. O Filho – podemos dizer também, o *gestor* –, que assume para si a economia da salvação, é *anarchos*, sem

³⁸² AGAMBEN, 2011c, p. 9. Apesar de já termos explicado este aspecto da metodologia de Agamben, convém reforçar que em nenhum caso se trata de uma etiologia: “Situat o governo em seu *locus* teológico na *oikonomia* trinitária não significa tentar explicá-lo através de uma hierarquia das causas, como se à teologia coubesse necessariamente um papel genético mais originário; significa, ao contrário, mostrar de que maneira o dispositivo da *oikonomia* trinitária pode constituir um laboratório privilegiado para observar o funcionamento e a articulação – ao mesmo tempo interna e externa – da máquina governamental. E isso se deve ao fato de que nele os instrumentos – ou as polaridades – com que se articula a máquina aparecem, por assim dizer, em sua forma paradigmática”. (Idem) Ver, nesse sentido, AGAMBEN, 2005b.

³⁸³ “O que une essas relações ‘econômicas’ (cuja diversidade é sublinhada por Aristóteles) é um paradigma que poderíamos definir como ‘gerencial’, e não epistêmico; ou seja, trata-se de uma atividade que não está vinculada a um sistema de normas nem constitui uma ciência em sentido amplo [...], mas implica em decisões e disposições que enfrentam problemas sempre específicos, que dizem respeito à ordem funcional (*taxis*) das diferentes partes da *oikos*”. (AGAMBEN, 2011c, p. 31-32)

fundamento no Pai e nem princípio.³⁸⁴ Desse modo, “a oikonomia torna possível uma conciliação em que um Deus transcendente, ao mesmo tempo uno e trino, pode – continuando a ser transcendente – encarregar-se do cuidado do mundo e fundar uma práxis imanente de governo”.³⁸⁵

Com base nessa questão teológica, Agamben afirma sua tese de que a teologia cristã constitui o laboratório privilegiado de onde derivam dois paradigmas políticos antinômicos, porém funcionalmente conexos. Por um lado, a *teologia política*, de onde surge a ideia de um único Deus que fundamenta a transcendência do poder soberano e, por conseguinte, toda a filosofia política e teoria moderna da soberania. Por outro lado, a práxis da máquina governamental está orientada pelo paradigma da *teologia econômica*, de onde advém a ideia de uma *oikonomia*, concebida como uma ordem imanente tanto da vida divina quanto da vida humana, derivando o atual triunfo da economia e do governo sobre qualquer outro aspecto da vida social.³⁸⁶

Não por acaso, o paradigma político liberal em que estamos submetidos atua de maneira simétrica separando constantemente reino e governo, a potência do legislador e o aparato burocrático, sintetizado na máxima de que o rei reina, mas não governa.³⁸⁷ Agamben evidencia esse caráter duplo do poder ao evocar a seguinte imagem de Alexandre de Afrodisíás, um comentarista tardio de Aristóteles:

Alexandre equipara a atividade providencial dos deuses à atividade do dono de uma casa. O dono de uma casa não se ocupa diretamente de alimentar os camundongos, as formigas e os vermes que vivem nela. Porém, na medida em que

³⁸⁴ AGAMBEN, 2011c, p. 67/73.

³⁸⁵ AGAMBEN, 2011c, p. 65.

³⁸⁶ AGAMBEN, 2011c, p. 13/84/86-87.

³⁸⁷ AGAMBEN, 2011c, p. 88.

se ocupa de sua boa administração, contribui de maneira indireta e acidental para nutrir também esses animaizinhos. Assim, a providência geral de Deus funciona exatamente como no paradigma liberal, como se o plano geral de Deus tivesse consequências sobre os particulares.³⁸⁸

Isso não representa que os dois polos da máquina governamental possuam uma relação de subordinação, como se o governo fosse mais importante do que o seu fundamento metafísico-político ou vice-versa. Transcendência e imanência são articuladas conjuntamente em um único sistema. Desta forma, a despeito de não terem qualquer relação necessária entre si, a ordenação das coisas no mundo pelo governo nutre sempre uma relação com o fim divino expresso no reino. A separação e a articulação, o caráter uno e dual do poder, constituem uma condição necessária para o bom funcionamento da máquina governamental, de modo que a uma soberania impotente corresponde uma série infinita e caótica de atos.³⁸⁹

O fundamental é que ambos os polos apareçam como poderes hierarquicamente coordenados. A decisão soberana que determina os princípios gerais do ordenamento confia, posteriormente, sua administração e execução a um poder subordinado, mas autônomo. Se em determinado momento as decisões individuais e anárquicas emanadas por essa máquina

³⁸⁸ AGAMBEN, 2014d, p. 34. Ainda em comentário ao mesmo autor, Agamben afirma o que segue: “Não causa surpresa então que um autor árabe do século IX, Jabir ibn Hayyan, possa interpretar o pensamento de Alexandre sobre a providência em um sentido que faz dele uma espécie de paradigma original do liberalismo, como se o patrão, provendo aos seus interesses e as de sua casa, beneficiasse – não importa com que grau de consciência – também os bichinhos que nela se aninham”. (AGAMBEN, 2011c, p. 134-135)

³⁸⁹ AGAMBEN, 2011c, p. 95/102/118/130.

podem parecer incompreensíveis ou injustas, seu outro polo atua para lhe conferir inteligibilidade e justificação. Sendo assim, o reino legitima e funda o governo que, por sua vez, garante e torna eficaz a ordem estabelecida pelo primeiro.³⁹⁰

Apesar de não termos autorização para restringir o paradigma governamental ao aparato burocrático estatal, tendo em vista que este constitui um aspecto de uma totalidade problemática diante da qual devemos manter os olhos fixos, podemos localizar nessa primeira parte da investigação arqueológica de *O reino e a glória* uma releitura para os fundamentos do nosso objeto de estudo, o Estado de direito. A separação entre poder legislativo ou soberano e poder executivo ou governo no Estado moderno corporifica a dupla estrutura da máquina teológica do governo do mundo.³⁹¹ “*O poder tem assim a estrutura de um genere vices [fazer as vezes de], ou seja, em sua própria essência, vices, vicariedade. O termo vices nomeia a originária vicariedade do poder soberano ou, se preferirmos, seu caráter absolutamente insubstancial e ‘econômico’*”.³⁹² Por essa razão, Agamben chama atenção que o verdadeiro problema em nossa tradição política não é a soberania, mas o governo; não é Deus, mas o anjo; não é o rei, mas o ministro; não é o legislador e a lei, mas a polícia e seu estado de exceção.³⁹³

Decisivo aqui é que a *lei geral*, que legisla de modo universal, ao tempo em que deixa livres as criaturas sob o seu jugo, autoriza que os ministros – sob pretexto de executar minuciosamente os ditames do rei – sujeite de maneira implacável os indivíduos relutantes.³⁹⁴ Tal qual a providência divina, ou a “mão invisível”³⁹⁵ do Deus-Mercado, os efeitos colaterais advindos dos atos específicos são substanciais a todo ato de governo, de modo que os sujeitos devem acreditar que os

³⁹⁰ AGAMBEN, 2011c, p. 145-146.

³⁹¹ AGAMBEN, 2011c, p. 159.

³⁹² AGAMBEN, 2011c, p. 156.

³⁹³ AGAMBEN, 2014d, p. 38-39.

³⁹⁴ AGAMBEN, 2011c, p. 159.

³⁹⁵ AGAMBEN, 2011c, p. 301ss.

danos causados pelo destino estão de acordo com os planos da providência ou, como diriam de maneira ainda mais vulgar, que Deus escreve certo sobre linhas tortas. A estrutura vicária do Estado moderno garante dessa forma que a irracionalidade constitua uma razão e, como veremos, que sob o paradigma do estado de exceção, o caos possa ser gerido e controlado.

Como bem recorda Agamben, não foi senão um agente policial italiano que, após os motins de Gênova em julho de 2001, declarou expressamente que o governo não queria que a polícia mantivesse a ordem, mas sim que gerisse a desordem.³⁹⁶ Nesse caso, não cabe mais acreditar que o governo do mundo existe para evitar a anarquia, na medida em que *anarché*, sem fundamento, é o próprio governo dos homens. A *oikonomia* a que estamos submetidos é intimamente anárquica.

A anarquia é o que o governo deve pressupor e assumir para si como a origem de que provém e, ao mesmo tempo, como a meta para a qual continua se encaminhando. (Nesse sentido, Benjamin tinha razão quando escreve que nada é tão anárquico quanto a ordem burguesa; e a observação que Pasolini põe na boca de um dos hierarcas do filme *Salò*, “A única anarquia verdadeira é a do poder”, é perfeitamente séria).³⁹⁷

Em todo caso, não deixa de ser paradoxal que, a despeito de vivermos um momento histórico em que o poder parece se encarnar como nunca nas instituições criadas pelo homem, os desígnios do governo sejam incrivelmente inacessíveis ao seu suposto autor. Por mais que não devamos desprezar as possibilidades de participação política em nossas democracias

³⁹⁶ AGAMBEN, 2014f.

³⁹⁷ AGAMBEN, 2011c, p. 79.

liberais, sobretudo se comparadas com regimes autoritários ou totalitários, vale aqui a tese benjaminiana de que, segundo a tradição dos oprimidos, o estado de exceção é a regra geral.³⁹⁸ Tal qual o trabalhador diante da mercadoria,³⁹⁹ ou o consumidor perante o espetáculo,⁴⁰⁰ o cidadão se encontra frente ao governo imanente de um mundo que é e deve continuar sendo *estranho*.⁴⁰¹

8.2. Ao tempo em que se estrutura a partir do caráter vicário do poder, o Estado de direito procura se apresentar como desprovido de qualquer fratura. Não importa que partes crescentes da humanidade não sejam mais sequer representáveis dentro dos parâmetros do Estado-nação (como é o caso do *refugiado* que, para Agamben, deve ser considerado a figura central do nosso sistema político). A tese da insubstituibilidade do indivíduo singular prossegue atuando para garantir a sua universal representabilidade.⁴⁰² Desse modo, por mais estranho

³⁹⁸ “[...] E isso não tanto ou não apenas porque o poder não tem, hoje, outra forma de legitimação que não seja a emergência, e por todos os lugares e continuamente faz apelo a ela e, ao mesmo tempo, trabalha secretamente para produzi-la (como não pensar que um sistema que pode agora funcionar apenas na base de uma emergência não esteja do mesmo modo interessado em mantê-la a qualquer preço?), mas também e, sobretudo, porque, nesse ínterim, a vida nua, que era o fundamento oculto da soberania, tornou-se por toda parte a forma de vida dominante”. (AGAMBEN, 2015e, p. 16)

³⁹⁹ MARX, 2010, p. 24/79/86.

⁴⁰⁰ DEBORD, 1997, p. 29.

⁴⁰¹ AGAMBEN, 2011c, p. 157. “O governo divino do mundo é um governo que passa a ser estrangeiro ao mundo que governa, e o mundo governado permanece estrangeiro ao governo. Poder-se-ia dizer também que, na racionalidade governamental moderna, todo governo é estrangeiro em relação àquilo que deve governar. Eis aqui o paradigma da política estadunidense do governo do mundo. Um governo que tem que ser estrangeiro em relação com o que governa de forma absoluta”. (AGAMBEN, 2014d, p. 37) Sobre a guerra civil que o Estado brasileiro move contra o seu próprio povo, ver MENEGAT, 2012, p. 11ss.

⁴⁰² AGAMBEN, 2015e, p. 29. AGAMBEN, 2013a, p. 31.

que o poder seja de fato, a ficção jurídica em uma sociedade de espetáculo garante a *aparência* de que ele atua sempre *em nome do povo*.

Contra esse mitologema científico, Agamben questiona a própria raiz de nossa cultura política ao afirmar que não temos a mínima ideia do que seja um povo. Aquilo que a teoria política deve pressupor, mas sem poder explicar, o *factum pluralitatis* (o puro fato de que alguns homens formem uma comunidade) não possui qualquer realidade substancial. Os povos não passam, nesse sentido, de máscaras, mais ou menos bem sucedidas.⁴⁰³

Mesmo admitindo-se que essa ideia tenha algum dia tido um conteúdo real, para além do insípido catálogo de características elencadas pelas velhas antropologias filosóficas, ela foi de qualquer modo esvaziada de todo sentido pelo mesmo Estado moderno o qual se apresentava como seu guardião e sua expressão: apesar dos falatórios bem-intencionados, hoje, o povo não é senão o suporte vazio da identidade estatal e unicamente como tal é reconhecido. Para quem nutre ainda alguma dúvida sobre esse propósito, uma olhada no que está acontecendo ao nosso redor é, a partir desse ponto de vista, instrutiva: se os poderosos da terra se movem armados para defender um *Estado sem povo* (Kuwait), os *povos sem Estado* (curdos, armênios, palestinos, bascos, judeus da diáspora) podem, ao contrário, ser oprimidos e exterminados impunemente, para que fique claro que o destino de um povo só pode ser uma identidade estatal e que o conceito de

⁴⁰³ AGAMBEN, 2015e, p. 65-66/68.

povo apenas tem sentido se recodificado naquele de cidadania.⁴⁰⁴

A construção dessa identidade política depende do Estado soberano que, formulado com bases constitucionais em nossas democracias liberais contemporâneas, tem como ponto de sustentação máxima, implícita ou explicitamente, a ideia de *contrato social*. Mesmo que apenas em sentido lógico, a matriz liberal está apoiada na tese contratualista, pois sem a ideia de que indivíduos livres e iguais renunciam a parcela dos seus interesses com o propósito de constituir um pacto em torno de direitos e deveres recíprocos não é possível legitimar racional ou immanentemente a pretensão estatal de monopolizar o exercício legítimo da força física.⁴⁰⁵

Vejam os casos da teoria contratualista hobbesiana. Partindo da compreensão que no estado de natureza vigora uma guerra de todos contra todos, Hobbes argumenta que apenas a partir da renúncia que os homens fazem do seu direito natural a todas as coisas se dá a instituição de um poder civil capaz de obrigá-los ao cumprimento do contrato social.⁴⁰⁶ Costumamos dar pouca atenção nessa narrativa ao fato de que a violência que existia no estado de natureza persiste na figura do soberano, na medida em que, nas suas próprias palavras, “*a cidade conserva*

⁴⁰⁴ AGAMBEN, 2015e, p. 66-67.

⁴⁰⁵ Segundo Moyses Pinto Neto: “Mesmo os mais sofisticados sistemas filosóficos, como, por exemplo, a teoria da ação comunicativa e da democracia deliberativa de Jürgen Habermas, não deixam de precisar de um efeito contratual, apoiando no consenso, para se sustentar. Se esse contrato é *a priori* ou *a posteriori*, regulativo, hipotético, ideal, teleológico ou histórico, a rigor, importa pouco quando confrontada a matriz como um todo. O contrato é condição de possibilidade. E, no entanto, esse fundamento não consegue se sustentar na prática. Apoiar a política sobre a ideia de contrato social significa, em outros termos, basear-se em um fundamento pressuposto, porém jamais ocorrido na sua facticidade”. (PINTO NETO, 2014, p. 8)

⁴⁰⁶ HOBBS, 1988, p. 79/86. HOBBS, 1998, p. 33.

contra quem dissente seu direito primitivo, isto é, o direito de guerra que ela tem contra um inimigo".⁴⁰⁷ Ao conservar o seu *ius contra omnes*, é o próprio estado de natureza que sobrevive na pessoa do soberano, de modo que aquilo que acreditávamos ter represado através da instituição de uma constituição retorna em um limiar de indiferença entre violência e lei, natureza e cultura.⁴⁰⁸

Esse pequeno deslocamento permite que, indiretamente, Agamben proponha uma nova leitura de toda a teoria liberal do contrato social.⁴⁰⁹ Ao fundar a soberania no *homo homini lupus*, o lobo – ou, mais propriamente, o lobisomem – não deve ser lido como mera vida natural, mas sim como uma *zona de indistinção* entre humano e animal, homem que se transforma em lobo e lobo que se transforma em homem. É equivocado entender o estado de natureza como uma condição pré-jurídica que, após a instituição do pacto, abre espaço para uma sociedade civil que assegura direitos a todos os cidadãos; o estado de natureza é o limiar que constitui e habita a cidade, em que a cada instante é possível reduzir o homem a sua vida nua.⁴¹⁰

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

⁴⁰⁷ HOBBS, 1998, p. 102.

⁴⁰⁸ AGAMBEN, 2010a, p. 41-42.

⁴⁰⁹ “Sua proposta de arqueologia nada mais é do que exibição das raízes histórico-concretas sobre as quais se ergueram as democracias contemporâneas, em contraponto à tradição idealista que projeta o contrato social na fundação”. (PINTO NETO, 2014, p. 8)

⁴¹⁰ AGAMBEN, 2010a, p. 105-106.

Esta, por outro lado, refere-se *imediatamente* à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge, assim, como o elemento político originário, o *Urphänomenon* da política: mas esta vida não é simplesmente a vida natural reprodutiva, a *zoé* dos gregos, nem o *bíos*, uma forma de vida qualificada; é, sobretudo, a vida nua do *homo sacer* e do *wargus*, zona de indiferença e de trânsito contínuo entre o homem e a fera, a natureza e a cultura.⁴¹¹

A “vida nua” que a soberania, a um só tempo, pressupõe e constitui não deve ser confundida com a vida biológica ou natural. Ao contrário da segunda, que remete a vida humana (*zoé*) aos aspectos biológicos próprios do espaço privado, a vida nua é uma produção do poder político (assim como é preciso um julgamento para fazer do *homo sacer* uma vida matável e insacrável). E mais, esta vida não é simplesmente posta fora dos cálculos do poder, mas colocada exatamente em um limiar de indistinção em que sua vida não é nem natural, nem social. Desse modo, podemos entender que o que funda a violência soberana não é um pacto, mas a inclusão exclusiva da vida nua no aparato estatal.

Essa compreensão marca o caráter paradoxal de todo o discurso que busca concretizar os direitos humanos através do Estado. Hannah Arendt já denunciava o caráter dolorosamente irônico da “*discrepância entre os esforços de idealismo bem-intencionados, que persistiam teimosamente em considerar ‘inalienáveis’ os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum*”.⁴¹² Ao tempo em que os homens sem Estado estão completamente a mercê da polícia, a vida em um Estado de direito está reduzida a

⁴¹¹ AGAMBEN, 2010a, p. 108.

⁴¹² ARENDT, 2012, p. 383.

seus parâmetros biológicos, pois o reconhecimento de direitos fundamentais nas constituições coincide com a perda de toda a textura social que assegurava para as pessoas um lugar no mundo. Os direitos são escritos quando já não podem mais ser inscritos no seio dos valores compartilhados pela sociedade (o que, como veremos, não quer dizer que estejam desprovidos de qualquer significado). Não devemos nos surpreender nesse sentido que as tecnologias concebidas inicialmente para os criminosos estejam sendo estendidas às identidades políticas dos cidadãos, renunciando um nível inaudito de indeterminação entre o público e o privado próprio de um Estado de segurança em que a democracia e, mesmo a política, tornam-se impossíveis.⁴¹³

Se o fundamento do Estado moderno não deve ser buscado no pacto, mas sim naquela vida nua que foi *banida* (incluída na cidade sob a forma de sua exclusão), Agamben propõe que em vez de contrato social passemos a falar em *bando*. Ao invés de cândido acordo de vontades, a relação jurídica originária é uma relação de *abandono*, no qual aquele que foi posto em bando – no ato mesmo da *separação* – é entregue a mercê de quem o abandona, isto é, excluído e incluído, ao mesmo tempo, dispensado e capturado.⁴¹⁴

Quando pensarmos, historicamente, a situação jurídica dos povos originários na periferia do capitalismo ou, sobretudo hoje, de presidiários, miseráveis, pessoas em situação de rua, sem terra, índios, quilombolas, imigrantes, adolescentes, negros, mulheres e homossexuais pobres, etc. não devemos entender que eles estão simplesmente fora do contrato. Afinal, ninguém mais do que eles

⁴¹³ ARENDT, 2012, 397-388/399. “Pela primeira vez na história da humanidade, a identidade não é uma função da personalidade social e do seu reconhecimento pelos outros, mas antes uma função da informação biológica, com a qual não tem qualquer relação, como os arabescos das impressões digitais e a disposição dos genes na dupla hélice do DNA. O elemento mais neutro e privado torna-se no factor decisivo da identidade social, que irá portanto perder todo o seu carácter público”. (AGAMBEN, 2014f)

⁴¹⁴ AGAMBEN, 2010a, p. 109.

sente (literalmente, na pele) a força da lei.⁴¹⁵ Os *homines sacri* de nosso tempo estão, isso sim, *capturados fora*. A falta de aplicação dos seus direitos não indica uma falta do direito, mas um *Abandono*, a absoluta presença do direito na forma de sua suspensão.

Retomando uma sugestão de Jean-Luc Nancy, chamemos *bando* [...] a esta potência (no sentido próprio da *dýnamis* aristotélica, que é sempre também *dýnamis mè energeîn*, potência de não passar ao ato) da lei de manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando-se. A relação de exceção é uma relação de *bando*. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento [...]. *A relação originária da lei com a vida não é a aplicação, mas o Abandono*. A potência insuperável do *nómos*, *a sua originária “força de lei”*, é que ele mantém a vida em seu *bando* abandonando-a.⁴¹⁶

Desse modo, não é que os bandidos afrontam a lei ou que os abandonados são aqueles para quem as garantias legais ainda não chegaram. A radicalidade da tese agambeniana consiste em entender, pelo contrário, que *não existe Estado de direito sem o bandido*, ou, segmentando em duas assertivas: o bandido é o que o Estado deve pressupor para se constituir como tal e, ao mesmo

⁴¹⁵ PINTO NETO, 2010, p. 139.

⁴¹⁶ AGAMBEN, 2010a, p. 35.

tempo, é aquilo que só pode ser identificado por uma definição do Estado.

O Estado deve pressupor o bandido porque, não havendo qualquer identidade substancial que delimite o conceito de povo, apenas identificando o elemento excluído é possível estabelecer um critério de pertencimento ou, em outras palavras, somente pressupondo o fora é possível constituir o dentro. Para Agamben, o Estado não se funda no laço social, mas, exatamente na sua dissolução.⁴¹⁷ Somente é possível fundar a estatalidade enquanto o híbrido monstro entre humano e animal estiver presente no inconsciente coletivo.⁴¹⁸ Nesse caso, a tese de que *o homem é o lobo do homem* deve ser lida de maneira bastante literal: o homem é o animal ferino que, como tal (meio homem, meio animal), deve ser pressuposto para constituir a sociedade civil. Por essa razão, o medo ocupa a posição de afeto central na filosofia hobbesiana e, conseqüentemente, na vida que vivemos sob o jugo dos atuais Estados modernos.⁴¹⁹ A vida do banido – augusta e maldita – é o que alimenta o sentido de coesão social daqueles que acreditam viver sob a égide de uma suposta normalidade.

O bandido somente pode ser identificado por uma definição do Estado porque não existe um bandido em si. Um bando não é, como se pode imaginar, um grupo previamente quantificável e identificável. Analisando a questão do ponto de vista do direito penal, todo crime é na verdade uma criminalização (se no Alabama, por exemplo, carregar uma

⁴¹⁷ AGAMBEN, 2013a, p. 79.

⁴¹⁸ AGAMBEN, 2010a, p. 105.

⁴¹⁹ Sobre a temática do medo, Agamben afirma em uma entrevista que “[p]oca gente sabe que las leyes securitarias en vigor en Francia son dos veces más restrictivas que aquellas en vigor en la Italia fascista. Unos hombres que son mantenidos bajo la presión del miedo son preparados para aceptarlo todo y los políticos sin escrúpulos que gobiernan Europa sacan su provecho de esto. Esto también ya lo he dicho en diversas ocasiones, pero tengo la impresión de hablarle a sordos”. (AGAMBEN, 2015d)

casquinha de sorvete no bolso de trás é ilegal, no Brasil muitos assassinatos cometidos pela polícia nas favelas são meros “danos colaterais”). Além do mais, a própria tipificação jurídica é insuficiente para identificar de fato o criminoso, pois elementos “extralegais” (tais como, classe, raça e gênero do sujeito criminalizado) podem definir o que será encarado como crime. O mesmo ato de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel pode ser furto ou cleptomania, dependendo de quem o pratique.⁴²⁰

Desse modo, o Estado que pressupõe o *homo sacer*, deve para tanto constituí-lo como tal. O poder soberano estabelece uma relação jurídica somente pressupondo e estabelecendo aquilo que está fora de relação. Portanto, é essa estrutura da máquina jurídico-política que devemos ser capazes de identificar.⁴²¹

8.3. Ao entender que a estatalidade se constitui a partir da relação de bando, remontando o *arcanum imperium* para as bases mesmas de sua fundação, Agamben esvazia toda a expectativa de que a emancipação humana possa ser alcançada através do Estado. Por este prisma, não faz sentido colocar em cena as diferentes formas adquiridas pelo Estado ao longo da história (por mais que o filósofo italiano insista que tomar consciência da aporia constitutiva à modernidade não significa desvalorizar as conquistas e as dificuldades da democracia).⁴²² Na visão do autor,

⁴²⁰ “Diariamente, os cidadãos das classes A e B cometem infrações – dirigem embriagados, sonegam impostos – e não são vistos como bandidos. Isto se percebe nos jornais, na TV, nas conversas de corredor – e no debate sobre desarmamento. No começo do século, o bandido era o bicheiro e o malandro; depois, passou a ser o comunista subversivo. Hoje é o trombadinha e o traficante armado da favela. E amanhã? Quanto tempo levaremos para perceber que o bandido não passa de uma categoria móvel e volúvel pela qual o Direito, o bando soberano, se suspende excepcionalmente – só para se manter?” (NODARI, 2005?)

⁴²¹ AGAMBEN, 2010a, p. 26/110.

⁴²² AGAMBEN, 2010a, p. 17. Conforme explicamos anteriormente, a questão central para Agamben é outra: “[A]penas porque a vida

a especificidade do nosso tempo reside na tentativa desenfreada por fazer coincidir legalidade e legitimidade, de modo que a difusão generalizada da ilegalidade se deve ao fato das instituições terem perdido qualquer consciência de sua legitimidade.⁴²³ Vivemos um período em que, por toda parte, a *lei* – significando com este termo o inteiro texto da tradição no seu aspecto regulador – vigora como puro nada da revelação. Este estado de *vigência sem significado* não é senão a estrutura original da relação soberana própria do estado de exceção.⁴²⁴

Para formular essa compreensão do funcionamento do aparato estatal, o filósofo italiano elabora seu pensamento sobre o direito com base em uma leitura da teoria decisionista de Carl Schmitt.⁴²⁵ Na primeira linha de sua obra *Teologia política*, o jurista do nazismo alemão enuncia sua clássica afirmação

biológica, com suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato politicamente decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma, inexplicável, com a qual no nosso século [século XX] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados totalitários converter-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares. Em ambos os casos, estas reviravoltas produziam-se num contexto em que a política já havia se transformado, fazia tempo, em biopolítica, e no qual a aposta em jogo consistia então apenas em determinar qual forma de organização se revelaria mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. As distinções políticas tradicionais (como aquelas entre direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, privado e público) perdem sua clareza e sua inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação logo que o seu referente fundamental tenha se tornado a vida nua”. (Idem, p. 118-9)

⁴²³ AGAMBEN, 2013f.

⁴²⁴ AGAMBEN, 2010a, p. 57.

⁴²⁵ Questionado por Flávia Costa sobre inclusão de Carl Schmitt no marco de seu pensamento, Agamben fornece uma resposta que merece nota: “[...] O encontro com Carl Schmitt se deu, por outro lado, relativamente tarde, e teve um caráter totalmente distinto. Era evidente (creio que é evidente para qualquer um que não seja estúpido nem tenha má-fé, ou, como acontece freqüentemente, as duas coisas juntas) que, se queria trabalhar com o direito e sobre a política, era com ele que eu deveria medir-me”. (AGAMBEN, 2006, p. 132)

segunda a qual “[s]oberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”.⁴²⁶ Contra-pondo-se aos defensores do Estado de direito liberal – que a todo custo procuram reprimir o conceito de soberania –, Schmitt critica a tese normativista de que o caso excepcional possa ser subsumido a uma tipificação jurídica. Para ele, o soberano “*não só decide sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo. Ele se situa externamente à ordem legal vigente, mas mesmo assim pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da Constituição*”.⁴²⁷ Essa afirmação corresponde ao que Agamben denomina de *paradoxo da soberania*, assim formulado:

O paradoxo da soberania se enuncia: “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico”. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, desse modo, a validade do ordenamento, então “ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in toto* possa ser suspensa” (Schmitt). A especificação “ao mesmo tempo” não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também desse modo: “a lei está fora dela mesma”, ou então: “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei”.⁴²⁸

⁴²⁶ SCHMITT, 1996, p. 87.

⁴²⁷ SCHMITT, 1996, p. 88.

⁴²⁸ AGAMBEN, 2010a, p. 22. No livro de 2005, *A potência do pensamento*, Agamben radicaliza o próprio paradoxo: “E todo poder,

Para o filósofo italiano, apenas se conseguirmos extrair deste paradoxo todas as suas conseqüências poderemos entender em que medida a soberania assinala o *limite* do ordenamento jurídico, no duplo sentido de fim e de princípio.⁴²⁹ Vejamos então o que essa afirmação pode significar para o nosso estudo.

Como sabemos, não há Estado sem soberania e, tampouco, soberania sem um poder que *constitua* uma determinada ordem fática. Tal argumento está presente na perspectiva schmittiana⁴³⁰, mas poderia ser extraído até mesmo da teoria pura de Hans Kelsen, para quem a norma hipotética que constitui o último fundamento de validade do ordenamento jurídico é pressuposta em virtude da eficácia global duradoura do sistema.⁴³¹ Ocorre que, após a constituição da ordem, a estrutura escalonada das

seja ele democrático ou totalitário, tradicional ou revolucionário, entrou em uma crise de legitimidade, em que o estado de exceção, que era o fundamento oculto do sistema, emerge em plena luz. Se o paradoxo da soberania tinha a forma que se dizia na frase “Não existe um fora da Lei”, em nosso tempo, em que a exceção se tornou a regra, o paradoxo se inverte na forma perfeitamente simétrica: “Não existe um dentro da Lei”, tudo – até a Lei – está fora da Lei. E toda a humanidade, todo o planeta se tornam agora a exceção que a lei deve con-ter em seu bando. Vivemos hoje nesse paradoxo messiânico, e todo aspecto de nossa existência traz sua marca”. (AGAMBEN, 2015a, p. 234) Ver também, AGAMBEN, 2005a.

⁴²⁹ AGAMBEN, 2010a, p. 22.

⁴³⁰ “O caso excepcional só entra em sua forma absoluta quando, primeiro, é criada uma situação na qual as normas jurídicas possam ser validadas. Toda norma geral exige uma condição normal das relações de vida, nas quais ela tem que encontrar a sua; aplicação tipificada e submetê-la à sua regulamentação normativa. A norma precisa de um meio homogêneo. Essa normalidade efetiva não é só uma ‘pressuposição externa’ que pode ser ignorada pelo jurista; ela pertence à sua validade imanente. Não existe norma aplicável no caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido”. (SCHMITT, 1996, p. 92-93)

⁴³¹ KELSEN, 2006, p. 52-53.

normas jurídicas (em que as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas superiores) faz Kelsen pressupor que soberano é o próprio ordenamento jurídico, deslocando o problema da exceção para fora do direito. Por sua vez, o paradoxo da soberania, acima enunciado, desvela que a própria validade da lei pressupõe a existência de um soberano que possa suspender *legalmente* a sua validade (por isso, a locução dentro e fora da lei “ao mesmo tempo”).

A questão se torna mais compreensível se pensarmos no fato de que nossas constituições contemporâneas procuram regular a decretação do estado de sítio ou do estado de defesa, isto é, a lei pretende se antecipar às condições fáticas diante das quais ela própria pode ser suspensa. Entretanto, a despeito da existência ou não dessa previsão legal, somente o soberano pode verificar se as condições de fato para a normalidade ou para a exceção se realizam, fazendo com que a lei procure normatizar o sentido que será decidido *a posteriori* por um fora da lei. A conclusão, como resta óbvio, é que o *nómos* não consegue controlar seu próprio excesso constitutivo.

É crucial entender nesse ponto que a norma necessita estruturalmente da exceção, pois com a exceção soberana não se busca tanto controlar ou neutralizar o excesso, mas, antes de tudo, criar o próprio espaço no qual a ordem jurídica pode ter valor. A exterioridade que anima e dá sentido ao direito encontra, na decisão sobre a exceção, sua inscrição no corpo mesmo do *nómos*. Para ser aplicada, a lei necessita de uma “estruturação normal das relações de vida” que, por sua vez, só pode ser constituída pelo soberano.⁴³²

⁴³² AGAMBEN, 2010a, p. 25/32-33. “[A] norma pode referir-se ao caso particular somente porque, na exceção soberana, ela vigora como pura potência na suspensão de toda referência atual. E como a linguagem pressupõe o não linguístico como aquilo com o qual deve poder manter-se em relação virtual (na forma de uma langue, ou, mais precisamente, de um jogo gramatical, ou seja, de um discurso cuja denotação atual é mantida indefinidamente em suspenso), para poder depois denotá-lo no

Desse modo, se para Kelsen, a exceção corresponde à negação do direito – ausência de um ordenamento jurídico válido por inexistência de uma eficácia global que permita aos cientistas do direito identificar a norma fundamental pressuposta –, para Agamben, direito e exceção são faces de uma mesma moeda, na medida em que “*somente a decisão soberana sobre o estado de exceção abre o espaço no qual podem ser traçados confins entre o interno e o externo, e determinadas normas podem ser atribuídas a determinados territórios*”.⁴³³ Podemos simplificar em uma sentença dizendo que o *direito vive da exceção*.

Esta frase deve ser lida em um duplo sentido. O primeiro, mais óbvio e já parcialmente explicado, consiste em entendermos que o estado de exceção dá vida ao direito e, por conseguinte, pode também findá-lo. Ao construir um limiar em que fato e direito não se distinguem, a exceção legitima a violência exercida pelo soberano na construção da ordem fática necessária para a formação de uma nova ordem jurídica e, ao mesmo tempo, permite que o governo possa recorrer a esse dispositivo sempre que necessário para assegurar o controle dos corpos.

Quer dizer, todos sabem que o governo deve se submeter às leis promulgadas de acordo com o procedimento estabelecido constitucionalmente e com base na separação dos poderes. Entretanto, caso uma situação fática ameace o equilíbrio ou mesmo a existência do sistema, as normas legais não podem

discurso em ato, assim a lei pressupõe o não jurídico (por exemplo, a mera violência enquanto estado de natureza) como aquilo com o qual se mantém em relação potencial no estado de exceção. A exceção soberana (como zona de indiferença entre natureza e direito) é a pressuposição da referência jurídica na forma de sua suspensão. Em toda norma que comanda ou veta alguma coisa (por exemplo, na norma que veta o homicídio) está inscrita, como exceção pressuposta, a figura pura e insancionável do caso jurídico que, no caso normal, efetiva a sua transgressão (no exemplo, a morte de um homem não como violência natural, mas como violência soberana no estado de exceção”. (Idem, p. 27)

⁴³³ AGAMBEN, 2010a, p. 28.

constituir empecilho para a governabilidade, justificando a instauração de um estado de exceção. Não importa se o ordenamento jurídico formaliza ou não essa situação no direito positivo. No âmbito do que podemos denominar de “constituição material”, algo como um estado de exceção está sempre presente, pois a força e a razão da lei só existem para a salvação comum dos homens. Conforme já ensinava um adágio latino muito repetido, *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei), de onde se extrai dois sentidos opostos, “a necessidade não reconhece nenhuma lei” e a “necessidade cria sua própria lei”, tornando lícito o que é ilícito e ilícito o que é lícito.⁴³⁴

Ora, o problema dessa concepção diz respeito à própria natureza da necessidade, pois apenas com muita ingenuidade é possível acreditar que esta se apresenta como uma situação objetiva. Assim como a teoria do estado de necessidade pressupõe que a norma se adequa ao fato, dado que é impossível estabelecer previamente todas as hipóteses de aplicação da lei ao caso concreto, tampouco existe uma pura factualidade que diga quando estamos diante de uma real necessidade. Em última instância, somente um juízo subjetivo pode declarar a *necessidade* de suspensão das leis.⁴³⁵ Desse modo, a constituição do ordenamento jurídico pressupõe, para o seu princípio e para o seu fim, que um juízo subjetivo possa instaurar um limiar entre violência e direito.

Não devemos estranhar que sempre que a democracia contraria determinados interesses seja indispensável ao soberano fazer parecer necessário – em vista à salvação do povo – a suspensão da ordem jurídica com seus procedimentos e até mesmo com os seus direitos fundamentais. Atualmente, o discurso da crise funciona como um estado duradouro e permanente de legitimação da exceção, de tal modo que, ao invés de significar um momento decisivo que remete à necessidade de

⁴³⁴ NASCIMENTO, 2012, p. 148/149-150. AGAMBEN, 2004, p. 22-23/40-41.

⁴³⁵ AGAMBEN, 2004, p. 47,

juízo, a crise se estende infinitamente ao futuro. Decisões políticas e econômicas, que reduzem as garantias legais e submetem o espaço público às razões de segurança, são apresentadas como *necessidades* perante as quais os cidadãos não possuem qualquer possibilidade de decisão.⁴³⁶

Uma forma pela qual o poder confere ao estado de exceção uma disposição espacial permanente é através do campo de concentração. Em momentos como o nosso, em que a exceção torna-se verdadeiramente a regra, o estado de exceção deixa de ser uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação fictícia de perigo para adquirir uma posição estável fora do ordenamento normal. Por essa razão, argumenta Agamben, na criação do primeiro campo de concentração para prisioneiros políticos, o Estado nazista não apenas deixou este espaço fora das regras do direito penal e do direito carcerário, como procurou manter o máximo de indeterminação possível sobre o seu funcionamento, tornando-o absolutamente independente de todo o controle judiciário e de toda referência ao ordenamento jurídico normal. Trata-se aqui verdadeiramente de tornar absolutamente indistinguível direito e fato, de modo que qualquer questionamento sobre a legalidade é simplesmente desprovido de sentido. Como diria Hannah Arendt, em uma expressão em tudo fundamental, no domínio totalitário de um campo de concentração “tudo é possível”.⁴³⁷

É preciso refletir sobre o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, *capturado fora*, incluído através da sua

⁴³⁶ AGAMBEN, 2013c. AGAMBEN, 2014b.

⁴³⁷ AGAMBEN, 2010a, p. 164-166.

própria exclusão. Mas aquilo que, desse modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, “desejado”, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual norma torna-se indiscernível da exceção. O campo é, digamos, a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado *normalmente*.⁴³⁸

8.4. Não basta entendermos que o direito vivencia estruturalmente a sua possibilidade de suspensão. O sentido da locução acima enunciada, segundo a qual o *direito vive da exceção*, pretende destacar também que a exceção é o modo de funcionamento mesmo do direito. A exceção é, paradoxalmente, a regra de operação da máquina jurídica e não apenas aquilo que pode, eventualmente, interromper-lhe o sentido. Para verificarmos o acerto dessa interpretação, precisamos compreender o que é uma *exceção*. Em termos gramaticais, podemos compará-la com sua contra face simétrica, o *exemplo*. Segundo Agamben nos mostra, para ensinar suas regras, a gramática necessita exibir exemplos linguísticos. Para tanto, a palavra deve suspender seu uso normal. Contudo, exatamente através desse não funcionamento ela permite a formulação de uma regra. Se para explicar os performativos, o linguista usa como exemplo a locução “eu juro”, está claro que não se trata de um juramento real, de forma que o exemplo se exclui através da exibição de sua inclusão. A exceção, por sua vez, formula a regra através da suspensão de seu uso normal, mas para se incluir através de sua exclusão.⁴³⁹

⁴³⁸ AGAMBEN, 2010a, 165-166.

⁴³⁹ AGAMBEN, 2010c, p. 31-32.

Da mesma maneira, podemos entender que a exceção é constitutiva ao funcionamento da forma direito. Já tivemos a oportunidade de explicar que no estado de exceção opera-se uma suspensão da norma, ou seja, algo é excluído da sua aplicação. Entretanto, esse elemento excluído não é sem relação com a lei. Pelo contrário, a norma se aplica à exceção na forma mesma de sua desaplicação, isto é, retirando-se dela. A exceção não é, portanto, simplesmente uma exclusão, mas sim uma “exclusão inclusiva”, no sentido literal de exceção (*ex-ceptio*), uma “captura fora”.⁴⁴⁰ Ocorre que, mesmo dentro de uma suposta normalidade do Estado de direito, e esse aspecto é fundamental, o processo de aplicação da lei necessita, paradoxalmente, da sua própria suspensão.

Para Agamben, a aplicação da lei não é uma operação de mera subsunção lógica entre a norma e o caso concreto. Assim como o problema da relação entre linguagem e mundo, na relação entre a regra geral e o caso particular se impõe a passagem de uma proposição dotada de um referente puramente virtual à referência concreta de um segmento da realidade. Esse processo em nenhum caso pode ser lógico, pois implica um problema prático em que os sujeitos falantes devem realizar uma função enunciativa. No caso do direito, a referência à realidade é garantida pelos poderes institucionais, caso contrário não seria necessário o “imponente edifício do direito processual”. Em outras palavras, a aplicação de uma norma não está contida nela própria e tampouco pode ser deduzida dela. A pretensão do

⁴⁴⁰ AGAMBEN, 2016, p. 122. Uma consequência fundamental dessa característica do estado de exceção é que: “Quando a lei vige apenas na forma da sua suspensão, qualquer comportamento que, na situação normal, se apresenta como conforme a lei – por exemplo, passar tranquilamente pela rua – pode se revelar uma transgressão – por exemplo, durante o toque de recolher – e, vice-versa, a transgressão pode configurar-se como adimplemento. Nesse sentido, pode-se dizer que, no estado de exceção, a lei, enquanto coincide pura e simplesmente com a realidade, é absolutamente inexecutável, que a inexecutabilidade é a figura originária da norma”. (Idem, p. 123)

Estado de direito de impor o governo das leis deixa sempre *restos*.⁴⁴¹

Quando vamos estudar esse tema na teoria do direito encontramos o longo debate sobre a questão da lacuna jurídica. Para a maior parte dos estudiosos, diante da obrigação de decidir (proibição do *non liquet*), o jurista deve encontrar mecanismos de responder perante aquele caso concreto que não encontra definição prévia no ordenamento jurídico.⁴⁴² Levando o direito a sério na filosofia de Giorgio Agamben, a lacuna diz respeito não apenas à relação da lei com a realidade, mas a uma *fratura essencial* entre o estabelecimento da norma e sua aplicação. Para preservar a existência do ordenamento, o Estado necessita criar uma área onde essa aplicação é suspensa, mas, paradoxalmente, a lei permaneça em vigor.⁴⁴³ É claro que o desprezo pelo problema do excesso constitutivo ao direito pela teoria jurídica, ou sua tentativa de enquadrá-lo em critérios hermenêuticos, cumpre um papel fundamental para o bom funcionamento da máquina.

O exemplo limite, e por isso mesmo ilustrativo, dessa impossibilidade de aplicação lógica do direito é o caso da polícia. Apesar da opinião comum que vê nela uma mera função administrativa de execução do direito, é neste lugar que se põe a nu a indeterminação entre o direito e a violência. Diante da figura do policial, nem mesmo o mais piedoso dos cidadãos está inteiramente tranquilo, uma vez que se encontra exposto a um poder discricionário absolutamente emaranhado com a vida.⁴⁴⁴ Quem poderá dizer que, no efetivo exercício da força, o policial não está simplesmente aplicando a lei? E, ao mesmo tempo, quem não poderá dizer que ao aplicar a lei o policial suspendeu sua validade? Num ou noutro caso, não restará dúvidas que esse ato de violência se exerce em relação com o direito. A pura vigência do direito cria necessariamente uma zona de indistinção entre

⁴⁴¹ AGAMBEN, 2004, p. 62-63/58.

⁴⁴² AGAMBEN, 2004, p. 58.

⁴⁴³ AGAMBEN, 2004, p. 48-49.

⁴⁴⁴ AGAMBEN, 2015e, p. 97-98. NASCIMENTO, 2012, p. 132.

norma e fato. Desta maneira, a forma direito não deve ser identificada com as normas, mas sim com a constituição de uma tensão interna entre *nomos* e anomia.

Tudo acontece como se o direito e o *logos* tivessem necessidade de uma zona anômica (ou alógica) de suspensão para poder fundar sua referência ao mundo da vida. O direito parece não poder existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através do aprisionamento do não linguístico. Em ambos os casos, o conflito parece incidir sobre um espaço vazio: anomia, *vacum* jurídico de um lado e, de outro, ser puro, vazio de toda determinação e de todo predicado real. Para o direito, esse espaço vazio é o estado de exceção como dimensão constitutiva.⁴⁴⁵

A forma direito opera constitutivamente sob a forma da exceção. A única forma de aplicar a lei geral ao caso concreto é separar a norma de sua aplicação, isto é, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Toda decisão jurídica opera enquanto uma pura força de lei sem lei ou, nos termos agambenianos, como força de ~~lei~~. Toda lei se aplica desaplicando-se e, portanto, criando uma zona de anomia que torna possível a normatização efetiva do real.⁴⁴⁶ Sendo assim, ao contrário do que defendem os

⁴⁴⁵ AGAMBEN, 2004, p. 93.

⁴⁴⁶ Sobre o isolamento da força da lei em relação à lei, Agamben explica que o estado de exceção “define um ‘estado da lei’ em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua ‘força’. [...] O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita força de ~~lei~~). Tal força de ~~lei~~, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por

críticos liberais do direito, a verdadeira força da lei não reside no efetivo cumprimento da norma (a rigor, impossível), mas sim na possibilidade sempre latente de manifestação de seu excesso constitutivo. O soberano – ou, em determinados casos, o intérprete oficial do direito (aquele que atua vicariamente em nome da lei) – pode suspender o direito onde ele agia ou reativá-lo onde ele não estava mais em vigor.

Em virtude desse elemento subjetivo intrínseco ao modo mesmo de funcionamento do direito, Agamben propõe que o sistema jurídico no ocidente seja representado como uma estrutura formada por dois elementos heterogêneos, porém, conectados: *potestas* (poder) e *auctoritas* (autoridade). Não se trata aqui de remontar a origem desses termos, sendo suficiente para os nossos fins apontar que, tanto na história do direito privado quanto na do direito público, o *auctor* não possui um poder específico, mas sim atua para ratificar e tornar plenamente válidas as decisões tomadas por aqueles que detinham poder para tanto.⁴⁴⁷ Apesar de claramente distintos, esses dois polos somente podem funcionar conjuntamente, no caso, a *auctoritas* age como uma força que suspende a *potestas* onde ela agia, bem como a reativa onde ela não estava mais em vigor. Desse modo, a

meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia”. (AGAMBEN, 2004, p. 61)

⁴⁴⁷ No direito privado: “a *auctoritas* do tutor torna válido o ato do incapaz e a *auctoritas* do pai ‘autoriza’, isto é, torna válido o matrimônio do filho *in potestate*. De modo análogo o vendedor (em uma *mancipatio*) é obrigado a assistir o comprador para validar seu título de propriedade durante um processo de reivindicação que o oponha a um terceiro”. No direito público: “a *auctoritas* não tem nada a ver com a *potestas* ou com o *imperium* dos magistrados ou do povo. O senador não é um magistrado e, em seus ‘conselhos’, quase nunca se encontra o emprego do verbo *iubere*, que traduz as decisões dos comícios populares. Uma mesma fórmula (*auctor fio*) designa tanto a ação do tutor que homologa o ato do menor quanto a ratificação senatorial das decisões populares”. (AGAMBEN, 2004, p. 117-118/120)

autoridade suspende ou reativa as normas jurídicas, mas ela própria não tem vigência formal como direito.⁴⁴⁸

Em síntese, mesmo os sistemas jurídicos contemporâneos carregam estruturalmente um elemento normativo e jurídico em sentido estrito, a *potestas*, e um elemento anômico e metajurídico, a *auctoritas*. A questão fundamental nesse ponto consiste em entender de onde vem a força desse “autor”. De acordo com as investigações arqueológicas de Agamben, a possibilidade de reativar a *potestas* não é um poder jurídico recebido do povo, mas decorre imediatamente da *condição pessoal dos patres*. Quer dizer, a autoridade que confere legitimidade ao poder está ligada essencialmente às características da pessoa que tem a força de interromper o funcionamento aparentemente normal da vida política.⁴⁴⁹ Podemos afirmar, nesse sentido, que a ideia de que o aparato burocrático do Estado de direito se baseia em uma racionalização do poder busca esconder esta vinculação entre o exercício legítimo da violência e aquilo que Weber denominou de “carisma”, enquanto poder original e pessoal de um chefe.⁴⁵⁰

Portanto, não se trata apenas de que o direito incide sobre a vida em sua miríade de decisões coercitivas. Ele emana diretamente dela. Por essa razão, Agamben se permite concluir que, assim como uma língua só se torna plenamente

⁴⁴⁸ AGAMBEN, 2004, p. 117-122.

⁴⁴⁹ Um exemplo deste argumento pode ser localizado nos recentes fenômenos totalitários na Alemanha e na Itália: “Para compreender fenômenos modernos como o *Duce* fascista e o *Führer* nazista, é importante não esquecer sua continuidade com o princípio da *auctoritas principis*. Como já observamos, nem o *Duce* nem o *Führer* representam magistraturas ou cargos públicos constitucionalmente definidos – ainda que Mussolini e Hitler estivessem investidos, respectivamente, do cargo de chefe de governo e do cargo de chanceler do Reich, como Augusto estava investido do *imperium consolare* o da *potestas tribunicia*. As qualidades de *Duce* e de *Führer* estão ligadas diretamente à pessoa física e pertencem à tradição biopolítica da *auctoritas* e não à tradição jurídica da *potestas*”. (AGAMBEN, 2004, p. 127)

⁴⁵⁰ AGAMBEN, 2004, p. 122-128.

compreensível em relação com seu povo (e vice-versa), o direito e a vida possuem uma implicação estreita e recíproca. A aplicação da norma ao caso normal e sua suspensão podem ocorrer sem anular inteiramente a ordem jurídica porque, sob a forma da *auctoritas*, ela se refere imediatamente à vida e dela deriva.⁴⁵¹

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*. [...] 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*. Ele 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.⁴⁵²

Diante deste aspecto estrutural da máquina jurídico-política, é possível apontar sua especificidade em nosso tempo. Segundo o autor italiano, enquanto a *auctoritas* e *potestas* estiveram ligados, mas conceitualmente distintos, a frágil morada do direito ainda podia funcionar de algum modo. Na Roma republicana, essa separação conceitual se manifestava na contraposição entre senado e povo e, na Europa medieval, na relação entre poder espiritual e poder temporal. O problema na modernidade foi ter feito coincidir, em uma só pessoa, autoridade

⁴⁵¹ AGAMBEN, 2004, p. 129-130.

⁴⁵² AGAMBEN, 2004, p. 130.

e poder, permitindo que o estado de exceção (que articula os dois polos da máquina) se tornasse a regra. Sem deter mais consciência de sua perda de legitimidade, o sistema jurídico-político não se sente mais constringido ao funcionar com base em critérios econômicos, apagando a relação entre a vida e sua forma.⁴⁵³

Esse argumento evidencia um cenário em que o direito perde qualquer noção de limite. Apesar de não termos razões para nutrir qualquer tipo de nostalgia do império da autoridade, as relações humanas instituidoras da *auctoritas* asseguravam uma restrição à *potestas* do direito.⁴⁵⁴ No momento em que Estado de direito – que pretende limitar o poder através de seus vínculos formais –, concentra em si ambos os elementos (*auctoritas* e *potestas*), a legalidade se confunde com a própria legitimidade, permitindo que qualquer aspecto da vida humana possa ser submetido aos desígnios do direito.⁴⁵⁵ Não por acaso, temos vivido um processo intenso de juridificação dos conflitos sociais, em que mesmo questões que há bem pouco diziam respeito ao sentimento individual de cada um passam a ser consideradas valores jurídicos a serem tutelados pelo Estado.⁴⁵⁶ Ao deter o

⁴⁵³ AGAMBEN, 2004, p. 130-131. AGAMBEN, 2013f.

⁴⁵⁴ Agamben critica o apelo de Hannah Arendt ao conceito de autoridade, aproximando-a de Carl Schmitt. (AGAMBEN, 2004, p. 115-116)

⁴⁵⁵ Agamben evoca uma imagem bastante interessante sobre essa questão: “A esfera jurídica não pára de expandir-se: eles fazem leis sobre tudo, em domínios onde isto teria sido inconcebível. Esta proliferação de lei é perigosa: nas nossas sociedades democráticas, não há nada que não é regulamentado. Juristas árabes me ensinaram algo que eu gostei muito. Eles representam a lei como uma espécie de árvore, em que em um extremo está o que é proibido e, no outro, o que é obrigatório. Para eles, o papel do jurista situa-se entre estes dois extremos: ou seja, abordando tudo o que se pode fazer sem sanção jurídica. Esta zona de liberdade nunca para de estreitar-se, enquanto que deveria ser expandida”. (AGAMBEN, 2014c)

⁴⁵⁶ Realizamos uma análise empírica ilustrativa dessa inflação do direito em PHILIPPI; LEITÃO, 2017, p. 306ss.

poder irrestrito de conceder valor jurídico a quaisquer bens e condutas, o direito revela por óbvio sua possibilidade sempre latente, e tantas vezes manifesta, de desvalorizar a vida humana que se propõe avidamente a tutelar, decidindo até mesmo sobre o ponto em que a vida cessa de ser politicamente relevante, isto é, sobre quem pode ser *legitimamente* eliminado.⁴⁵⁷

Diante de tudo que foi dito, podemos, finalmente, retornar ao ponto do qual partimos na explicação do funcionamento da máquina político-jurídica e explicar por que na atual *oikonomia* o sistema jurídico funciona sob o paradigma do estado de exceção. Em uma ditadura, por exemplo, a concentração excessiva de poder no executivo consiste em um problema relacionado exclusivamente à *potestas*, de modo que o Estado garante uma ordem social eficaz, mas não possui legitimidade para tanto. No estado de exceção, por sua vez, a indiscernibilidade entre *auctoritas* e *potestas* faz com que a suspensão (total ou pontual) das normas jurídicas não seja considerada anti-jurídica e, portanto, que a violência estatal reivindique *consentimento* naqueles que deveriam resistir a esse estado de barbárie.⁴⁵⁸

Em outras palavras, o paradigma do estado de exceção é uma forma mais eficaz de gerenciar o povo que não pode ser integrado ao corpo político do qual faz parte. As massas marginalizadas permanentemente pelo sistema capitalista podem ser controladas ou, mesmo, eliminadas sem que esta força apareça como um rompimento do funcionamento normal de nossas democracias liberais. A decretação formal do estado de exceção

⁴⁵⁷ NASCIMENTO, 2012, p. 177. Sobre a ausência de limites do direito, Walter Augusto explica que “o Direito para existir deve fundar seu âmbito. A questão: qual o limite do seu âmbito? Tem uma resposta nada simplória e inconsequente: não há limites. O tipo “se-então” é um par que cria e indica movimento entre interno e externo, porém, isento de conteúdo, donde qualquer fato da vida pode ser capturado e lhe ser dado uma consequência jurídica. É esta estrutura pressuponente do Direito que o faz ser um objeto tão privilegiado da biopolítica, com proximidade da esfera da linguagem”. (AUGUSTO, 2014, p. 21)

⁴⁵⁸ CHEROBIN, 2013, p. 141.

passa então a ser progressivamente substituída por uma generalização do paradigma da segurança como técnica normal de governo. Desse modo, ao invés de uma rígida aplicação hierárquica das leis (que, como dito, sempre deixa restos), o estado de exceção permite ainda mais: que a decisão jurídica faça “uso da economia”.⁴⁵⁹ Por isso, Agamben afirma que “[o]s paradigmas do governo e do estado de exceção coincidem na ideia de uma oikonomia, de uma práxis gerencial que governa o curso das coisas, adaptando-se a cada vez, em seu intento salvífico, à natureza da situação concreta com que deve medir forças”.⁴⁶⁰

Nos marcos da teoria biopolítica de Giorgio Agamben, defender a ação política dentro da forma direito consiste em insistir na relação de bando que estrutura a própria estatalidade. Por essa razão, o filósofo italiano volta sua radicalidade contra a própria tradição política moderna que, a partir da revolução francesa, concebeu as mudanças profundas da sociedade com a forma de um processo revolucionário que age enquanto *pouvoir constituant*. A seu ver, mesmo que a violência que ponha o direito seja mais nobre do que aquela que o conserva, a constituição soberana de uma nova ordem institucional significa um retorno ao paradoxo que torna indiscernível violência e direito, natureza e linguagem. Entendendo que verdadeiramente política é apenas a ação que corta o vínculo entre direito e violência, sua obra sugere o pensamento de uma “potência destituínte” que não possa ser capturada pelo governo.⁴⁶¹

9. POTÊNCIA EM COMUM E FORMA-DE-VIDA

9.1. Não existe uma separação substancial entre a *pars destruens* [parte destrutiva] e a *pars construens* [parte

⁴⁵⁹ AGAMBEN, 2004, p. 27-28. AGAMBEN, 2011c, p. 63.

⁴⁶⁰ AGAMBEN, 2011c, p. 64.

⁴⁶¹ AGAMBEN, 2014f. AGAMBEN, 2015e, p. 104. AGAMBEN, 2010a, p. 47. AGAMBEN, 2004, p. 133.

construtiva] do pensamento de Giorgio Agamben. De acordo com o filósofo italiano, elas coincidem em todos os pontos sem resíduos, de modo que “[u]ma teoria que, na medida do possível, limpou o terreno dos erros, com isso esgotou sua razão de ser e não pode ter a pretensão de subsistir enquanto separada da prática”.⁴⁶² Isso não significa que uma adequada compreensão de sua crítica ao contemporâneo substitua uma análise específica das pistas e indicações deixadas ao longo das diferentes fases de sua investigação. Na verdade, essa segunda tarefa, que ora nos propomos a realizar, se revela ainda mais complexa, pois a parte destrutiva pressupõe a superação das categorias com as quais estamos acostumados a pensar a nossa ação política diante da realidade (tais como soberania, direito, povo, democracia, vontade geral, etc).⁴⁶³ Por essa razão, não devemos esperar de sua obra uma indicação precisa sobre *o que* fazer ou sobre *como* usar o direito para os fins da emancipação humana. Trata-se de pensar uma forma de vida em comum que não reduza o homem à sua mera existência biológica.⁴⁶⁴

Para compreendermos como a política ocidental pode superar esta fratura biopolítica, precisamos retomar, mais uma vez, a perspectiva antropológica do autor. No ensaio *O que é um dispositivo*, Agamben reflete sobre o processo de subjetivação humana. Compartilhando com Foucault a perspectiva de que a subjetividade não se constitui independente das instituições e de suas relações de poder, o filósofo italiano argumenta que estamos cercados de dispositivos, os quais consistem em “*um conjunto de práxis, de saberes, de medidas, de instituições cujo objetivo é*

⁴⁶² AGAMBEN, 2017c, p. 9.

⁴⁶³ AGAMBEN, 2015e, p. 101-102.

⁴⁶⁴ Propomos que a leitura dos conceitos trazidos nesse momento deve seguir a sugestão deixada por August Blanqui em *Sobre a revolução*: “Até o instante da morte e do renascimento, as doutrinas, bases da sociedade futura, permanecem no estado de vagas aspirações, vislumbres longínquos e vaporosos. / São como uma silhueta indecisa e flutuante no horizonte cujo contorno os esforços da vida humana não podem deter nem apreender”. (BLANQUI, 2016, p. 5.)

gerir, governar, controlar e orientar, num sentido que se supõe útil, os gestos e os pensamentos dos homens”.⁴⁶⁵ De acordo com a sua terminologia, podemos dividir o existente em dois grandes grupos: por um lado, os seres vivos e, de outro, os dispositivos em que eles são incessantemente capturados.⁴⁶⁶ Entre esses dois, como terceiro, existem os *sujeitos*, isto é, o que resulta da relação, do corpo a corpo entre os vivos e os dispositivos.⁴⁶⁷

É óbvio que, se o processo de constituição da subjetividade humana passa inicialmente por um assujeitamento realizado pelos dispositivos, eles sempre existiram na história do *homo sapiens*.⁴⁶⁸ O problema da atual fase da sociedade de espetáculo pode ser dividido em dois. De um lado, estamos diante de uma proliferação indiscriminada de dispositivos, de modo que não existe um só instante de nossas vidas que não esteja modelado e controlado. Por outro, os atuais dispositivos não agem mais tanto pela produção de um sujeito quanto por mecanismos de dessubjetivação.⁴⁶⁹ Acontece que, agora, os processos de subjetivação e de dessubjetivação tornam-se reciprocamente

⁴⁶⁵ AGAMBEN, 2014e, p. 37.

⁴⁶⁶ AGAMBEN, 2014e, p. 39. Adiante no raciocínio, Agamben generaliza ainda mais seu conceito e diz: “[C]hamarei literalmente de dispositivo qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos. Não somente, portanto, as prisões, os manicômios, as disciplinas, as medidas jurídicas etc., cuja conexão com o poder é num certo sentido evidente, mas também a caneta, a escritura, a literatura, a filosofia, a agricultura, o cigarro, a navegação, os computadores, os telefones celulares e – por que não – a própria linguagem, que talvez é o mais antigo dos dispositivos, em que há milhares e milhares de anos um primata – provavelmente sem se dar conta das consequências que se seguiriam – teve a inconsciência de se deixar capturar”. (Idem, p. 39-40)

⁴⁶⁷ AGAMBEN, 2014e, p. 40.

⁴⁶⁸ Para um debate ampliado sobre o problema do sujeito no autor, ver AGAMBEN, 2008, p. 93ss.

⁴⁶⁹ AGAMBEN, 2014e, p. 41. AGAMBEN, 2012b, p. 3.

indiferentes, inviabilizando a recomposição de um novo sujeito, a não ser de forma “espectral” e “larvar”.⁴⁷⁰

Essa mutação no processo mesmo de subjetivação humana acarreta severas implicações na nossa ação política, pois as instituições modernas pressupõem para seu funcionamento sujeitos e identidades reais, tais como o *movimento operário*, a *burguesia*, etc. No momento em que os dispositivos espetaculares submetem os viventes ao império da passividade, a política se reduz ao triunfo da *oikonomia* e à pura atividade de governo que visa tão somente à sua própria reprodução.⁴⁷¹ Com base nessa percepção, Agamben procura apontar o giro em falso mesmo de nossas categorias políticas mais elementares:

Direita e esquerda, que se alternam hoje na gestão do poder, têm por isso bem pouco o que fazer com o contexto político do qual os termos provêm e nomeiam simplesmente os dois polos – aquele que aposta sem escrúpulos na dessubjetivação e aquele que gostaria, ao contrário, de recobri-la com a máscara hipócrita do bom cidadão democrático – de uma mesma máquina governamental.⁴⁷²

De um ponto de vista da estratégia política, esse argumento aponta para um óbice nas possibilidades de luta pela emancipação humana através do Estado de direito, na medida em que os sujeitos políticos que poderiam articular suas reivindicações por meio das formas jurídicas estão capturados por dispositivos que lhes prometem, a cada dia com maior intensidade, a possibilidade de gozar sem limites. Estamos diante do corpo social mais dócil e frágil jamais constituído na história

⁴⁷⁰ AGAMBEN, 2014e, p. 48.

⁴⁷¹ AGAMBEN, 2014e, p. 49. DEBORD, 1997, p. 17.

⁴⁷² AGAMBEN, 2014e, p. 49.

da humanidade, de tal modo que mesmo nossos gestos mais íntimos e cotidianos, mesmos nossos desejos e aspirações, são comandados nos mínimos detalhes pelos dispositivos de governo.⁴⁷³ Contra este poder inaudito não cabe pensar apenas nos termos da luta pelo direito, pois são as próprias possibilidades de operacionalização deste instrumento que estão obliteradas neste mundo ultraliberal. Trata-se, como antecipado, de construir *estratégias* que possam desativar esses dispositivos, restituindo o que foi capturado a um possível uso comum.⁴⁷⁴

Para tanto, Agamben parte da crítica à visão simplista que defende de maneira bem intencionada a possibilidade de fazermos um “uso correto” dos dispositivos ou, no caso da forma direito, que possamos “retornar” a um estado de legalidade. A ação política deve estar à altura dos nossos dilemas, pois não é mais um problema de combater apenas o poder repressivo do aparato estatal ou de integrar a vontade popular nos mecanismos institucionais, mas de superar essa máquina espetacular que pretende dispor sobre os nossos gestos (perante a qual o Estado de direito constitui uma de suas engrenagens). No extremo inverso, tampouco é uma questão de defender o que Benjamin chamaria de “anarquismo francamente infantil”, pois, como explicamos anteriormente, o paradigma governamental já é realmente sempre anárquico. O filósofo italiano pensa, sim, na possibilidade de constituirmos um *Ingovernável* – algo que nunca possa assumir a forma de uma *oikonomia*.⁴⁷⁵ A seu ver,

⁴⁷³ AGAMBEN, 2014e, p. 50.

⁴⁷⁴ É significativo recordar que, em mais de uma passagem de sua vasta obra, Agamben faz menção à expressão de Guy Debord que em certa ocasião lhe disse: “não sou um filósofo, sou um estrategista”. (AGAMBEN, 2007d) A nosso ver, é neste estatuto que a teoria de Agamben deve, em última análise, ser colocada.

⁴⁷⁵ AGAMBEN, 2014e, p. 44. AGAMBEN, 2004, p. 131. HONESKO, 2009, p. 82-83. BENJAMIN, 2011, p. 132. AGAMBEN, 2011c, p. 79. AGAMBEN, 2013a, p. 14.

um verdadeiro confronto com os dispositivos [...] será possível somente quando penetrarmos nos processos de subjetivação, que naqueles estão implicados, de um modo mais articulado e mais profundo. Isso, porque creio que o êxito dos conflitos dependerá exatamente disso: da capacidade de intervir e agir sobre os processos de subjetivação, justamente para atingir o ponto que eu chamaria de “ingovernabilidade”. O ingovernável sobre o qual pode fracassar o poder na sua figura de governo; e este ingovernável é também para mim o início e o ponto de fuga de toda política.⁴⁷⁶

A intervenção nesses processos de subjetivação exige, por sua vez, a superação da *religião*, que sobrevive em nosso tempo sob a forma do capitalismo.⁴⁷⁷ Em sua análise etimológica, o filósofo italiano critica a tradição insípida e inexata que vincula *religio* com *religare* (o que liga e une o humano e o divino). Para ele, a origem correta do termo está em *relegere*: “*a atitude de escrúpulo e de atenção que deve caracterizar as relações com os deuses, a inquieta hesitação (o ‘reler’) perante as formas – e as fórmulas – que se devem observar a fim de respeitar a separação entre o sagrado e o profano*”.⁴⁷⁸ Nesse caso, a religião designa não o que une homens e deuses, mas exatamente aquilo que faz com que sejam distantes, com que se opere uma separação entre as coisas e o livre uso dos homens. Diante desse ponto de vista, o capitalismo pode ser lido como uma tendência que leva ao

⁴⁷⁶ AGAMBEN, 2012b, p. 4.

⁴⁷⁷ Para uma análise da estratégia de crítica à modernidade com base na imbricação teológico-política de nossas práticas sociais, ver SAFATLE, 2010.

⁴⁷⁸ AGAMBEN, 2007e, p. 66.

extremo a estrutura mesmo da separação que define a religião.⁴⁷⁹ Isto é, enquanto anteriormente o sacrifício marcava a passagem do profano para o sagrado, agora estamos diante de um processo único, multiforme e incessante de separação, que investe toda coisa, lugar ou atividade humana.⁴⁸⁰

Desde Marx já havíamos aprendido que, no capitalismo, a mercadoria está cindida entre o valor de uso e o valor de troca, isto é, entre a sua utilidade concreta na satisfação das necessidades humanas e o seu caráter suprassensível que reflete aos homens a relação social dos produtores com o trabalho.⁴⁸¹ Na atual sociedade do espetáculo, esta inapreensibilidade do fetiche da mercadoria contagia tudo que é feito, produzido e vivido, a tal ponto que até mesmo o corpo humano, a sexualidade e a linguagem acabam sendo divididos e deslocados para uma esfera separada, a esfera do consumo e do espetáculo. O que resvala desse processo fantasmagórico é uma impossibilidade de uso das

⁴⁷⁹ AGAMBEN, 2007e, p. 66/71. Sobre a tese de Walter Benjamin do capitalismo como religião, Agamben afirma que “como religião da modernidade, ele [o capitalismo] é definido por três características: 1. É uma religião cultural, talvez a mais extrema e absoluta que jamais tenha existido. Tudo nela tem significado unicamente com referência ao cumprimento de um culto, e não com respeito a um dogma ou a uma ideia. 2. Esse culto é permanente; é ‘a celebração de um culto *sans trêve et sans merci*’. Nesse caso, não é possível distinguir entre dias de festa e dias de trabalho, mas há um único e ininterrupto dia de festa, em que o trabalho coincide com a celebração do culto. 3. O culto capitalista não está voltado para a redenção ou para a expiação de uma culpa, mas para a própria culpa”. (Idem, p. 70)

⁴⁸⁰ AGAMBEN, 2007e, p. 71.

⁴⁸¹ MARX, 2013, p. 146-147. O fato de se apropriar da terminologia marxiana (sugerida, ademais, por Guy Debord) não indica que a crítica ao capitalismo de Agamben coincida integralmente com a de Marx. Segundo o filósofo italiano: “O limite da crítica de Marx reside no fato de que ele não consegue superar a ideologia utilitarista, segundo a qual o gozo do valor de uso é a relação originária e natural do homem com os objetos, escapando-lhe por conseguinte a possibilidade de uma relação com as coisas que vá além tanto do gozo do valor de uso, quando daquele da acumulação do valor de troca”. (AGAMBEN, 2007b, p. 83)

coisas. Um caso representativo dessa situação problemática pode ser visualizado no museu. Mais do que um espaço físico determinado, o museu designa atualmente uma dimensão em que todas as potências espirituais que definiam a vida dos homens (a arte, a religião, a filosofia, a política) deixam de ser percebidas como verdadeiras e decisivas. Ao invés de fazer experiência, de habitar ou, em uma palavra, de *usar* essas coisas, os fiéis da religião capitalista vivem um mundo que lhes é inteiramente estranho.⁴⁸²

Para fazer frente a essa separação entre os sujeitos políticos e o poder que nos governa, Agamben propõe o resgate do conceito de *profanação*. Não se trata de mera secularização que, a seu ver, é uma forma de remoção que mantém intactas as forças, apenas deslocando-as de um lugar para outro.⁴⁸³ Profanar designa o oposto de con-sagrar. Enquanto *sacrare* era o termo utilizado para expressar a saída das coisas da esfera do direito humano para passarem ao pertencimento dos deuses, profanar significava restituí-las ao livre uso dos homens. O decisivo aqui é que o *uso* que se faz não surge como algo natural, mas, antes, só se tem acesso a ele através da profanação de um bem que outrora havia sido consagrado.⁴⁸⁴ Um exemplo dessa ideia pode ser obtido através do jogo:

[O] jogo libera e desvia a humanidade da esfera do sagrado, mas sem a abolir simplesmente. O uso a que o sagrado é devolvido é um uso especial, que não coincide com o consumo utilitarista. Assim a “profanação” do jogo não tem a ver apenas com a esfera religiosa. As crianças, que brincam com qualquer bugiganga que lhes caia nas mãos, transformam em brinquedo também o que

⁴⁸² AGAMBEN, 2007e, p. 71/73.

⁴⁸³ AGAMBEN, 2007e, p. 68. Sobre o conceito de secularização, ver PICH, 2009, p. 42ss.

⁴⁸⁴ AGAMBEN, 2007e, p. 65.

pertence à esfera da economia, da guerra, do direito e das outras atividades que estamos acostumados a considerar sérias. Um automóvel, uma arma de fogo, um contrato jurídico transformam-se improvisadamente em brinquedos. É comum, tanto nesses casos como na profanação do sagrado, a passagem de uma *religio*, que já é percebida como falsa ou opressora, para a negligência como *vera religio*.⁴⁸⁵

Quer dizer, a operação política de profanar não busca cancelar a separação a que a coisa estava exposta para encontrar um uso “natural”, não contaminado. Ao invés de ignorar a separação, a *desativação* – realizada pela profanação – procura fazer dela um uso novo e possível.⁴⁸⁶ Por isso, insiste nosso autor, a almejada construção de uma sociedade sem classes não é uma sociedade que perdeu toda a memória das diferenças de classe, mas uma coletividade que soube desativar seus dispositivos, abrindo-os para usos que não estavam previamente estabelecidos na relação instituída entre meios e fins.⁴⁸⁷ Em outras palavras, a estratégia de Agamben para superação da religião capitalista consiste em evocar nos sujeitos políticos suas potencialidades de desativar as práticas naturalizadas que nos impedem de constituir experiências com as coisas.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ AGAMBEN, 2007e, p. 67.

⁴⁸⁶ AGAMBEN, 2007e, p. 74. E continua: “A atividade que daí resulta torna-se dessa forma um puro meio, ou seja, uma prática que, embora conserve tenazmente a sua natureza de meio, se emancipou de sua relação com uma finalidade, esqueceu alegremente o seu objetivo, podendo agora exibir-se como tal, como meio sem fim. Assim, a criação se um novo uso só é possível ao homem se ele desativar o velho uso, tornando-o inoperante”. (Idem, p. 74-75)

⁴⁸⁷ AGAMBEN, 2007e, p. 75.

⁴⁸⁸ O problema dessa ação política é que a atual fase do capitalismo busca capturar os meios puros, isto é, os próprios comportamentos

Em tempos de ultraliberalismo, a ideia de um confronto com o governo com base em processos subjetivos pode ser facilmente confundida com práticas individuais. Nada seria mais equivocado. Agamben reforça em diferentes momentos de sua obra que um uso dos dispositivos somente pode ser pensado em comum. Em uma passagem extremamente provocativa, ele evoca a defecção como o símbolo de uma função fisiológica que foi separada e pode ser restituída ao uso comum. Não se trata, por óbvio, de defender um desfrute deste ato como forma de transgressão perversa e, menos ainda, de restituí-lo a uma pretensa naturalidade, mas de visualizar nas fezes um campo de tensão entre natureza e cultura, privado e público, singular e comum. É neste ponto que se evidencia o caráter necessariamente coletivo da ação política pensada por Agamben.

As formas desse uso só poderão ser inventadas de maneira coletiva. Como observou certa vez Italo Calvino, também as fezes são uma produção humana como as outras, só que delas nunca se fez história. Por esse motivo, qualquer tentativa individual de profaná-las pode ter apenas valor de paródia, a exemplo da

profanatórios. (AGAMBEN, 2007e, p. 76ss.) Rafael Cherobin destaca a especificidade desse estágio da sociedade do espetáculo ao afirmar que “[a] mercantilização atinge o seu limite quando tudo se assemelha e perde o seu potencial transformador, de modo que o *jeans*, ainda que rasgado ou manchado, possa virar roupa de grife, e a música erudita, possa ser vendida ao lado da música comercial, sem distinção, como uma mercadoria mais entre outras e sem grande importância para além do prazer que proporciona ao indivíduo capturado. Em suma, o potencial contestador fortalece os dispositivos a cada vez que ele se mostra ineficaz e é restituído ao mercado apenas como uma coisa mais; talvez uma coisa interessante e verdadeira, mas, ainda assim, impotente e banalizada”. (CHEROBIN, 2013, p. 169-170)

cena da defecção em volta de uma mesa de jantar no filme de Buñuel.⁴⁸⁹

O problema dessa proposta está exatamente em conseguirmos pensar como realizar um uso comum em uma sociedade plural e fragmentada na qual os indivíduos estão inseridos constantemente em processos de dessubjetivação. Quer dizer, as práticas sociais coletivas podiam funcionar de maneira razoavelmente eficaz em uma sociedade em que ainda existiam sujeitos sociais que conseguiam articular as pulsões individuais em prol de um interesse maior. Contudo, vivemos atualmente um processo em que os próprios critérios que constituíam a verdade e a mentira dos povos e das gerações perdem significado. As diferenças de língua, de dialeto, a própria particularidade física de cada um, isto é, cada aspecto próprio e autêntico de uma coletividade tem deixado de existir.⁴⁹⁰ Portanto, de que maneira ainda é possível pensar na possibilidade de um comum?

Para Agamben, este cenário – que implica na própria destruição da humanidade tal qual a conhecemos – representa também uma oportunidade inaudita na nossa história. A seu ver, o ocaso das identidades permite que finalmente os homens possam aderir à impropriedade como tal, de modo que, ao invés de buscarmos uma identidade própria na forma da individualidade, possamos aderir a uma singularidade sem identidade, isto é, a uma singularidade comum e absolutamente exposta. Portanto, não se trata de superar esse impasse erigindo uma nova identidade (literalmente) do nada e, tampouco, de propor um retorno impossível à crença na solidez dos critérios de pertencimento (o ser-dito italiano, cão, comunista), mas sim de vivenciar a própria perda de identidade como uma possibilidade de fundar uma comunidade sem quaisquer pressupostos.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ AGAMBEN, 2007e, p. 75.

⁴⁹⁰ AGAMBEN, 2013a, p. 59-60.

⁴⁹¹ AGAMBEN, 2013a, p. 61. Como se pode perceber, são incabíveis as críticas que procuram descaracterizar a filosofia de Agamben acusando-

Nenhuma verdadeira comunidade humana pode, de fato, surgir com base em um pressuposto – seja ele a nação, seja a língua, seja ainda o *a priori* da comunicação de que fala a hermenêutica. O que une os homens entre si não é nem uma natureza, nem uma voz divina, nem a comum situação de prisioneiros na linguagem significativa, mas a visão da própria linguagem e, por conseguinte, a experiência de seus limites, de seu *fim*. A verdadeira comunidade é apenas uma comunidade não pressuposta.⁴⁹²

Não por acaso, o filósofo italiano inicia a primeira linha de sua obra *A comunidade que vem* com a ideia de que “[o] *ser que vem é o ser qualquer*”.⁴⁹³ Essa afirmação indica que os homens têm a potencialidade de fundar o laço social sem exigir quaisquer condições de pertencimento aos indivíduos, de modo que a singularidade de cada um pode ser exposta qual-se-queira, isto é, em relação original com o desejo. Sendo assim, o coletivo que pode criar novos usos para os dispositivos não se vincula em torno de identidades específicas e nem se crê como representante de um suposto interesse universal. Tal qual o amor – que não se restringe jamais a esta ou àquela propriedade do amado, mas

o de ser excessivamente pessimista. Não por acaso, além de recordar que “otimismo” e “pessimismo” não são categorias que nos permitam pensar a realidade, Agamben tem respondido essas provocações invocando uma carta de Marx a Ruge em que ele dizia: “a situação desesperada da época em que vivo me enche de esperança””. (AGAMBEN, 2012a)

⁴⁹² AGAMBEN, 2015a, p. 32.

⁴⁹³ AGAMBEN, 2013a, p. 9. (grifo nosso) Sobre a locução “que vem” é importante esclarecer que a comunidade em potência “existe ya y desde siempre; únicamente no se actualiza gracias a las medidas conservadoras llevadas a cabo por el poder existente. Para llegar a ser, la an-arquía continuamente debe desactivarlo”. (MATOS, 2017, p. 18)

tampouco prescinde dela em nome de uma insípida generalidade – a comunidade que vem (que não quer dizer futura) somente pode se estabelecer na medida em que deseja *qual* somente enquanto é *tal*: um ser *tal qual é*.⁴⁹⁴

O filósofo exemplifica esse argumento invocando os acontecimentos que ficaram conhecidos como os protestos da Praça da Paz Celestial. Dois aspectos merecem destaque nessas manifestações lideradas por estudantes na República Popular da China: de um lado, a relativa ausência de conteúdos determinados em suas reivindicações e, por outro, a reação violenta e aparentemente desproporcional do aparato estatal. O fato de que uma coletividade, mediada apenas pelo seu próprio pertencimento, tenha sido brutalmente reprimida comprova a incapacidade do Estado de lidar com uma comunidade que não reivindica qualquer identidade, com homens que copertencem sem qualquer condição representável de pertencimento. Por essa razão, Agamben se arrisca a dizer que a ação política em comum não visa mais a luta pela conquista ou pelo controle do Estado por parte dos sujeitos sociais, mas exatamente a luta entre o Estado e o não-Estado: uma disjunção, a seu ver *irremediável*, entre as singularidades quaisquer e a organização estatal.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ AGAMBEN, 2013a, p. 10-11/103. Em uma passagem elucidativa dessa ideia, Agamben afirma o que segue: “O ser-dito – a propriedade que funda todos os possíveis pertencimentos (o ser-dito italiano, cão, comunista) – é, de fato, também aquilo que pode coloca-los todos radicalmente em questão. Ele é o Mais Comum, que elimina toda comunidade real. Daí a impotente onivalência do ser qualquer. Não se trata nem de apatia nem de promiscuidade ou resignação. Essas comunidades puras se comunicam apenas no espaço vazio do exemplo, sem serem ligadas por nenhuma propriedade comum, por nenhuma identidade. Elas foram expropriadas de todas as identidades, para apropriar-se do pertencimento mesmo, do signo €. *Tricksters* ou vagabundos, ajudantes ou personagens de *cartoons*, eles são os exemplares da comunidade que vem”. (AGAMBEN, 2013a, p. 18-9) Ver SALVETTI, 2014, p. 53ss.

⁴⁹⁵ AGAMBEN, 2013a, p. 77-79. AGAMBEN, 2015e, p. 84-85.

Nos termos do autor, não se trata, como pode parecer à primeira vista, de reivindicar o social contra o Estado. O ser qualquer não pode jamais formar uma *societas*, já que não dispõe de qualquer identidade para fazer valer seu pertencimento ou sua representação perante o aparato estatal.⁴⁹⁶ No Brasil chamou atenção recentemente que, diante do cerco policial e midiático em junho de 2013, um manifestante tenha respondido sobre sua identidade a um repórter “anota aí: eu sou ninguém”, indicando, segundo Peter Pelbart, que “*certa dessubjetivação é condição para a política hoje*”.⁴⁹⁷ Para Agamben, já o dissemos, o Estado não se funda no laço social, mas exatamente em sua dissolução. A recusa coletiva à identidade e ao pertencimento é o principal inimigo do Estado, por isso “[o]nde quer que essas singularidades manifestem pacificamente o seu ser comum, haverá um Tienanmen e, cedo ou tarde, aparecerão os carros armados”.⁴⁹⁸

9.2. A ação política em Agamben não visa à juridificação dos conflitos sociais em que as demandas de indivíduos, grupos ou classes possam reivindicar reconhecimento pelo Estado de direito. Desse modo, consoante a crítica implacável de Walter Benjamin, certamente não se trata de pensar uma violência que ponha o direito. Contudo, diferente até mesmo do filósofo

⁴⁹⁶ Em uma crítica à própria ideia de *societas*, o Comitê Invisível afirma que “[n]o fundo ‘sociedade’ designa apenas a sombra dos sucessivos modos de governo. [...] O que há de retorcido na ideia de ‘sociedade’ é que ela sempre serviu para naturalizar o produto da atividade do governo, das suas operações, das suas técnicas; ela foi fabricada como aquilo que essencialmente lhe era anterior. Foi só depois da Segunda Guerra Mundial que se ousa falar explicitamente em ‘engenharia social’. A sociedade é oficialmente desde aí aquilo que se edifica, um pouco como fazer *nation-building* invadindo o Iraque. De resto, algo que deixa de funcionar a partir do momento que se pretende fazê-lo abertamente”. (COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 207)

⁴⁹⁷ PELBART, 2013.

⁴⁹⁸ AGAMBEN, 2013a, p. 78-79.

alemão, tampouco se busca aqui uma violência “pura e imediata” que deponha o direito e a força no qual ele se apoia, o Estado. Para o nosso autor, o próprio fato de que esta violência tenha a *finalidade* de abrir uma nova época histórica descumpra a exigência de constituir uma violência que contenha em si mesma seu próprio princípio e seu próprio centro. A questão que se coloca, portanto, é como pensar uma força coletiva que não ponha o direito, ou melhor, como constituir uma *praxis* que, ao invés de firmar um novo poder, possa fazer saltar o *continuum* da história e assim dar início a uma nova era. Segundo Agamben nos ensina, esta não pode ser uma tarefa meramente teórica, pois significa antes de tudo a redescoberta de uma *forma-de-vida* que o estado de exceção tenta a todo custo apagar.⁴⁹⁹

Seguindo a orientação benjaminiana de escovar a história da cultura a contrapelo, o filósofo italiano se propõe a pensar uma comunidade humana que não esteja fundada (somente) na figura da lei.⁵⁰⁰ Para tanto, Agamben procura resgatar *exemplos* de coletividades que construíram formas-de-vida, isto é, que vincularam tão estreitamente sua vida a uma forma a ponto de ser inseparável dela.⁵⁰¹ Por mais excêntrica que essa iniciativa possa parecer aos olhos modernos, ela equivale ao principal objetivo da

⁴⁹⁹ AGAMBEN, 2012c, p. 6. AGAMBEN, 2014f.

⁵⁰⁰ AGAMBEN, 2015e, p. 120-121. Na exegese arguta de Michael Löwy, escovar a história da cultura a contrapelo é redescobrir os momentos utópicos escondidos na nossa herança cultural. (LÖWY, 2011, p. 25)

⁵⁰¹ A ideia de exemplo é fundamental em Agamben, pois se trata de um conceito que escapa da antinomia entre o universal e o particular: “Em qualquer que seja o âmbito, ele faz valer a sua força; o que caracteriza o exemplo é que ele vale para todos os casos do mesmo gênero e, ao mesmo tempo, está incluído entre eles. Ele é uma singularidade entre outras que está, porém, no lugar de cada uma delas, vale para todas. Por um lado, todo exemplo é tratado, de fato, como um caso particular real; por outro, fica entendido que ele não pode valer na sua particularidade. Nem particular nem universal, o exemplo é um objeto singular que, por assim dizer, se dá a ver como tal, *mostra* a sua singularidade”. (AGAMBEN, 2013a, p. 18)

filosofia, pelo menos, desde Sócrates até a hegemonia da cultura cristã no século V d.C. Durante mais de mil anos, as escolas filosóficas tiveram a missão de construir uma forma de vida própria que – na busca pela *eudaimonia* (felicidade) e, acima de tudo, por dar sentido à existência – diferenciasse seus estudantes dos outros modos de vida. Um filósofo antigo não se distinguia socialmente pelo acúmulo de conhecimentos teóricos, mas pela forma de vida na qual efetivamente vivia. Por essa razão, cada escola se apresentava com um conjunto de técnicas, de conhecimentos e de exercícios que pudessem transformar a subjetividade de seus discípulos para além dos desígnios momentâneos do poder.⁵⁰²

Em *Altíssima Pobreza*, esse estudo de um caso exemplar se concentra no monasticismo. Nesta obra, o filósofo italiano se propõe a investigar a *relação* existente entre “regra” e “vida”, perante a qual os monges procuravam realizar o ideal de uma forma de vida comum. O fato de que Agamben tenha recorrido a uma instituição cristã não é ocasional. A forma de vida dos mosteiros surge de maneira coetânea com o processo de captura do cristianismo pelo império romano, em que os ensinamentos do evangelho são assimilados às estruturas imperiais. Como meio de fuga e de resistência ao poder instituído, muitos cristãos optaram por construir estilos de vida individuais, no caso dos eremitas, e, mais tarde, formas coletivas de vida nos chamados cenóbios. Portanto, recorrer à relação que essas formas de vida estabeleciam com as regras nos permite pensar a possibilidade de comunidades em que se busca desativar os diferentes dispositivos de controle social, inclusive, o direito.⁵⁰³

Nos mosteiros existiam uma série de “*preceitos e técnicas ascéticas, de claustros e horologia, tentações solitárias e liturgias corais, exortações fraternas e ferozes punições*”.⁵⁰⁴

⁵⁰² RUIZ, 2015e.

⁵⁰³ AGAMBEN, 2014a, p. 9. RUIZ, 2015c.

⁵⁰⁴ AGAMBEN, 2014a, p. 9.

Entretanto, ao invés de preceitos legais, as regras monásticas constituíam “preceitos vitais”. Os monges buscavam não a observância de cada preceito, mas a coincidência da vida em seu conjunto. Desse modo, a regra entrava em zona de indecidibilidade com respeito à vida. Esse fato faz com que torne complexa a questão de saber se as regras monásticas tinham ou não uma natureza jurídica. Por um lado, ensina Agamben, elas efetivamente estabeleciam verdadeiros preceitos de comportamento, contendo muitas vezes um elenco pormenorizado das penas para aqueles que as transgredissem, o que dá a entender que consistiam em alguma medida em normas jurídicas. Contudo, e de maneira aparentemente paradoxal, elas convidavam insistentemente os monges a não considerá-las dispositivos legais.⁵⁰⁵

Numa época em que a pena tinha caráter explicitamente aflitivo, a aplicação da regra nos monastérios tinha um caráter essencialmente moral e emendador, tal como uma técnica ou uma *ars*, para o aprimoramento dos monges. Aliás, não apenas as regras, mas a própria atividade nos monastérios era comparável com uma *ars*. Por isso, Agamben se permite concluir que, talvez, o mosteiro tenha sido o primeiro lugar em que a vida “*foi apresentada como uma arte. No entanto, tal analogia não deve ser entendida no sentido de uma estética da existência, mas antes naquele que Michel Foucault parece ter em mente em seus últimos escritos, a saber, de uma definição da própria vida com relação a uma prática incessante*”.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ AGAMBEN, 2014a, p. 36-37/39/40-41. Dentre outros exemplos, Agamben compendia: “Respondendo a um monge que lhe pergunta como deveria comportar-se com os discípulos, Palamon, o lendário mestre de Pacômio, declara: ‘Sela para eles um exemplo [*typos*] e não um legislador [*nomothetes*]. Na mesma direção, Mar Abraham, no mesmo de expor a regra de seu mosteiro, lembra que não devemos nos considerar ‘legisladores, nem para nós mesmos nem para os outros [*non enim legislatores sumus, neque nobis neque aliis*]’”. (Idem, p. 41)

⁵⁰⁶ AGAMBEN, 2014a, p. 44.

Por essa razão, é absolutamente anacrônica a questão de saber se as regras monásticas tinham ou não uma natureza jurídica. A única forma adequada de entender o significado das regras monásticas é remetê-las ao seu contexto teológico próprio, no caso, o da relação entre *evangelium* e *lex*. Agamben busca uma teoria dessa relação nas cartas paulinas, explicando que Cristo, o messias, é *telos nomou*, isto é, fim e cumprimento da lei.⁵⁰⁷ Dentro da tradição messiânica, na qual os cenóbios podem ser situados, a vida sob a lei não pode ser concebida em termos jurídicos-prescritivos, pois *não se trata tanto de uma lei escrita, mas essencialmente inscrita*.⁵⁰⁸

Basílio e Pacômio, a quem se devem, por assim dizer, os arquétipos das regras, estão perfeitamente conscientes da irredutibilidade da forma de vida cristã à lei. Basílio, em seu tratado sobre o batismo, retoma explicitamente o princípio paulino segundo o qual o cristão morre

⁵⁰⁷ AGAMBEN, 2014a, p. 56. É preciso distinguir a mensagem e o tempo messiânicos – que Agamben se baseia e procura estudar – da mensagem e do tempo apocalípticos: “A apocalíptica se situa no último dia, o dia da cólera: vê o fim dos tempos e descreve aquilo que vê. O tempo que o Apóstolo vê, pelo contrário, não é o fim dos tempos. Se quiséssemos expressar com uma fórmula a diferença entre o messiânico e o apocalíptico, deveríamos dizer que o messiânico não é o fim dos tempos, mas o tempo do fim. Messiânico não é o fim dos tempos, mas a relação de cada instante, de cada kairós, com o fim dos tempos e com a eternidade. Assim, aquilo que interessa a Paulo não é o último dia, o instante no qual o tempo termina, mas sim o tempo que se contrai e que começa a acabar. Ou, se preferirmos, o tempo que resta entre o tempo e o seu fim”. (AGAMBEN, 2013b)

⁵⁰⁸ A instância messiânica não visa a um texto escrito como novos preceitos: “[...] Como diz a extraordinária passagem que precede a reivindicação da nova aliança, esta não é uma carta escrita com tinta sobre tábuas de pedra, mas com o sopro de Deus sobre corações de carne – isto é, não um texto, mas a própria vida da comunidade messiânica, não escritura, mas forma de vida”. (AGAMBEN, 2016, p. 142)

para a lei (*'apothanein tōi nomōi'*) e, como vimos, os *Praecepta atque iudicia* de Pacômio começam com a afirmação de que o amor é o cumprimento da lei (*'plenitudo legis caritas* [o amor é a plenitude da lei]'). A regra, cujo modelo é o Evangelho, não pode, portanto, ter a forma de lei, e é provável que a própria escolha do termo *regula* implicasse uma contradição à esfera do mandamento legal. [...] A *nova lex* não pode ter a forma da lei, mas, como *regula*, aproxima-se da própria forma da vida, que guia [e] orienta (*'regula dicta quod recte ducit'*, diz uma etimologia de Isidoro).⁵⁰⁹

Não restam dúvidas que, nos séculos seguintes, a Igreja criou progressivamente um sistema de normas que culminou no século XII com o direito canônico que Graciano compendiou em seu *Decretum*. Contudo, de maneira marginal a esse processo, existiram também comunidades com o propósito de desativar o caráter prescritivo da lei através da constituição de formas-de-vida, procurando vivenciar o que a própria regra tem em vista. A compreensão da relação entre regra e vida que se estabelece neste último caso exige perceber que os monges não buscavam tão somente obedecer a uma série de comandos instituídos nas leis. Para eles, se tratava de pôr aqueles ensinamentos em questão no seu modo mesmo de viver. O núcleo decisivo, portanto, não é uma substância ou um conteúdo, mas um *habitus*, uma forma de vida.⁵¹⁰

Mais importante ainda para o nosso estudo é que a forma de vida que estava em jogo nas regras monásticas é própria de uma vida em *comum*. Recordando o ensino de Wittgenstein, Agamben afirma a impossibilidade de seguir uma regra de

⁵⁰⁹ AGAMBEN, 2014a, p. 57.

⁵¹⁰ AGAMBEN, 2014a, p. 57/65.

maneira privada, pois, o simples fato de ser uma regra, implica necessariamente uma comunidade e um hábito. De tal modo que não é a vida dos monges que é objeto da regra, mas é a regra que nasce da forma-de-vida em comum do cenóbio. Utilizando de maneira retrospectiva a linguagem do direito público moderno, podemos dizer, assim, que o cenóbio coloca-se como poder constituinte em relação ao texto da regra, reivindicando para a vida em comum o elemento constitutivo. Isto é, um poder constituinte que nunca se esgota em um poder constituído.⁵¹¹

Por isso, o filósofo italiano chega a pontuar que não é a regra que se aplica a vida, mas a vida que se aplica à regra, estabelecendo um movimento que “*vai nos dois sentidos e que, na incessante tensão para a realização de um limiar de indiferença, a regra se faz vida na mesma medida em que a vida se faz regra*”.⁵¹² É fundamental perceber a especificidade dessa figura da regra na comunidade que vem.

A *lei soberana*, já o sabemos, impõe prescritivamente os atos obrigatórios e os atos proibidos sob pena de sanção jurídica. Ela age como representação de uma vontade externa. A vida que se encontra diante dessa lei (tanto faz se a do súdito obediente ou a do criminoso transgressor) está submetida a uma violência que pode soberanamente suspender direitos ou impor novas obrigações. Por sua vez, na racionalidade administrativa contemporânea vigora a figura da *norma*. Nesta, não se busca prescrever de forma soberana as ações, mas regulamentar os comportamentos, tornando funcional e eficiente a vida que, agora, se encontra capturada pela lógica utilitária. A normatização tem por objetivo sujeitar a potência dos indivíduos aos interesses institucionais, gerenciando-os sob o paradigma da normalidade.⁵¹³

⁵¹¹ AGAMBEN, 2014a, p. 68.

⁵¹² AGAMBEN, 2014a, p. 77.

⁵¹³ RUIZ, 2015c. E prossigue na explicação: “Os indivíduos normatizados se inserem funcionalmente numa instituição e se normalizam através do desempenho eficiente da sua função. A norma

A *regulae vitae* dos cenóbios se contrapõe, assim, tanto ao modelo legal da soberania, quanto ao modelo administrativo da norma. O desafio dessa vida política não é criar novas leis que possam transformar a vida, mas, vivenciar efetivamente novas formas de viver que venham eventualmente a serem auxiliadas através do uso das regras. A vida é sujeito e a regra é o objeto, e não, como costuma acontecer, a vida como objeto submisso aos desígnios soberanos da regra. Não se trata, portanto, de negar de maneira simplista o valor da lei e, sim, de mostrar sua insuficiência diante da vida ou, em outras palavras, de pensar a vida para além da lei, desativando seu caráter prescritivo.⁵¹⁴

Nessa condição, não faz muito sentido prescrever legalmente a forma de vida, pois a lei mata a vida. A questão suscitada nos cenóbios e posteriormente nas ordens religiosas, chamadas de regulares por adotarem a regra como forma de vida, era como chegar a viver uma forma de vida que pretende viver os ideais do Evangelho. O método encontrado para concretizar essa forma de vida foram as regras que sintetizam, a modo de orientações exigentes, a forma de viver. Essas regras não poderiam ser confundidas com leis ou normas, porque, nesse caso, seriam preceitos legais ou normativos de obrigado cumprimento e a vida seria sufocada pela lei e a norma. Quando a vida é vivida seguindo os preceitos legais, os monges tornam-se meros funcionários cumpridores

opera num campo diferente da lei produzindo um outro modo de subjetivação, o do funcionário. A lei exige a submissão a uma vontade soberana, a norma captura a vontade colaborativa dos indivíduos. A norma administra a vontade dos sujeitos levando em conta suas possibilidades e capacidades dirigindo-os às metas institucionais". (Idem)

⁵¹⁴ RUIZ, 2015c. AGAMBEN, 2014a, p. 99-100.

de regulamentos e normatividades. O monge que é normatizado pela regra anula o sentido da regra.⁵¹⁵

É significativo notar que esse confronto entre o paradigma representado pela regra de vida e o representado pela lei ou pela norma encontra assento na disputa havida no século XIII entre os franciscanos e a Cúria, cujo ponto máximo se deu no pontificado de João XXII. A questão que lhes dividia, e esse dado inicial já é bastante significativo, não tinha a ver com questões teológicas ou dogmáticas, artigos de fé ou problemas de interpretação das Escrituras. Preocupados essencialmente com a vida e com o modo de vida, os franciscanos reivindicavam a possibilidade de fazer *uso* das coisas, sem resvalar em nenhuma *propriedade*, de modo que sua luta se dava em torno da constituição de uma vida em comum e não de uma norma, de uma *forma de vida* e não de um sistema mais ou menos coerente de ideias e doutrinas. Deixando de lado os riscos de que uma forma de vida praticada com tanto rigor por um grupo possa ter no plano doutrinal, o principal problema desse propósito dos “irmãos menores” de ter o simples uso de fato sem direito algum (nem de propriedade nem de uso) era a possibilidade de uma existência fora do direito.⁵¹⁶ Sendo assim, a novidade, até hoje impensada, do franciscanismo consiste “*na tentativa de realizar uma vida e uma prática humanas absolutamente fora das determinações do direito. Se chamarmos de ‘forma de vida’ essa vida inatingível pelo direito, então podemos dizer que o sintagma forma vitae expressa [sua] intenção mais própria*”.⁵¹⁷

Ocorre que essa ideia de uma forma-de-vida, defendida nos cenóbios, confrontava diretamente com o paradigma do ofício sacerdotal que a Igreja vinha elaborando

⁵¹⁵ RUIZ, 2015c.

⁵¹⁶ AGAMBEN, 2014a, p. 98-100/116.

⁵¹⁷ AGAMBEN, 2014a, p. 116.

progressivamente.⁵¹⁸ A vida dos sacerdotes se apresentava cada vez mais como um *officium* em que se tratava de *separar* o indivíduo e a função, a vida e a liturgia, culminando na doutrina da *opus operatum* e da efetividade sacramental, segundo as quais a prática sacramental do sacerdote é válida e eficaz independentemente da indignidade de sua vida. Quer dizer, o sacerdote indigno continua sendo sacerdote e produzindo atos juridicamente válidos. Desse modo, a condição monástica contradiz frontalmente o ofício sacerdotal, pois o que estava em jogo, sobretudo para os franciscanos, era colocar em prática uma vida inseparável de sua forma.⁵¹⁹ A questão encontra um momento crítico quando o papa João XXII emite a bula *Ad conditorem canonum* questionando a possibilidade mesmo de separar propriedade de uso e, com isso, cancelando o pressuposto que fundava a *paupertas* dos franciscanos.⁵²⁰

A argumentação do papa, que possuía uma competência indubitável *in utroque iuris* [em ambos os direitos], baseia-se de fato na identificação de um âmbito (as coisas consumíveis, como o alimento, as bebidas, o vestuário e similares, essenciais à vida dos frades menores) no qual a separação entre propriedade e uso é impossível. Já

⁵¹⁸ Este tema é analisado detidamente pelo autor em AGAMBEN, 2013g. Para uma síntese, ver o comentário de RUIZ, 2015d.

⁵¹⁹ AGAMBEN, 2014a, p. 122-123. Em uma passagem elucidativa sobre esta polêmica, Agamben explica que “[o] franciscanismo representa o momento em que se dissolve a tensão entre *forma vitae* e *officium*, não porque a vida seja absorvida na liturgia, mas, ao contrário, porque vida e ofício alcançam sua máxima disjunção. Não pode haver em Francisco nenhuma reivindicação do *meritum vitae* contra a *ordo*, assim como acontece nos movimentos religiosos da época, nem pode haver, como no monasticismo das origens, uma transformação da vida em liturgia e oração incessante, pois a vida dos frades menores não é definida pelo *officium*, mas unicamente pela pobreza”. (Idem, p. 124)

⁵²⁰ AGAMBEN, 2014a, p. 133.

segundo o direito romano, o usufruto referia-se unicamente àqueles bens que pudessem ser usados sem que fosse destruída sua substância (*salva rerum substantia*). Portanto, as coisas consumíveis, a respeito das quais não se falava de usufruto, mas de quase usufruto, tornavam-se propriedade daquele a quem eram deixados em uso.⁵²¹

De acordo com a interpretação de Agamben, esta oposição radical entre *uso* e *consumo* oferece um paradigma da impossibilidade de uso das coisas, que caracteriza a atual sociedade de consumo. O modelo de propriedade, que se desenha de maneira inconsciente nessas discussões teológicas, desloca as coisas de um livre uso dos homens para uma esfera separada, criando um mundo *estranhado*. A vitória da propriedade sobre o uso lança as bases sobre as quais foi possível erigir o próprio modo de vida que vivemos atualmente, incluindo o modelo econômico capitalista e modelo de governo neoliberal. Não devemos nos surpreender que um pedaço de papel, um “título morto”, como o Tratado de Tordesilhas, tenha autorizado que determinadas potências europeias dividissem o mundo entre si, independente do *uso de fato* que era realizado pelos povos originários. A hegemonia da propriedade sobre o uso remete, portanto, desde o colonialismo e os genocídios fora dos limites europeus até à predação impiedosa da natureza e à lógica insustentável do consumo que destrói as vidas e as formas de vida que não interessam à reprodução da máquina de governo.⁵²²

Por isso, a crítica insistente do filósofo italiano na redução da política ao direito que vivemos contemporaneamente. Nesse caso, seu principal alvo não são os neoliberais que apostam sem nenhum pudor nos processos de dessubjetivação, mas exatamente os socialdemocratas que, sob o pretexto de avançar

⁵²¹ AGAMBEN, 2014a, p. 133.

⁵²² AGAMBEN, 2007e, p. 72. RUIZ, 2015c. NODARI, 2011, p. 13.

progressivamente rumo à emancipação humana, terminam por corroborar com o estado de exceção em que estamos situados. Para questionar o fundamento dessa ideologia é preciso apontar para sua compreensão de um tempo linear, homogêneo e vazio, que reitera indefinidamente a promessa de um futuro melhor. Somente uma comunidade que ouse jogar definitivamente em sua vida seu próprio modo de viver, livrando-se da linha vazia de representação do tempo, pode fazer saltar o *continuum* da história.⁵²³

Essa proposta de uma ação política verdadeiramente revolucionária que rompa com a nossa representação do tempo contínuo, argumenta Agamben, não é tão inconcebível como pode parecer. Ele recorda que, fora dos chamados povos civilizados, existe o que se conhece por violência sacra: *“rituais violentos cuja celebração visa a interromper o fluxo homogêneo do tempo profano e, re-atualizando o caos primordial, a permitir ao homem, tornado novamente o contemporâneo dos deuses, alcançar a dimensão original da criação”*.⁵²⁴ Diferente da violência que simplesmente executa um projeto, o filósofo italiano pensa uma revolução que permita experimentar a *autonegação de si* como forma de alcançar uma nova época e, conseqüentemente, uma nova compreensão do tempo:

Não a violência que é simplesmente meio para o fim justo da negação do sistema existente, mas a violência que na negação do outro faz experiência da própria autonegação e que na morte do outro traz à consciência a própria morte, é a violência revolucionária. Apenas na medida em que é portadora dessa consciência, isto é, apenas na medida em que diante da ação violenta sabe que é essencialmente a sua própria morte que, em todo caso, está em

⁵²³ AGAMBEN, 2011b, p. 147. HONESKO, 2009, p. 53-54.

⁵²⁴ AGAMBEN, 2012c, p. 6.

questão, a classe revolucionária adquire não mais o direito, mas assume, em vez disso, o terrível compromisso de recorrer à violência. Assim como a violência sacra, também a violência revolucionária é antes de tudo paixão, no sentido etimológico da palavra, autonegação e sacrifício de si. Desse ponto de vista superior, tanto a violência repressiva – que conserva o direito – quanto a violência do delinquente – que se limita a negá-lo –, assim como toda violência que se exaure na posição de um novo direito e de um novo poder, são equivalentes, porque a negação do outro realizada por elas permanece simplesmente como tal e jamais pode tornar-se negação de si.⁵²⁵

O desenvolvimento dessa consciência revolucionária exige o pensamento de uma *ética* que construa um respeito social pela alteridade humana, no sentido de que nenhum ser humano possa ser reduzido a sua condição meramente biológica. Estamos colocados nesse ponto em uma situação paradoxal, pois se, por um lado, o excesso de relativismo, ao abandonar a existência de qualquer critério ético, corrobora com o individualismo que caracteriza a atual sociedade neoliberal, por outro, não é admissível a defesa de uma heteronomia autoritária com base em quaisquer tipos de transcendência. Por essas razões, Agamben não propõe uma forma de vida específica, mas, pelo contrário, que em nossas comunidades os indivíduos estejam implicados em seus respectivos processos de subjetivação, evitando que sejam capturados pelos dispositivos que lhes impedem de fazer um uso do mundo. É isso que quer dizer a locução *forma-de-vida*: uma vida que não pode ser separada de sua forma, de maneira que em seu modo de viver esteja em jogo o próprio viver e, no seu viver, esteja em jogo antes de qualquer coisa o seu modo de vida. A

⁵²⁵ AGAMBEN, 2012c, p. 8.

ética, portanto, é o próprio modo com o qual o sujeito constitui sua vida.⁵²⁶

Por isso, o filósofo italiano chega a dizer que a vocação messiânica é a revogação de toda vocação.⁵²⁷ Somente quando houver a percepção social de que o homem não tem uma vocação biológica específica será possível construir uma ética em comum na qual todos os atos e processos do viver sejam vistos não como simples fatos, mas sempre e primeiramente como possibilidade de vida, como *potência*.⁵²⁸ Por mais que a máquina governamental procure naturalizar os atos repetidos e socialmente obrigatórios, capturando a nossa própria potência, o homem é um ser continuamente gerado a partir da sua própria maneira. Aliás, é exatamente porque a vida humana é inoperosa e sem objetivo que a espécie humana pode ser incomparavelmente produtiva. Portanto, apenas reconhecendo que a forma de vida é o nosso único ser podemos fazer a experiência de nossa singularidade, que não se confunde com mero individualismo, já que essa ausência de substância nos é perfeitamente *comum*.⁵²⁹

Agamben afirma que a possibilidade de uma política não estatal passa por saber se é possível uma forma-de-vida em comum, uma vida da potência. Ou, em outras palavras, se podemos construir uma comunidade que não esteja sempre em

⁵²⁶ RUIZ, 2015a. AGAMBEN, 2013a, p. 13-14.

⁵²⁷ AGAMBEN, 2016, p. 37. O filósofo italiano esclarece que o fato de que o homem não possui qualquer vocação histórica, espiritual, biológica – em suma, que não há nenhuma tarefa a realizar – não significa corroborar com o niilismo: “Isso não significa, todavia, que o homem não seja nem tenha que ser alguma coisa, que ele simplesmente seja entregue ao nada e possa, portanto, a seu arbítrio decidir ser ou não ser, estabelecer ou não estabelecer este ou aquele destino (niilismo e decisionismo se encontram neste ponto). Há, de fato, algo que o homem é e tem de ser, mas este algo não é uma essência, não é, aliás, propriamente uma coisa: é o simples fato da própria existência como possibilidade ou potência”. (AGAMBEN, 2013a, p. 45)

⁵²⁸ Sobre o conceito de potência no autor, ver AGAMBEN, 2015a, p. 249ss, com comentário em CASTRO, 2013, p. 165ss.

⁵²⁹ AGAMBEN, 2013a, p. 14/35. AGAMBEN, 2011c, p. 268.

ato, mas que consiga fazer a experiência em comum da própria potência. De tal modo que, somente nessa coletividade humana, em que as vivências colocam em jogo o próprio viver, jamais seja possível isolar uma vida nua.⁵³⁰ Por isso, podemos sintetizar, comunidade e potência identificam-se sem resíduos, “*porque o ser inerente de um princípio comunitário em toda potência é função do caráter necessariamente potencial de toda comunidade*”.⁵³¹

Numa sociedade em que os dispositivos de controle social dispõem sobre a própria subjetividade de indivíduos servís e docilizados, a *política que vem* não pode significar a realização de determinada tarefa histórica, com ou sem os instrumentos jurídicos. Ela só pode ser a reconstituição da inoperosidade essencial dos sujeitos que a máquina governamental tenta a todo momento capturar. A política só existe porque o homem é um ser sem *argós*, isto é, porque não pode ser definido por nenhuma operação própria, mas tão somente pela ausência de obra. O homem é um ser de pura potência, sem identidade ou vocação capaz de exauri-lo. Nesse caso, a verdadeira redenção que a humanidade é capaz de alcançar não consiste em uma conquista definitiva da felicidade, uma espécie de paraíso em que finalmente possamos desfrutar da existência. O que está em questão é uma passagem à potência em que, ao invés da pergunta sobre “o que fazer”, possamos indagar “como fazer” para que o *assim* seja mais importante do que o *ser*. Esta inoperosidade – ensina Agamben – é o insalvável que torna possível toda a salvação.⁵³²

⁵³⁰ AGAMBEN, 2015e, p. 18.

⁵³¹ AGAMBEN, 2015e, p. 19.

⁵³² AGAMBEN, 2015e, p. 126-127. RUIZ, 2015b. AGAMBEN, 2013a, p. 103. A comparação entre a arte e a política não poderia ser mais apropriada: “A arte não é uma actividade humana de ordem estética, que pode, eventualmente e em determinadas circunstâncias, adquirir também um significado político. A arte é em si própria constitutivamente política, por ser uma operação que torna inoperativo e que contempla os sentidos e os gestos habituais dos homens e que, desta forma, os abre a

um novo possível uso. Por isso, a arte aproxima-se da política e da filosofia até quase confundir-se com elas. Aquilo que a poesia cumpre em relação ao poder de dizer e a arte em relação aos sentidos, a política e a filosofia têm de cumprir em relação ao poder de agir. Tornando inoperativas as operações biológicas, económicas e sociais, elas mostram o que pode o corpo humano, abrem-no a um novo, possível uso”. (AGAMBEN, 2007a, p. 49) Ver também, AGAMBEN, 2015b.

PARTE FINAL – ENTRE FORMA-DIREITO E FORMA-DE-VIDA

Diante do que foi exposto sobre as obras de Franz Neumann e de Giorgio Agamben ficam visíveis as divergências entre suas matrizes teóricas. As diferenças radicais de contexto histórico, de pressupostos teóricos e de abordagem metodológica antecedem o próprio desacordo no diagnóstico sobre o funcionamento do sistema jurídico. Por isso, não se trata aqui de realizar uma leitura harmônica entre essas perspectivas. A dificuldade e também a potencialidade do presente estudo consistem, a nosso ver, em permitir que o confronto entre os argumentos apresentados pelos marcos teóricos escolhidos possa suprir a parcialidade de um discurso que, sob o pretexto exclusivo de valorizar ou de criticar o Estado de direito, ignore sua complexidade própria.⁵³³

Em todo caso, mais importante do que verificar os erros e os acertos dessas teorias quanto ao nosso objeto de análise, é conseguirmos pensar de que maneira elas nos permitem fundamentar uma compreensão aprofundada sobre os potenciais regressivos e emancipatórios da forma direito no Brasil. Conforme temos insistido, o caráter diferenciado do processo de modernização na periferia configura uma especificidade no modo de funcionamento do nosso sistema jurídico. Apesar das dificuldades metodológicas desse tipo de apropriação conceitual, a relevância desse esforço pode encontrar respaldo na própria forma com que os dois autores estruturam suas investigações. Em Neumann, de maneira mais evidente, em virtude de sua defesa do

⁵³³ Neste ponto em específico, comungamos com a crítica de Karl Popper ao chamado “mito do contexto”, isto é, à ideia corrente nas ciências humanas de que um discurso racional e produtivo é impossível, a menos que se tenha um contexto comum de pressupostos básicos. Tal postura equivale a deixarmos de aprender com argumentos que possuem fundamentos distintos, ignorando, por conseguinte, a possibilidade de nos aproximarmos da verdade, mesmo que esta consista apenas em uma ideia reguladora que nos ajuda a avançar no debate de ideias. (POPPER, 2009, p. 69/258)

estudo empírico da funcionalidade concreta das instituições, mas, mesmo Agamben, cujo método paradigmático permite uma análise abstrata dos conceitos da tradição política ocidental, parece dar como pressuposto que sua teoria não se aplica igualmente a todos os países.⁵³⁴

Desse modo, não devemos resguardar ilusões de que a leitura de autores estrangeiros possa por si só construir uma inteligibilidade para os nossos dilemas. Não convém se utilizar de enunciados anônimos como forma de nos preservar da dura tarefa de uma enunciação eticamente comprometida.⁵³⁵ Em última análise, resta ao estudioso consistir seu próprio ponto de partida que, como tal, sempre deixa a desejar.⁵³⁶ No nosso caso,

⁵³⁴ Numa entrevista em que comenta sua proposta de um império latino contra a potência alemã, a ideia de forma de vida é vinculada pelo autor ao contexto próprio da Europa. Diz Agamben: “Diferente dos asiáticos e dos americanos, para quem a história significa algo completamente diferente, europeus sempre encontram sua verdade em um diálogo com seu passado. O passado para nós significa não apenas herança cultural e tradição, mas uma condição antropológica básica. Se ignorássemos nossa própria história, poderíamos apenas acessar o passado arqueologicamente. O passado, para nós, tornar-se-ia uma forma de vida distinta. A Europa tem uma relação especial com suas cidades, seus tesouros artísticos, suas paisagens. É disso que a Europa é realmente feita. É nisso que reside sua sobrevivência”. (AGAMBEN, 2013c)

⁵³⁵ “Essa impostura leva o pensamento à imobilidade e nos convoca como protagonistas de um jogo de máscaras que oculta uma repetição básica: a resistência em questionar a mestria fundante dos ídolos da tribo e em referenciar uma certa invenção”. (PHILIPPI, 2010, p. 122)

⁵³⁶ Este é um momento apropriado para justificar a escolha do termo “estudo” no próprio título do trabalho, em detrimento de “pesquisa” ou “investigação”, como é mais de praxe. De acordo com Agamben, a falta de prestígio que o termo incorre no nosso tempo demonstra o predomínio da noção de utilidade sobre todas as nossas potências espirituais. O estudo é, antes de qualquer coisa, uma forma de vida em que o sujeito coloca em cena o seu próprio desejo: “A diferença do termo ‘pesquisa’, que remete a um girar em círculo sem ainda ter encontrado o próprio objeto (circare), o estudo, que significa

Neumann e Agamben consistem nas balizas que nos ajudam a pensar o sentido da ação política através do Estado de direito para além das tradições liberal e marxista. Contudo, o uso dessas categorias para constituir uma reflexão sobre o nosso contemporâneo é um ato que não pode encontrar qualquer tipo de amparo exegético.

No presente desfecho do trabalho, após uma análise prévia sobre o regime de funcionamento do sistema jurídico com base na teoria do direito, apresentamos as razões pelas quais a luta pelo direito no atual Estado de direito brasileiro possui determinada ambiguidade, consistindo em uma forma de resistência para os abandonados pelo processo de modernização vivenciado em nosso país em tempos de neoliberalismo e, paradoxalmente, em uma forma de perpetuação da lógica biopolítica que autoriza a eliminação das vidas e das formas de vida que não interessam ao progresso do capital. Desse modo, procuramos pensar em que medida a ação política dos sujeitos políticos com pretensões emancipatórias pode se desenvolver *entre* a forma-direito e a forma-de-vida.

etimologicamente o grau extremo de um desejo (*studium*), desde sempre já encontrou seu objeto. Nas ciências humanas, a pesquisa é apenas uma fase temporária do estudo, que cessa uma vez identificado seu objeto. O estudo é, ao contrário, uma condição permanente. Aliás, pode-se definir o estudo como o ponto em que um desejo de conhecimento atinge sua máxima intensidade e se torna uma forma de vida: a vida do estudante – melhor, do estudioso. Por isso – ao contrário do que está implícito na terminologia acadêmica, na qual o estudante é um grau mais baixo em relação ao pesquisador – o estudo é um paradigma cognoscitivo hierarquicamente superior à pesquisa, no sentido que esta não pode atingir seu objetivo se não é animada por um desejo e, uma vez que o atinge, só pode conviver estudiosamente com este, transformar-se em estudo”. (AGAMBEN, 2017b) Nesse mesmo sentido, ver o verbete “a ideia do estudo” em AGAMBEN, 2013d, p. 52ss.

10. A AMBIGUIDADE DA LUTA PELO DIREITO NO BRASIL

10.1. A promulgação da Constituição de 1988, instituindo um Estado de direito, marca o início de um processo de intensa juridificação das lutas políticas no país. Os diferentes sujeitos que compõem o espectro político passam a associar a concretização de suas reivindicações ao ingresso de determinada relação social na esfera jurídica. Através do Parlamento ou do Judiciário, na disputa eleitoral pela agenda administrativa do Estado, ou apenas pleiteando publicamente a legitimidade de suas interpretações dos dispositivos constitucionais, as diferentes lutas sociais se dão cada vez mais *dentro e a partir* do direito e não *fora ou contra* ele.⁵³⁷ Esta realidade é especialmente visível no caso dos movimentos sociais de esquerda que, utilizando uma forma criada originalmente para atender aos interesses da burguesia dos países colonizadores, têm adotado a estratégia de combater os diferentes processos de exclusão social através da disputa institucional.

A crença de que quaisquer demandas sociais podem ser solucionadas através das instituições jurídicas decorre, direta ou indiretamente, do discurso de legitimidade da forma direito, segundo o qual todos os sujeitos políticos podem participar da construção do conteúdo ético exigido coercitivamente pelo Estado. Nesse caso, a forma direito goza socialmente do *status* de neutralidade perante a pluralidade de formas de vida existentes na vida social. Ocorre que esta aparência de uma forma sem nenhum conteúdo necessário esconde as condições concretas que o Estado de direito impõe para o reconhecimento e o exercício dos direitos.

Independentemente dos mecanismos institucionais que buscam assegurar a limitação do poder estatal e a garantia dos direitos subjetivos de todos os cidadãos, a vida sob a égide de um Estado de direito já configura de antemão a existência de determinadas formas de vida. O simples fato de que o reconhecimento de um direito depende de procedimentos

⁵³⁷ RODRIGUEZ, 2009, p. XXI-XXII.

estabelecidos previamente por um aparato coercitivo centralizado delimita antecipadamente as condições de subsistência das diferentes formas de vida no meio social. Para comprovar esse argumento, basta pensar em todos os dispositivos jurídicos que as comunidades quilombolas, indígenas e ribeirinhas precisam movimentar atualmente na busca por viver seus modos de vida, e em como os termos em que essa *luta* ocorre já representam um princípio de esfacelamento do seu modo de vida comunitário.

Desse modo, para analisarmos o Estado realmente sem qualquer tipo de “naturalização” ou de “neutralização” de sua forma, é preciso abandonar desde já:

a) qualquer tendência que pressuponha a necessidade de uma vida em comum regulada pelo Estado, como se este derivasse de uma suposta lei da natureza perante a qual os homens não tivessem a potência de construir outras formas de laço social; bem como

b) a ideia de que a instituição formal de princípios de diferenciação e de difusão do poder pela forma direito, assegurando a liberdade de todos para participar da construção da vontade do Estado, resguarda igualmente todas as formas de vida.

A forma nunca é mera forma. Ela já carrega em si mesma determinada substância que deixa traços na materialidade da vida social.⁵³⁸ Contudo, e exatamente por essa razão, tampouco esse argumento nos permite rejeitar preliminarmente o Estado de direito. O fato de ser impossível cumprir o ideal abstrato de universalidade não descaracteriza *per se* sua importância na luta pela emancipação humana. Não se trata, portanto, de pressupor como necessária nem de renegar a forma direito, mas de compreender o seu complexo *regime de funcionamento*, para que assim seja possível pensar os sentidos da ação política em nosso tempo. Esta é uma tarefa a ser levada a sério. Não basta naturalizar as instituições jurídicas atualmente existentes e

⁵³⁸ ZIZEK, 2010, p. 27.

tampouco subsumi-las à forma mercadoriana (como, vez por outra, fazem liberais e marxistas).

Um ponto de partida decisivo para esta análise consiste em entender que o Estado é erigido através de uma *força* mediante a qual se coloca em movimento nas nossas vidas um “jogo de linguagem”. O discurso corrente dos juristas procura captar esse aspecto do fenômeno jurídico através dos conceitos de poder constituinte e de poder constituído. O que esses termos procuram designar é o processo histórico em que os detentores momentâneos do poder *formulam* comandos normativos, fazendo com que a violência se transmude em direito. Desse modo, na origem mesmo do direito reside um puro ato de força, uma decisão, que impõe perante os participantes de determinada comunidade a obrigação de se reportar às *fórmulas* constituídas pelo poder como direito e não mais como simples violência.

Podemos entender esta ideia de maneira mais fácil fazendo menção ao caso em que um grupo detém força suficiente para mudar a ordem instituída. Com o objetivo de estabilizar seu domínio de maneira permanente, esse grupo deve controlar a origem mesmo da autoridade dentro da sociedade. Para tanto, é preciso em alguma medida deter o sistema que emana a normatividade legítima. Por essa razão, o ato de violência inaugural deve marcar não apenas a destituição da constituição anterior, mas a fundação de um novo ordenamento, o qual deverá constituir ficções que permitam aos integrantes da ordem reivindicar seus interesses na forma da linguagem então instituída. Nesse sentido, o Comitê Invisível aponta que a

ficção do poder constituinte serve apenas, na verdade, para mascarar a origem propriamente política, fortuita, o *golpe de força* pelo qual todo o poder se institui. Aqueles que tomam o poder retroprojetam sobre a totalidade social que doravante controlam a origem da sua autoridade e, dessa forma, fazem-na legitimamente calar

em seu próprio nome. Assim se realiza, a intervalos regulares, a façanha de disparar sobre o povo em nome do povo. O poder constituinte é o traje de toureiro de que se reveste a origem sempre sórdida do poder, é o véu que hipnotiza e faz com que todos acreditem que o poder constituído é muito mais do que realmente é.⁵³⁹

É importante observar de que maneira esse aspecto do fenômeno jurídico está presente nas discussões clássicas de teoria do direito. Conforme tivemos a oportunidade de antecipar em outro momento, para Kelsen, os cientistas do direito pressupõem a norma superior que dá completude ao sistema jurídico, na medida em que verificam a *eficácia* duradoura dos comandos emitidos pelos órgãos jurídicos. Em sua teoria, que tem pretensões de objetividade similares às ciências naturais pautadas por critérios empírico-fisicalistas, a existência do direito deriva em última análise da observância *factual* das normas por aqueles que estão submetidos ao ordenamento jurídico. Já Herbert Hart, inspirado pela filosofia da linguagem, procura fundar os critérios de identificação do sistema jurídico na própria comunidade linguística. Para ele, os membros de determinada comunidade jurídica reconhecem não apenas que *são obrigados* a obedecer às normas emanadas pelos órgãos competentes, mas acreditam efetivamente que *têm a obrigação* de fazê-lo. Esse argumento aponta que, para além da dimensão *factual* kelseniana, o direito possui um *ponto de vista interno* daqueles que integram sua prática social. Quer dizer: enquanto na primeira teoria a validade objetiva do ordenamento deriva de um critério físico, na segunda ela decorre da intencionalidade dos agentes que praticam aquele jogo de linguagem.⁵⁴⁰

⁵³⁹ COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 87-88.

⁵⁴⁰ KELSEN, 2006, p. 52/98. HART, 2009, p. 105-115. MACEDO JÚNIOR, 2012, p. 42-43/93-94.

Não se trata, por óbvio, de entrar aqui na longa questão sobre os critérios de identificação de um sistema jurídico válido. O importante para o nosso propósito é perceber como esse debate coloca em cena dois aspectos do modo mesmo de funcionamento do sistema jurídico. Kelsen e Hart possuem razão nos limites de suas respectivas abordagens metodológicas: tanto uma ordem jurídica só pode existir com a observância efetiva de seus comandos coercitivos (questão factual), quanto existe um ponto de vista interno dos participantes em que as normas jurídicas são vistas como obrigatórias (questão linguística). O direito constitui, a um só tempo, uma dimensão externa e uma dimensão interna, uma ordem de força e uma ordem de discurso. De modo tal que o sistema jurídico atua, a todo momento, tornando indiscerníveis estes dois polos, permitindo que a força reivindique legitimidade e, vice-versa, que a legitimidade reivindique força. Em síntese, podemos dizer que a ficção jurídica, que o poder constituinte cria através de um golpe de força, adquire um caráter objetivo para aqueles que estão submetidos a ela ou, de maneira ainda mais direta: *o ato que formula a ficção jurídica constitui também uma realidade própria.*

Uma forma de elucidar esse fenômeno é compará-lo com uma partida de futebol. Malgrado alguém possa olhar para os fatos que se sucedem em campo e enxergar apenas pessoas correndo atrás de uma bola, para aqueles que participam do jogo as regras convencionadas são “reais”, elas existem.⁵⁴¹ No caso do direito, o ato de fundação da ordem jurídica – a promulgação de uma Constituição, por exemplo – marca o início de um novo modo de reivindicação de direitos do ponto de vista dos sujeitos

⁵⁴¹ Luis Alberto Warat explica que o real não é senão um complexo, um fluxo de significações: “Deste ponto de vista, a realidade é o nome geralmente empregado no pensamento ocidental para o traçado polifônico das versões interpretativas. O mundo não tem nenhuma distância de suas versões. Por este motivo, estaríamos forçados a admitir que as significações formam um texto que não se extrai da consciência ou da realidade, senão da própria circulação discursiva”. (WARAT, 1994, p. 14)

que integram a comunidade, de modo que a luta política deve lidar com a *realidade jurídica*. Quer dizer, as regras instituídas pelo poder constituinte determinarão *performativamente* a forma com que os sujeitos de determinada ordem jurídica irão lutar para transformar a própria sociedade (pelo menos no que diz respeito ao exercício da força pública).⁵⁴²

Isso significa que o ato que institui a ordem jurídica se apresenta como um momento de excesso de decisão política que permite aos detentores da força constituir, a partir de então, o funcionamento normal da força social regulada pelo direito. Essa passagem do poder constituinte para o poder constituído faz parecer que o ato violento de fundação da sociedade se dá de uma só vez. O *ordenamento* jurídico significa, nesse caso, o que sua raiz etimológica sugere: uma tentativa de ordenação do tempo e do espaço que determina as formas, os modos, as oportunidades, os meios, etc. pelos quais os sujeitos podem pleitear os seus interesses de maneira legítima. (Não por acaso, nossas democracias liberais representam de maneira recorrente o dia da eleição como uma “festa da democracia”, quase lembrando que, se depois da farra vem a ressaca, a “intensa” participação política manifestada na urna logo deve dar lugar à operatividade das vidas privadas que contribuem para o progresso do país). O problema dessa busca pela ordenação da política é “*que a fundação jamais se completa: a violência inaugural não pode ser contida em um passado remoto, ela não cessa de se atualizar*”.⁵⁴³ Nesse caso, a instituição do ordenamento jurídico, que podemos enxergar metaforicamente como a assinatura de um contrato social, não tem o condão de apagar a violência, fazendo, isso sim, com que ela seja exercida com outras vestes, no caso atual, a veste da legalidade.

O mais importante desse ingresso da luta no campo do direito (ou, se preferirem, no “universo jurídico”) é que a

⁵⁴² Procuramos debater o caráter performativo da ciência dogmática do direito em LEITÃO, 2014.

⁵⁴³ NODARI, 2011, p. 9.

linguagem que busca regular a reprodução formal do sistema jurídico possui um regime de funcionamento próprio.⁵⁴⁴ Podemos aqui enunciar dois elementos básicos:

a) a captura da vida: Para poder intervir na vida humana, o direito necessita reduzir a singularidade dos fatos concretos através da criação de *tipos*. Todo o edifício jurídico existe, aliás, com o propósito de decidir se o acontecimento A da vida corresponde ou não ao tipo X da lei. Para permitir essa reproduzibilidade das normas abstratas diante da singularidade dos fatos da vida, os processos precisam correr ao largo da vida, como se fossem uma narrativa ficcional. Desse modo, o afastamento da realidade é uma condição *sine qua non* para a entrada da vida no direito.

O grande romanista Yan Thomas argumenta que “a ficção é um procedimento que (...) pertence à pragmática do direito”. Os antigos romanos, continua Thomas, não tinham pudor em, diante de uma situação excepcional na qual não queriam fazer uma determinada regra, optar por mudar juridicamente a situação no lugar de alterar a regra. Um exemplo, dentre muitos: buscando tornar válidos os testamentos de

⁵⁴⁴ Com base em um possível ato falho de um projeto de lei que disse que seria preciso *traduzir* o texto técnico de uma sentença para o vernáculo comum, Alexandre Nodari explica o que segue: “Há aí uma verdade essencial sobre o Direito: ele é uma linguagem diferente do ‘vernáculo comum’. Na famosa Apologia de Sócrates, o velho sábio, ao falar diante do tribunal que o acusava de impiedade, diz ser ‘um estrangeiro à língua’ que ali se fala, e pede pra ser tratado como se fosse um estrangeiro que não sabe o grego. O Direito não é uma língua estrangeira como o inglês ou o latim são em relação ao português ou ao grego: o Direito é a língua portuguesa ou grega em outro regime de funcionamento. Diante do Direito pátrio, somos como estrangeiros que não conhecem a própria língua”. (NODARI, 2013a, p. 7)

alguns cidadãos que haviam morrido quando se encontravam sob custódia dos inimigos, o que, por lei, invalidava tais testamentos, a Lex Cornelia, de 81 a.C., optou por criar uma ficção, da qual conhecemos duas versões: 1) a primeira, uma ficção positiva, era considerar os testamentos como se os cidadãos haviam morrido sob o estatuto normal da cidadania; 2) e a segunda, uma ficção negativa, pela qual os testamentos eram válidos como se os cidadãos não tivessem morrido sob o poder do inimigo.⁵⁴⁵

b) a transformação da vida: O segundo elemento que caracteriza o funcionamento da linguagem jurídica do ponto de vista interno é a sanção. Ou seja, não basta saber se o acontecimento A corresponde ao tipo X, mas também se deste decorre a consequência Y. Nesse ponto nos deparamos com a questão fundamental de saber *como* o direito muda a vida que o constituiu. Ora, essa mudança se dá em relação com as palavras, pois o direito é um dispositivo que se propõe a intervir na realidade através da linguagem. O problema é que para operar com esta máquina não basta saber dizer, é preciso saber as palavras certas, isto é, as palavras eficazes que autorizam o uso da força pública. Aliás, deriva daí a querela sobre se existiu um estágio pré-jurídico em que direito, magia e religião coincidiram. Na verdade, o que esses âmbitos partilham é o seu *modus operandi*: o uso de uma linguagem performativa que, no ato mesmo de dizer as expressões corretas, produz uma transformação na realidade.⁵⁴⁶

Fica visível, nesse caso, que o direito se distancia da realidade para intervir sobre ela e que, nessa operação, a linguagem jurídica se constitui enquanto um vernáculo próprio (o

⁵⁴⁵ NODARI, 2013a, p. 9.

⁵⁴⁶ NODARI, 2013a, p. 9-10.

chamado *juridiquês*). Não por acaso, na maior parte das vezes em que um sujeito político acredita que tem um direito dentro das regras de determinado sistema jurídico, ou quer mudar essas mesmas regras por outras, ele necessita recorrer a alguém versado nas fórmulas instituídas no ordenamento jurídico vigente. O formalismo do jurista, que muitas vezes está corretamente associado a um bacharelismo e a uma pseudo-erudição, remete ao núcleo mesmo do seu próprio saber. A inscrição da vida na esfera jurídica marca a passagem para um modo de disputa política em que o direito exigível perante o aparato estatal precisa se formalizar, se tornar fórmula.⁵⁴⁷

Verificamos esse fenômeno cotidianamente no processo cada vez mais intenso de juridificação das relações sociais, em que as questões sociais e humanas mais candentes são transformadas em querelas jurídicas sobre o correto sentido da fórmula instituída pelos detentores do poder.⁵⁴⁸ A fantasia do século XVIII de que um dia se criaria leis tão perfeitas que permitissem sua aplicação *técnica* por juristas parece não ter sido de todo dissipada.⁵⁴⁹ Isso marca outro aspecto da luta pelo direito no qual precisamos manter os nossos olhos fixos (malgrado não seja o foco do presente estudo): grande parte de nossos problemas políticos são decididos por sujeitos que compõem um grupo de status distinto dentro da própria sociedade, com educação formal, prestígio ocupacional e estilo de vida próprios.⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ NODARI, 2013a, p. 11.

⁵⁴⁸ Para uma análise deste avanço restrita ao poder judiciário, ver VIEIRA, 2008.

⁵⁴⁹ BOBBIO, 2006, p. 77.

⁵⁵⁰ TRUBEK, 2007, p. 167. Em ensaio com o sugestivo título, *Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva*, Bourdieu argumenta que “la rectitud [droiture] de quienes dicen el derecho es uno de los fundamentos del efecto que el derecho ejerce en el exterior y a la vez un efecto que ejerce el derecho sobre quienes ejercen el derecho, y que, para tener derecho a decir el derecho, deben ser ‘rectos’ [‘droits’]. Podría refirme una vez más a lo que decían Alain Bancaud, Yves Dezalay o Anna Boígeol: la construcción del hábito de jurista comporta todo un

A seguir, nosso objetivo é demonstrar como esse regime de funcionamento do sistema jurídico em um Estado de direito situado na periferia configura uma ambiguidade para a luta pelo direito. Mas, para concluir esta parte do argumento, nos parece importante exemplificar como o caráter necessariamente formular do direito marca um modo de luta política, mesmo quando não estamos sob a forma direito. No Brasil escravocrata de 1770, Esperança Garcia, mulher negra e escravizada, escreveu uma carta dirigida ao governador da capitania de São José do Piauí, que hoje contaria a seguinte redação:

Eu sou uma escrava de Vossa Senhoria da administração do Capitão Antônio Vieira do Couto, casada. Desde que o capitão lá foi administrar que me tirou da fazenda algodões, onde vivia com o meu marido, para ser cozinheira da sua casa, ainda nela passo muito mal. A primeira é que há grandes trovoadas de pancadas em um filho meu sendo uma criança que lhe fez extrair sangue pela boca, em mim não posso explicar que sou um colhão de pancadas, tanto que cai uma vez do sobrado abaixo peiada; por misericórdia de Deus escapei. A segunda estou eu e mais minhas parceiras por confessar há três anos. E uma criança minha e duas mais por batizar. Peço a Vossa Senhoria pelo amor de Deus ponha aos olhos em mim ordenando digo mandar ao procurador que mande para a fazenda aonde me tirou para

trabajo que parece tener por finalidad la adquisición de una postura física, corporal, de magistrado, combinación de ascesis, de resera y de todo un conjunto de virtudes que son la materialización en disposiciones corporales de las leyes fundamentales del campo jurídico como espacio autónomo respecto de las constricciones externas". (BOURDIEU, 2003, p. 4)

eu viver com meu marido e batizar minha filha.⁵⁵¹

Mesmo não sendo reconhecida nem mesmo como sujeita de direito por aquela ordem jurídica, Esperança Garcia se utiliza dos dispositivos jurídicos vigentes para reivindicar o fim dos maus-tratos a que ela, seus filhos e companheiras estavam submetidos. Em Dossiê que lhe valeu o título de primeira advogada do Piauí, a Comissão da Verdade da Escravidão Negra identifica inclusive que esta carta possui a estrutura de um verdadeiro peticionamento, contando com a qualificação da requerente, a descrição dos fatos e a formulação dos pedidos (nos quais, não por acaso, foi solicitado aquilo que estava *previsto* pela ordem que lhe era claramente opressora).⁵⁵² Desse modo, as fórmulas jurídicas com as quais aquela mulher foi reduzida à sua mera condição biológica possibilitaram, mesmo que de maneira mínima, uma forma de resistência frente à violência arbitrária a que estava sendo submetida. Diante desse caráter estrutural do sistema jurídico, cabe refletir sobre os potenciais regressivos e emancipatórios da luta pelo direito em nosso próprio tempo.

10.2. Quando o poder constituinte institui um Estado de direito, a reivindicação de legitimidade própria de todo ordenamento jurídico adquire outro patamar. Sob a forma da forma direito, o poder soberano institui ficções jurídicas que visam a assegurar direitos básicos a todos os cidadãos, buscando constituir nos termos neumannianos uma tensão entre soberania e liberdade. O seu jogo de linguagem – criado performativamente por um golpe de força – faz com que as diferentes forças sociais tenham razões para acreditar que podem alterar as fórmulas instituídas de maneira imanente à própria ordem vigente. Conforme explicamos de maneira detalhada, não é suficiente dizer que essas garantias institucionais são inexistentes porque

⁵⁵¹ MOTT in SOUSA, 2017, p. 9.

⁵⁵² SOUSA, 2017, p. 101-102.

não são objetos empíricos, pois, assim como Deus ou o dinheiro, o Estado de direito representa um complexo de práticas e de relações sociais reais que produzem efeitos significativos na vida social. A questão, portanto, é mais complexa e exige pensar os limites e as possibilidades da ação política através dessa estrutura institucional.

Apesar de nos propormos a avançar na elaboração dessa inteligibilidade por meio de uma pesquisa bibliográfica, essa indagação não pode ser respondida em abstrato, afinal de contas, a ação política se dá diante de estruturas sociais concretas. No caso do Brasil, foi preciso configurar a especificidade das suas relações sociais, apontando que nosso Estado de direito nunca se baseou numa noção de legalidade que pudesse ser generalizada para toda a população. Este aspecto da problemática nacional marca, a nosso ver, um elemento decisivo dentro de qualquer estudo de teoria do direito que pretenda elucidar o funcionamento do sistema jurídico.

Em geral, costuma-se enfatizar corretamente o fato de que o Brasil é um país muito desigual ou que o avanço do neoliberalismo abala as estruturas do Estado nacional. Contudo, as noções correntes de “crise do Estado de direito na periferia” pouco apontam para o caráter estrutural dessa desigualdade que procuramos levantar anteriormente. O problema central em nosso país não é a brutal diferença de renda ou de riqueza, mas, o fato de que parcela significativa da população não possui sequer os pressupostos psicossociais necessários para a modernidade que aqui se instaurou, acarretando um padrão diferenciado, porém invisibilizado, de reprodução do próprio sistema jurídico. Ao comungarem em maior ou menor grau com a tese patrimonialista, as teorias clássicas sobre o direito brasileiro deixam de lado essa questão fundamental, dando margem ao senso comum de um povo essencialmente corrupto que não assimilou a impessoalidade própria dos países centrais. Daí as noções tão

correntes de “jeitinho brasileiro” que, na maior parte das vezes, associam o pobre como o malandro, aquele que burla as leis.⁵⁵³

Acontece que a renúncia aos interesses particulares em nome da lei pactuada no espaço público só faz sentido quando a civilização assegura aos indivíduos o mínimo de segurança na satisfação de suas necessidades.⁵⁵⁴ Em uma sociedade em que parcela significativa da população está permanentemente alijada dos bens materiais e simbólicos produzidos socialmente ocorre uma ampliação desmedida da violência. Conforme Agamben nos ensina, para controlar esse povo que não pode ser integrado na totalidade da qual faz parte – sem prejuízo ao desenvolvimento do sistema capitalista – o Estado necessita agir selecionando os agentes sociais de acordo com o seu valor na reprodução das relações sociais, econômicas e culturais. Por isso, a força da ~~X~~ incide de maneira característica sobre marcadores específicos, tais como opressões étnicas (negros, árabes, índios), locais de moradia (pobres da periferia, populações ribeirinhas) ou, mesmo, com base em suas formas de atuação (movimentos sociais). Desse modo, se o progresso exige suas vítimas, em uma sociedade periférica, o Estado deve atuar predominantemente com base em critérios biopolíticos, literalmente, *constituindo* os bandidos, os cadáveres e os horrores que asseguram ao todo da sociedade a manutenção desse modo de vida concorrencial e predatório.⁵⁵⁵

Isso não quer dizer que o Estado de direito e tampouco seus agentes tenham consciência dessa lógica perversa que nega a condição humana de parte da população, reduzindo-a aos seus componentes meramente biológicos.⁵⁵⁶ Como essa massa

⁵⁵³ Um exemplo dos equívocos culturalistas pode ser encontrado em ROSSEN, 1998.

⁵⁵⁴ FREUD, 2010, p. 130.

⁵⁵⁵ MENEGAT, 2012, p. 50.

⁵⁵⁶ O conceito de senso comum teórico dos juristas de Luis Alberto Warat aponta para a existência de uma instância discursiva que autoriza a legitimidade dos discursos jurídicos e condiciona os efeitos significativos deles decorrentes, garantindo, desse modo, que os juristas não percebam o divórcio entre as promessas emancipatórias do Estado

supostamente imprestável não dispõe dos hábitos e dos modos de fala que lhes assegurariam o reconhecimento do *status* intersubjetivo de cidadão, o padrão seletivo de reprodução do direito na periferia se torna absolutamente invisibilizado e até mesmo natural. Por isso, pode não parecer estranho para a maior parte dos sujeitos que operam essa máquina letal que quilombolas desapropriados de suas terras para a construção de uma megaempreendimento (desprovidos da possibilidade de viver seus modos de vida *em nome do progresso*) tenham sido ressarcidos com valores que variaram de três a trezentos reais, ou que uma Casa de Acolhimento para população em situação de rua tenha sua inauguração suspensa pelo judiciário para preservar a condição “pacata e predominantemente residencial” de um setor urbano.⁵⁵⁷ Isso para não falar da violência policial exercida cotidianamente na favela sobre os corpos da massa de mão de obra passível de fácil reposição pelo sistema.

O fato de estarmos sob o jogo de linguagem da forma direito faz com que acontecimentos como esse *apareçam* como excepcionais perante nossa esfera pública espetacular. Entretanto, definir se estamos em um Estado de direito ou em um estado de exceção não é uma questão quantitativa que diga respeito à maior ou menor efetividade das leis positivadas previamente de acordo com os procedimentos estabelecidos. Como ensina Walter Benjamin, para os oprimidos o estado de exceção é a regra geral. O que, a nosso ver, torna a perspectiva biopolítica de Agamben decisiva para a crítica ao direito é que possamos perceber a razão que governa os instantes de excesso e de irracionalidade do poder e, por conseguinte, as funções não declaradas que a veste de legalidade da força pública cumpre para a continuidade da separação entre a *bíos* e *zoé*. Ora, a decretação de uma ditadura *explicita* a impossibilidade, até mesmo formal, de integrarmos o poder estranhado que nos governa. Sob a égide de um Estado de

de direito e a realidade concretizada em suas práticas. Procuramos debater esse conceito em LEITÃO, 2016.

⁵⁵⁷ MARTINS, 2017, p. 60. SANTOS; CARDOSO; LEITÃO, 2017, p. 260ss.

direito, por sua vez, as exceções aparecem como sendo passíveis de correção no futuro mediante a criação de novas instituições ou de novos modelos de juridificação. Assim como o capital nos convida à crença de que seus problemas mais evidentes podem ser solucionados por ele mesmo, a forma direito indica para os cidadãos que eles dispõem de mecanismos internos para controle de seus próprios excessos. Como veremos, essa é uma verdade *parcial*, por isso a eficácia do projeto de Estado de direito.

O que se trata de elucidar aqui quanto ao potencial regressivo do Estado brasileiro é que, independente do seu caráter de Estado de direito (*Rechtsstaatscharakter*), existe um excesso constitutivo que funda a própria legalidade. As operações com as quais o discurso moderno procura reduzir o direito à figura da lei não têm o condão de aplacar a violência que integra constitutivamente a ordem jurídica. Por mais que não seja sua única função, os dispositivos hierárquicos que regulam os diversos procedimentos de criação dos direitos servem para dissimular a verdadeira natureza do poder que, tanto na sua origem, quanto na sua operação rotineira, é sempre violência.⁵⁵⁸ Existe, portanto, um *excesso constitutivo* ao direito que – mesmo quando, sob a forma direito, se apresenta como submetido ao

⁵⁵⁸ MATOS, 2017, 20/23. Andityas Matos afirma quanto aos procedimentos jurídicos que “[l]a cadena jerárquica funciona en dos sentidos: primero, hacia arriba, apuntando hacia el futuro al pretender ocultar el carácter violento e incontrolable de cualquier decisión político-jurídica. Ya es una práctica social (y retórica) largamente aceptada en nuestros tiempos la de la creación de instancias de control que se acu-mulan unas sobre otras, en una tentativa frustrada de suplantar la fuerza corrosiva de la pregunta milenaria de Juvenal: «*quis custodiet ipsos custodes?*» (Satire, VI, 346-348). Por lo tanto, si un tribunal es corrupto, que se cree otro para controlarlo; si este tampoco se comporta, que sea creado otro y otro más, infinitamente. Pero el hecho es que en la vida real la decisión será tomada, será final y sin apelación y, por eso mismo, excepcional”. (MATOS, 2017, p. 23)

controle dos cidadãos – invoca permanentemente a possibilidade de decidir sobre uma exceção.⁵⁵⁹

Este é um aspecto decisivo na crítica ao direito, pois nos permite dar uma inteligibilidade para acontecimentos que são sutilmente desarticuladas do funcionamento da máquina político-jurídica, por mais que sejam reiterados e, em alguns casos, até mesmo necessários para a reprodução do sistema. A idealidade da lógica do contrato social, com a qual os liberais se permitem defender a expansão contínua do Estado de direito, faz com que nunca possamos elucidar positivamente o negativo, isto é, o “não-direito”, aquele momento em que supostamente apenas “falta Constituição”. Ora, essa ausência de direito é uma produção dele, portanto, é uma parte do seu funcionamento que de maneira alguma pode ser desprezada. Afinal de contas, são exatamente aqueles que aparentemente estão excluídos das garantias do contrato que mais sofrem os efeitos da ordem jurídica. Quem mais do que os presidiários, os miseráveis, os desterrados, os moradores de rua estão capturados pelo sistema jurídico nacional? Ou onde mais do que nas favelas, nos presídios, no interior rural se submete a uma força de ~~X~~? O nada – a suposta ineficácia da lei – é a realidade que a alucinação do contrato não nos permite enxergar.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ Zizek explica essa ideia ao explicar o seguinte paradoxo: “Este paradoxo baseia-se no excesso constitutivo da representação sobre os representados. De acordo com a lei, o poder do Estado apenas representa o interesse de seus súditos; está a serviço deles, é responsável por eles e está, ele mesmo, sujeito a seu controle. Entretanto, de acordo com o superego subjacente, a mensagem pública de responsabilidade é complementada pela mensagem obscena do exercício incondicional de poder: “As leis não me constroem realmente, eu posso fazer a você o que eu quiser, eu posso tratá-lo como culpado se assim o decido, eu posso destruí-lo por um capricho”. Este excesso obsceno é um componente necessário da noção de soberania. A assimetria, aqui, é estrutural: a lei pode apenas sustentar sua autoridade se os súditos escutarem nelas o eco da obscena e incondicional auto-afirmação do poder”. (ZIZEK, 2010, p. 20-21)

⁵⁶⁰ PINTO NETO, 2010, p. 138-141.

Além do mais, a crítica biopolítica de Agamben nos permite pensar os interesses que se escondem por trás dessa aparente disfuncionalidade do direito na periferia. Estamos acostumados a colocar o Estado de direito dos países centrais como modelo a ser seguido por uma suposta autonomia operacional do sistema jurídico que permite a aplicação rigorosa da lei para todos. O ingresso dos refugiados em sua ordem jurídica tem servido para demonstrar o acerto da máxima segundo a qual *necessitas legem non habet*, pois, sempre que as autoridades *consideram* necessário para o bem-estar da totalidade do corpo social, esses membros veem seus direitos humanos mais elementares suspensos, fazendo com que o mínimo de vigência formal coincida com o máximo de aplicação real e vice-versa. A especificidade do Estado de direito na periferia não deve ser buscada, portanto, neste aspecto estrutural da máquina jurídica, mas nas melhores ou piores condições que exigem a manifestação da letalidade do sistema. Ao ter que lidar mais diretamente com essa massa de espoliados, o Estado de direito na periferia necessita exacerbar a violência inerente à estatalidade enquanto tal.⁵⁶¹

⁵⁶¹ Uma vertente explicativa para esse fenômeno aponta que, no centro do sistema capitalista, os direitos sociais e políticos dos cidadãos têm maior facilidade para serem assegurados em virtude da troca desigual que os povos da periferia fazem com os Estados imperialistas. Malgrado sejamos levados a crer que as garantias do *rule of law* sejam frutos de uma institucionalidade secular arraigada nos hábitos de todos os estratos sociais, a eficácia desses dispositivos legais está diretamente relacionada com a transferência de valor da periferia para o centro, que exige a superexploração da força de trabalho nas antigas colônias. Na contraface disso, a pobreza da América e a conseqüente ineficácia dos seus direitos se deve ao fato de que as gentes que aqui trabalharam e, em alguma medida, trabalham até hoje produzem riqueza para atender aos interesses alheios e externos, enriquecendo as oligarquias locais. (Cf. CHEROBIN, 2016, p. 248ss. e VASCONCELLOS, 2015, p. 39) Para uma crítica à burguesia nacional, ver OURIQUES, 2014, p. 12, RIBEIRO, 2006, p. 62 e MAZZEO, 2015, p. 26.

Isso não significa que a diferença seja tão somente “quantitativa” (como se o Estado na periferia fosse apenas mais violento do que no centro). Existe, como procuramos demonstrar, um problema no enraizamento das instituições modernas no tecido social. Conforme ensina Jessé de Souza, parcela da população não dispõe dos valores necessários para competir pelos bens materiais e simbólicos produzidos socialmente, tornando a modernidade periférica um projeto fracassado de antemão em suas próprias possibilidades. A especificidade, por assim dizer, *qualitativa* do nosso sistema jurídico remete, portanto, a um padrão de funcionamento seletivo mesmo quando se trata de arbitrar direitos para os cidadãos em condição de igualdade formal. Devemos lembrar, nesse caso, que a periferia foi forjada enquanto tal na condição de estado de exceção. A descoberta pelo velho mundo de espaços extra-europeus, que deveriam ser apropriados e divididos, fez com que surgissem instâncias de desordem e anomia onde não poderia prevalecer o *jus publicum europaeum*, valendo tão somente o direito do mais forte.⁵⁶² Portanto, as guerras coloniais promovidas pelo centro – condição *sine qua non* para seu desenvolvimento capitalista – autorizavam que todos os povos fora de seus limites territoriais fossem passíveis de eliminação física e de dominação cultural.

A implantação posterior de um Estado nacional no Brasil não altera essa lógica de exceção de maneira substancial, como prova o fato, já debatido, dos amplos contingentes populacionais até hoje abandonados à sua própria sorte: sem terra, sem direitos e, inclusive, sem os valores para a forma de vida instaurada, sem a qual as condições intersubjetivas para o reconhecimento de direitos pelo próprio sistema de justiça não estão dadas. E pior ainda: no afã mesmo de se modernizar, o Estado brasileiro – com ou sem a forma direito – atua suspendendo os direitos daqueles indivíduos que não podem integrar a totalidade da qual fazem parte.

⁵⁶² BERCOVICI, 2006, p. 97.

Um exemplo histórico desse fenômeno, que ironicamente se concretiza através da positivação de um direito social, pode ser observado em uma interpretação sociológica da lei trabalhista conquistada durante o período Vargas. De acordo com Chico de Oliveira, e ao contrário do que se imagina, o reconhecimento desses direitos serviu para igualar e *reduzir* o preço da força de trabalho, permitindo o acúmulo de capital para o surgimento de uma burguesia industrial no país.⁵⁶³ Lógica que se reproduz com idêntica natureza hoje nas mais diversas questões em que se coloca a relação entre o progresso capitalista e os direitos estatais, como a flexibilização da proteção social do trabalho, a construção de usinas hidrelétricas em territórios tradicionais, o controle social dos excluídos via sistema penal, a legalidade imposta por grandes conglomerados empresariais; etc.

Em todos esses exemplos, a aplicação ou a suspensão da legalidade pactuada no espaço público atende à razão biopolítica, eliminando as vidas e as formas de vida que não interessam para a construção de um corpo social saudável e produtivo. Ao invés da decretação total e explícita de um estado de exceção – que enfraquece a autoridade da dominação social –, o biopoder pode realizar a *gestão dos ilegalismos* sob o discurso de legitimidade da forma direito.⁵⁶⁴ Os excessos e as exceções são suportados e legitimados com base na ideia de que estamos inseridos em um

⁵⁶³ OLIVEIRA, 2003, p. 38/33. Em sua leitura sobre o subdesenvolvimento brasileiro como produto da expansão capitalista, Chico de Oliveira explica que “[e]ssa forma parece absolutamente necessária ao sistema em sua expansão concreta no Brasil, quando se opera uma transição tão radical de uma situação em que a realização da acumulação dependia quase integralmente do setor externo, para uma situação em que será a gravitação do setor interno o ponto crítico da realização, da permanência e da expansão dele mesmo. Nas condições concretas descritas, o sistema caminhou inexoravelmente para uma concentração da renda, da propriedade e do poder, em que as próprias medidas de intenção corretiva ou redistributiva – como querem alguns – transformaram-se no pesadelo prometeico da recriação ampliada das tendências que se queria corrigir”. (Idem, p. 60)

⁵⁶⁴ A expressão é de FONSECA, 2002, p. 172-173.

modelo de Estado em que todos somos sujeitos do direito e, portanto, em que temos liberdade para construir nossa própria identidade constitucional.⁵⁶⁵

Com base neste pressuposto, a teoria e a filosofia do direito contemporâneas têm centrado a maior parte de seus esforços em questões hermenêuticas que, situadas no ponto de vista interno, reforçam a ideia de que os juristas devem cooperar construtivamente no aprimoramento do direito enquanto prática social, deixando de lado uma reflexão sobre os limites estruturais do sistema jurídico.⁵⁶⁶ A nosso ver, esta perspectiva que em última análise busca equilibrar democracia e constitucionalismo, vem perdendo gradualmente a sua verossimilhança no atual contexto, em virtude do declínio do Estado-nação no cenário globalizado e do aparecimento de um discurso de emergência que se configura como uma verdadeira técnica de gestão das populações. Quer dizer, além das instituições públicas nacionais terem suas autonomias enfraquecidas por instâncias decisórias controladas por organismos multinacionais, um estado duradouro de crise leva a população a clamar por medidas de segurança que terminam por suspender quaisquer garantias legais.

Desse modo, para podermos definir as possibilidades efetivas de uso do direito em vista à emancipação humana é preciso entender que atualmente a identidade entre governantes e governados não se dá, como seria desejável, através de uma ampla participação popular na construção do direito que pudesse superar o caráter estranhado do Estado de uma sociedade de classes. Essa coesão tem sido conquistada através de um discurso de catástrofe (econômica, ambiental, terrorista, nuclear) que, ao ameaçar com inúmeras possibilidades de um futuro aterrador, gera no presente um sentimento de defesa da ordem, legitimando quaisquer ações do governo que visem a garantir a segurança

⁵⁶⁵ ROSENFELD, 2004. No Brasil, ver o significativo trabalho de CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011.

⁵⁶⁶ Este projeto está bem delineado em suas premissas e objetivos em ATIENZA, 2015. No contexto brasileiro, essa perspectiva teórica está lastreada na ampla influência de DWORKIN, 2007.

física dos cidadãos (independente, é claro, das amarras legais). A *crise*, ao invés de representar a possibilidade de uma revolução no instituído, como queria Marx, passa a ser uma forma de impor mudanças sempre mais drásticas a favor do capital e contra as formas de vida que, por recusa ou impossibilidade, não aderem ao excesso de produtivismo.⁵⁶⁷

Esse estado de permanente instabilidade, que autoriza a emergência de quaisquer medidas necessárias para a *salus publica*, somente pode ser alcançado no momento em que a *oikonomia* a que estamos submetidos massifica determinado modelo de subjetividade. O recurso constante ao medo constitui uma forma de garantir a coesão entre os cidadãos, servindo ao objetivo de manter a população pronta para a qualquer momento ter que defender o governo. Para tanto, a sociabilidade atual constitui uma forma de vida rigorosamente insustentável, na qual os cidadãos são submetidos à preocupação pela sobrevivência, à angústia econômica de que tudo pode faltar. A luta desesperada pela própria vida é o que anima as ações de cada indivíduo no regime neoliberal.⁵⁶⁸

Por essa razão, temos insistido que a hegemonia da razão neoliberal em nosso tempo não configura apenas uma mudança no processo de concentração de riqueza e de poder em escala global que esgarça a institucionalidade dos Estados de direito. Ela representa uma mudança mais profunda nas formas mesmo de ser-si e de estar junto na contemporaneidade, consumindo exatamente o sujeito que, pelo menos desde a modernidade, teria evocado para si a responsabilidade pela criação dos interditos que possibilitam a emergência de uma comunidade humana.⁵⁶⁹

Diante dessas circunstâncias, acreditamos que para entender o funcionamento do sistema jurídico no contemporâneo é preciso elucidar o vínculo fundante que existe entre o direito e a subjetividade de dois modos diferentes. Em um primeiro sentido,

⁵⁶⁷ IASI, 2005, p. 191-192. COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 19/23-24/78.

⁵⁶⁸ COMITÊ INVISÍVEL, 2016, p. 30-31.

⁵⁶⁹ DUFOUR, 2005, p. 24/79. PHILIPPI, 2001b, p. 54.

e conforme antecipamos parcialmente, a forma de vida que vivemos coletivamente não apenas cria as instituições e o direito, como autoriza a liberação do seu excesso estrutural. Não se revela ocasional, nesse sentido, que Agamben reitere em diferentes passagens de sua obra que o estado de exceção é, de fato, “desejado”.⁵⁷⁰ Ora, é também porque reivindicamos mais medidas de segurança que garantam nossa sobrevivência que o Estado fala cada vez menos a língua da lei, como nos leva a pensar a coincidência vivenciada no Brasil entre a letalidade da ação policial em relação aos excluídos e os altos índices de concordância com a ideia de que “bandido bom é bandido morto”.

Em segundo lugar, as transformações jurídicas que temos vivenciado no atual período neoliberal são uma ferramenta indispensável na criação de uma forma de vida coletiva em que indivíduos atomizados e massificados em suas singularidades se submetam de maneira voluntária aos diversos dispositivos que reduzem a vida humana aos seus processos biológicos. De acordo

⁵⁷⁰ Em um momento elucidativo de seu pensamento, o filósofo italiano destaca que, para Schmitt, somente o povo efetivamente reunido é povo e somente o povo efetivamente reunido pode realizar a atividade que lhe é específica: aclamar. Diz Schmitt: “Só o povo efetivamente reunido é povo e só o povo efetivamente reunido pode fazer aquilo que é especificamente próprio da atividade desse povo: pode aclamar, isto é, pode exprimir com um simples grito sua aprovação ou repulsa, gritar viva ou abaixo, saudar com júbilo um chefe ou um projeto, dar um viva ao rei ou a qualquer outro, rejeitar a aclamação com o silêncio ou com o murmúrio [...] Basta o povo se reunir efetivamente, não importa o objetivo (desde que não apareça como um grupo de interesses organizados), mais ou menos como ocorre nas manifestações de rua, nas festas públicas, nos teatros, no hipódromo, no estádio, para que esse povo aclamante esteja presente e seja, ao menos em potencial, uma grandeza política”. (apud AGAMBEN, 2011c, p. 277) Deste modo, a aclamação – que o povo realiza atualmente sob a forma da opinião pública – possui uma função constitutiva em nossas democracias contemporâneas e se refere a uma esfera mais arcaica do direito. (Idem, p. 190/277-278/208)

com o estudo de Pierre Dardot e Christian Laval, para que o neoliberalismo alcançasse tamanho nível de hegemonia a ponto de funcionar como *razão normativa global* (que orienta a prática efetiva dos governos e de milhões de pessoas que não têm consciência disso) foi indispensável enfraquecer as instituições e os direitos que a classe operária conquistou a partir do final do século XIX. Sob as falácias reproduzidas a exaustão pelos *media* de que o aparato estatal atrapalha o desenvolvimento do capitalismo, o governo atuou de maneira decisiva para enfraquecer os direitos sociais e políticos reconhecidos pelo Estado de direito, disseminando a lei tão pouco natural da concorrência e do modelo de empresa para governos e governados.⁵⁷¹

Este ponto é decisivo para compreender uma característica marcante da atual fase do capitalismo. Por estar centrada predominantemente nos aspectos econômicos, a maior parte das análises deixa escapar que as transformações jurídicas das últimas décadas impactaram com maior força no modelo de subjetividade. As situações de mercado que foram sendo criadas a partir das mudanças nas regras jurídicas e monetárias incidiram diretamente nas normas de comportamento que regulam a relação entre as pessoas, formando sujeitos cada vez mais adaptados às lógicas de mercado. Desse modo, “*a atenção exclusiva que se deu à ideologia do laissez-faire nos desviou do exame das práticas e dos dispositivos encorajados pelos governos ou diretamente implantados por eles*”.⁵⁷²

No caso brasileiro, a dominação do capitalismo financeiro próprio do neoliberalismo tem se dado através do corte de despesas com controle e vigilância da força de trabalho, seguida por uma violência simbólica que consiste em associar a supressão dos direitos conquistados pela classe trabalhadora com a “revolução expressiva” dos anos 60 e 70. De tal modo que a

⁵⁷¹ BAZZANELLA; ASSMANN, 2013, p. 29-30. DARDOT; LAVAL, 2016, p. 20-21.

⁵⁷² DARDOT; LAVAL, 2016, p. 191.

precarização das relações de trabalho, bem como a perda de garantias sociais e securitárias, são apresentadas com o triunfo da criatividade, da coragem e da liberdade de indivíduos que ousam produzir riquezas para a sociedade independente do Estado. Portanto, o resultado do desmonte institucional de direitos sociais é criação de sujeitos que concebem a si próprios como uma empresa: associação do seu valor individual com critérios de produtividade; confusão entre a melhoria da qualidade de vida e o acúmulo de mercadorias; busca por um ritmo ininterrupto de trabalho que se acopla nas tecnologias de informação e coloniza a vida como um todo.⁵⁷³

O mesmo raciocínio se aplica, ademais, aos direitos políticos. Para homogeneizar os valores que maximizam o funcionamento do capitalismo, instalando um “regime de evidências” incorporado pelos próprios sujeitos, o neoliberalismo também necessitou reduzir o espaço público em que se tornava possível para os cidadãos reivindicar o incremento de direitos. Não por acaso, uma Comissão Trilateral (Estados Unidos, Europa e Japão), fundada na década de 70 por David Rockefeller, destacava que as democracias contemporâneas eram ingovernáveis se não se estabelecessem limites às possibilidades de participação dos cidadãos no Estado de direito:

Ao contrário de Tocqueville ou Mill, que lamentavam a apatia dos modernos, os três relatores da Comissão Trilateral, Michel Crozier, Samuel Huntington e Joji Watanuki, queixavam-se do “excesso de democracia” que surgiu nos anos 1960, isto é, em sua opinião, do aumento das reivindicações igualitárias e do desejo de participação política ativa das classes mais pobres e mais marginalizadas. Para eles, a democracia política somente pode funcionar normalmente com certo grau de

⁵⁷³ SOUZA, 2010, p. 54. PINTO NETO, 2016, p. 7/10-11.

“apatia e não participação da parte de certos indivíduos e grupos”. Alinhando-se aos temas clássicos dos primeiros teóricos neoliberais, pediam que se reconhecesse que “há um limite desejável para a ampliação indefinida da democracia política”.⁵⁷⁴

Desse modo, a hegemonia da razão neoliberal compromete até mesmo a frágil noção de contrato social que legitima a lógica do Estado de direito.

10.3. Diante desse aspecto fundamental da nossa conjuntura política, econômica e subjetiva precisamos recolocar a questão sobre o Estado de direito no Brasil. Por um lado, como já dissemos, o Estado brasileiro constitui um dispositivo biopolítico que, em sua lógica de exceção, autoriza a destruição das formas de vida que não interessam ao progresso do capitalismo. Por outro, e de maneira paradoxal, as principais conquistas sociais que asseguraram um mínimo de inserção econômica e social para os abandonados se deram a partir dele. Vide, em nossa história recente, para ficar apenas nestes, os programas assistenciais de renda mínima e as cotas para inclusão social e étnica nas universidades públicas. Este é um dos principais motivos pelo qual as teorias jurídicas nacionais devem se acautelar ao tomar como ponto de partida críticas sociais que se baseiam no conceito de patrimonialismo. Ao apontar exclusivamente para a corrupção estatal, idealizando o mercado como reino da impessoalidade e das virtudes, seus argumentos terminam por reforçar a tendência conservadora que retira dos abandonados um instrumento importante na luta pela própria sobrevivência material e simbólica.⁵⁷⁵

⁵⁷⁴ DARDOT; LAVAL, 2016, p. 193-194.

⁵⁷⁵ SOUZA, 2010, p. 352.

Além do mais, conforme debatemos anteriormente sobre as mudanças jurídico-institucionais próprias ao neoliberalismo, o capitalismo globalizado tem criado instâncias decisórias que prescindem do Estado de direito. Para ser mais exato, não se trata de dizer que o capitalismo existe atualmente sem o Estado, o que seria equivocado em termos descritivos, mas de observar que o aparato estatal perde progressivamente a forma da forma direito. Confirmando a atualidade do pensamento de Neumann, a segurança jurídica para as trocas comerciais e financeiras tem sido obtida por meios alheios ao direito liberal. Quanto maiores os espaços de participação do povo na juridificação autônoma de suas relações sociais, piores são as condições de reprodução do capital. Por isso, se o Estado nacional ainda é uma engrenagem do sistema capitalista, a forma direito – instituída na Constituição de 1988 para superar a ditadura política cívico-militar – constitui uma forma de resistência perante a atual ditadura econômica dos mercados.⁵⁷⁶

O problema da ação política através do Estado de direito exige, portanto, perceber do ponto de vista interno do sistema jurídico os efeitos significativos que decorrem quando o poder constituinte, em sua violência inaugural, institui fórmulas que estabelecem direitos humanos frente ao poder estatal. Reconhecer a fratura biopolítica do poder em nossos Estados de direito não implica – como o próprio Agamben reitera – em confundir democracia com autoritarismo. A nosso ver, por maior que seja a “ineficácia” dos direitos sociais e políticos para determinados segmentos sociais, o seu mero reconhecimento formal pelas instâncias estatais enfraquece o exercício direto da força pública, assegurando, nos termos de Neumann, um mínimo de liberdade e de igualdade para que as lutas sociais possam ocorrer. A despeito da controvérsia sobre se atualmente existem possibilidades efetivas de uma autolegislação imanente das pessoas sobre as regras que regulam suas diferentes formas de vida, a instituição de direitos pelo poder soberano – mesmo quando de meros *diretos negativos* – constitui uma forma de resistência para que

⁵⁷⁶ A expressão é de BERCOVICI, 2006, p. 95-96.

outras formas de ação política possam se colocar em cena. Se, conforme o exemplo dado anteriormente, Esperança Garcia conseguiu se valer de fórmulas estabelecidas pela ordem jurídica que lhe era opressora para resistir contra os maus tratos a que estava submetida, a potencialidade de resistência é ainda maior quando se trata de um Estado de direito que reconhece formalmente direitos de participação política.

Por essa razão, a contribuição de Neumann se revela decisiva para compreensão das possibilidades de ação política através do Estado de direito. Ao apresentar o processo de desencantamento do direito que fez com que seu conceito deixasse de se reportar a elementos transcendentais para se encarnar na racionalidade das instituições criadas pelos homens, o teórico alemão permite um sentido ético mínimo para a sociabilidade que se constitui dentro de um Estado de direito, à medida que somos convocados a invocar a nossa própria responsabilidade na construção das normas que regulam a convivência entre as diferentes formas de vida. Considerando que, sob a égide da forma-direito, o direito não se separa da sua possibilidade de se atribuir uma nova forma, os movimentos sociais passam a ter condições mínimas para se articular no sentido de fazer frente ao domínio dos grupos que alcançam seus interesses por meios alheios às deliberações tomadas no espaço público.

Desse modo, não apenas permanece viva a possibilidade de transformação imanente da ordem jurídica pelos sujeitos sociais, como essa própria abertura para novos modelos de juridificação de acordo com as decisões políticas dos sujeitos sociais constitui um modo sociabilidade que firma perante os indivíduos a ideia fundamental de que a atividade política não se restringe aos meios de reprodução técnica. Apesar da importância da busca pela satisfação das demandas materiais, Neumann entende corretamente que o Estado de direito significa a manutenção de um espaço de deliberação em que as questões de igualdade social e de liberdade política podem ser colocadas. É importante lembrar que o direito cria instituições que, em alguma

medida, estruturam determinadas formas de relações humanas no seio da sociedade. Portanto, ao assegurar a potencialidade para que a ação política se exerça, a forma direito fomenta uma participação das pessoas nos processos de decisão que ameaça os mais fortes com a ideia de que possa se eliminar o caráter estranhado do poder, configurando uma sociabilidade minimamente democrática.

Não se trata, com isso, de defender que a forma direito possibilita *per si* uma ação política que vise à emancipação humana. Neumann e Agamben se encontram num ponto improvável quando mesmo o teórico alemão assente que, no momento em que a classe trabalhadora se tornar politicamente consciente das possibilidades abertas pelo Estado de direito, a burguesia abandonará a crença nas regras instituídas. Uma operação que, como sabemos, não deixa de ser custosa para aqueles que concentram as condições para exercício da força. Nesse caso, a questão consiste, sim, em conseguirmos formular os limites e as possibilidades da ação política através do Estado de direito na periferia da sociedade neoliberal, isto é, o que esse edifício ideológico imposto pelos colonizadores nos permite articular politicamente.

Nossa tese aponta para a ambiguidade da luta pelo direito, no sentido de que, ao tempo em que a forma direito permite a resistência de diferentes formas de vida, ela paradoxalmente autoriza a continuidade da fratura biopolítica que separa a vida de sua forma, reduzindo o homem a sua mera existência biológica. Um exemplo empírico que ilustra este argumento, ainda que de maneira parcial, pode ser encontrado em um exame da aplicação da Lei Maria da Penha. Como sabemos, esse dispositivo legal surge a partir de lutas do movimento feminista pela prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo considerado por muitos como um marco para a autonomia e a segurança feminina. Optando pela juridificação de relações sociais de âmbito privado, os movimentos sociais conseguiram não apenas aumentar o referencial quantitativo em abstrato da pena do crime de violência doméstica, quanto possibilitar a

utilização de prisão preventiva quando o delito envolvesse a violência doméstica e familiar contra a mulher, ampliando o rol de prisões processuais do Código de Processo Penal.

De acordo com as pesquisas criminológicas sobre o tema, ao invés de cumprir com a sua função de proteger os cidadãos e de recompor os vínculos sociais, o ingresso desses conflitos na máquina jurídica termina por cumprir com a função não declarada de neutralizar os miseráveis que não conseguem atuar positivamente na dinâmica do capital. Não são poucos os casos de homens pobres que são encarcerados preventivamente, inclusive, em razão de crimes que se encaixariam na conceituação legal de baixa lesividade.⁵⁷⁷ Quer dizer, o uso da forma direito para corrigir um grave problema nas relações familiares autoriza, em sua contraface, o aumento da violência estrutural existente na própria sociedade. Ocorre que esta violência se indetermina em direito, adquirindo legitimidade a despeito de suas exceções em relação aos oprimidos. Diante desse excesso estrutural, que não cessa de se demonstrar, a imaginação política dos sujeitos sociais pode caminhar no sentido de pensar novas formas de juridificação que, talvez, mitiguem o momento decisionista do poder. Contudo, o reforço do ideal da forma-direito possui um limite que deve ser considerado, sob pena de não conseguirmos nos desvencilhar da fratura biopolítica.

Por mais que se revele em alguns casos uma forma de resistência frente ao abandono a que estamos submetidos, a luta por reconhecimento de direitos constitui um paradoxo, pois a formalização das relações sociais expõe cada vez mais a vida ao controle do Estado. Quanto mais direitos são conquistados, maior também a quantidade de situações que estão sujeitas ao arbítrio do biopoder.⁵⁷⁸ A vida – nos diz Moyses Pinto Neto – é justamente aquela relação que não está formalizada: “*Quando se reconhece o ‘direito’ de uma criança ser visitada pelo pai, está-se simplesmente tentando consertar algo que jamais estará*

⁵⁷⁷ MEDEIROS; MELLO, 2014.

⁵⁷⁸ PINTO NETO, 2010, p. 146.

presente na situação por meio da formalização, que é justamente a vida, o encontro, o cuidado nas relações humanas”.⁵⁷⁹ Dependere exclusivamente da juridificação das relações sociais para garantir a boa convivência entre os homens implica, em última análise, em renunciar a uma ética que possa construir vínculos para além de quaisquer condições de pertencimento.

Por essa razão, a importância da proposta de Agamben de pensar uma forma-de-vida, de modo que a política deixe de ser concebida como a violência que coloca o direito. Nos termos do autor, essa ideia representa a nossa potencialidade em comum de abolição da propriedade e do trabalho tal qual a conhecemos na atual sociedade do espetáculo, o que exige a desativação da divisão nominal.⁵⁸⁰ A ação política, nesse caso, ao invés de representar a luta pelo controle do Estado, coincide com uma transformação decisiva na própria experiência que fazemos do tempo. Conforme explica Andityas Matos:

Una verdadera revolución –o mejor, una verdadera crisis, capaz de abrir camino a la comunidad an-árquica– solo puede surgir a partir de un tiempo radicalmente novo, completamente presente, tiempo-ahora (Jetztzeit). No se trata de romper con el pasado, lo que presupondría una poderosa relación con lo que fue y lo que será; se trata antes de vivir el presente en toda su dimensión de ahoridad, comprendiéndolo

⁵⁷⁹ PINTO NETO, 2010, p. 148.

⁵⁸⁰ De acordo com Andityas Matos: “Se trata por tanto no solo de una an-archia, sino más bien de una a-nomia, esto es, una ausencia de gobierno que desemboca en la ausencia de una ley que regule la división de lo común. Tal estructura no da lugar a espacios vacíos anómicos; al contrario, propicia que surjan espacios plenos a-nómicos, en otras palabras, espacios no-separadores, no-tomadores, no-apropiadores, espacios que sean de todos en los cuales ya no funcione la determinación nómica básica que, dividiendo lo mío y lo tuyo, es el fundador y garante del orden jerárquico”. (MATOS, 2017, p. 15)

en cuanto punto focal en el que toda la historia se concentra, inclusive las imágenes que los filósofos utópicos nos legarán. Esa concepción de la historia no se manifiesta bajo la forma de tendencias progresivas y lineales; al contrario, está incrustada profundamente en cada presente, dejándose prever en las ideas más ridículas y amenazadas entre aquellas producidas por mentes creativas.⁵⁸¹

Apesar dos poucos exemplos concretos que Agamben faz dessa ideia, a perspectiva de colocar em jogo a própria maneira com que se habita o mundo parece encontrar eco nas recentes formas de manifestação política. Sobretudo após maio de 68, muitos sujeitos políticos têm abolido qualquer separação entre público e privado, institucional e individual, intelectual e corporal, fazendo com que o próprio viver seja vivido em suas dimensões ética, política, econômica e estética. Ao invés de entender a política como a satisfação de reivindicações identitárias obtidas através de organizações burocrático-normativas, esses manifestantes colocam seus próprios corpos em cena, apontando com seus gestos para a possibilidade de superação de uma sociabilidade pautada no consumo e no trabalho. Desse modo, o debate sobre a forma de vida pode ser visto como uma forma de reflexão e de autocrítica em que o sujeito pode pensar sobre a maneira com que se relaciona com os outros, com o mundo e consigo mesmo.⁵⁸²

Um exemplo desse tipo de atuação no contemporâneo – nos ensinam André Duarte e Maria Rita César – é a chamada *Marcha das Vadias*. Recusando de antemão qualquer recurso às noções clássicas de identidade, esse movimento feminista não apenas se organiza de maneira horizontal, sem líderes ou representantes autorizados, como não concebe sua atividade

⁵⁸¹ MATOS, 2017, p. 17-18.

⁵⁸² PINTO NETO, 2013. DUARTE; CÉSAR, 2014, p. 406.

política a partir de procedimentos jurídico-políticos próprios aos espaços institucionais de representação. Por mais que eventualmente possa estabelecer uma relação de proximidade, ou até de tensão, com partidos políticos de esquerda, suas manifestações se dão de maneira direta e pública, na rua mesmo, apresentando sua luta contra as diversas opressões de gênero. Desse modo, a ação política não se restringe a um cálculo pragmático quanto ao reconhecimento formal de direitos ou sobre a boa gestão administrativa dos corpos na cidade, mas diz respeito a uma potencialização dos sujeitos, revertendo a fragilidade das vidas reduzidas aos seus caracteres biológicos a uma força político-simbólica presentificada em uma forma-de-vida.⁵⁸³

Isso não significa uma recusa absoluta e infantil à ação política através do sistema jurídico, pois deve ter ficado claro a essa altura que a mera suspensão das normas também pode ser uma forma de perpetuar as relações de abandono que caracterizam a biopolítica ocidental. É preciso, portanto, considerar o significado do direito na nossa cultura, como reconhece o próprio Agamben:

El derecho es un parte demasiado esencial de nuestra cultura como para que podamos simplemente sustraernos de él. Sin embargo, es igualmente cierto que el nacimiento del cristianismo coincide con una crítica implacable de la Ley. Es difícil imaginar una objeción más radical que aquella contenida en las afirmaciones de Pablo según las cuales sin la ley no habría habido el pecado y el mesías es el fin y el cumplimiento (el telos) de la ley. Y, no obstante, como usted sabe, la Iglesia reconstruyó pacientemente ese edificio de la ley que el cristianismo primitivo

⁵⁸³ DUARTE; CÉSAR, 2014, p. 408.

intentaba poner en cuestión, incluso si fenómenos como el franciscanismo reivindicaron en cada ocasión la posibilidad de una vida por fuera del derecho. Yo pienso que una sociedad vivible puede resultar sólo de la dialéctica de dos principios opuestos y, de alguna forma, coordinados: el derecho y la anomia, un polo institucional y uno no institucional o anárquico; o, para usar sus manifestaciones, los seres vivos y los dispositivos históricos. Eso es evidente en el lenguaje: una lengua viva resulta de la relación armónica entre espontaneidad (el «hablar materno» de Dante) y regla (la lengua «gramática» de Dante).⁵⁸⁴

Em alguma medida, estudar os limites e as possibilidades da ação política que se desenvolve através do Estado de direito consiste em perceber de uma maneira mais complexa a tensão dialéctica existente entre forma-direito e forma-de-vida. Quer dizer, se por um lado a nossa forma de vida atual autoriza e “deseja” o estado de exceção e, por outro, a destituição dos direitos políticos e sociais reconhecidos pela forma direito constitui uma engrenagem fundamental para as transformações das nossas formas de ser-si e de estar-junto, podemos também pensar em novas formas de *uso* do direito que contribuam para a formação de novos vínculos sociais e humanos.⁵⁸⁵ A escrita de

⁵⁸⁴ AGAMBEN, 2017a.

⁵⁸⁵ Por mais inusitado que pareça, a ideia de um novo uso para o direito pode encontrar inspiração na filosofia de Agamben. Segundo ele, “la verdadera técnica comienza sólo cuando el hombre es capaz de oponerse al automatismo ciego y hostil de las máquinas y aprende a desplazarlas hacia territorios y usos imprevistos: como aquel muchacho que en una calle de Capri había transformado un motorcito roto de motocicleta en un aparato para hacer crema batida. De algún modo, aquí el motorcito continua girando, pero con vistas a nuevos deseos y nuevas necesidades;

novas leis que reconheçam e particularizem diversas formas de sofrimentos pode, em alguns casos, ser um mecanismo – parcial e provisório – para criar uma comunidade em que a vida seja inseparável de sua forma.⁵⁸⁶

la inoperosidad no se deja a sí mismo, sino que deviene el pasaje o el ‘ábrete sésamo’ de un nuevo uso posible”. (AGAMBEN, 2011a, p. 147)

⁵⁸⁶ Ver, nesse sentido, o argumento de SAFATLE, 2015.

CONCLUSÃO

Diante do intenso processo de juridificação das lutas sociais no Brasil, a presente tese apresentou o objetivo de estudar os limites e possibilidades da ação política através do Estado de direito. Situado no campo da teoria do direito, em diálogo com a filosofia política e com a sociologia da modernidade periférica, o estudo se propôs de maneira mais específica a elucidar o funcionamento do sistema jurídico situado na periferia da sociedade neoliberal. A metodologia adotada procurou uma forma de ir além do debate instaurado entre as matrizes liberal e marxista que, tradicionalmente, têm informado sobre as especificidades do direito periférico. Para tanto, optou por constituir como pontos de partida: de um lado, a teoria de Franz Neumann, que critica a visão corrente em alguns estudos marxistas de que o Estado de direito é necessariamente burguês e, por outro, o pensamento de Giorgio Agamben, que remonta à relação de abandono contida na noção de contrato social pressuposta por parcela dos liberais. Recusando, de antemão, qualquer intento de harmonizar essas matrizes teóricas, a proposta central consistiu em apresentar, a um só tempo, os potenciais regressivos e emancipatórios da forma direito.

Para firmar o seu argumento em relação ao debate instaurado na teoria jurídica nacional, o trabalho procurou resgatar as contribuições de dois autores contemporâneos representativos das matrizes que informam sobre as especificidades do direito brasileiro. De um ponto de vista eminentemente liberal, foi demonstrado que a teoria de Marcelo Neves descreve o processo de modernização vivenciado pela sociedade mundial como o surgimento de uma pluralidade de valores, interesses e expectativas, perante o qual o Estado de direito aparece com a função de institucionalizar procedimentos que possam absorver o dissenso em torno do conteúdo das normas. Nesse sentido, o contrato social pressuposto pelo teórico pernambucano exige, necessariamente, um acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, permitindo

que o direito em sua autonomia operacional funcione conforme seus códigos próprios (lícito e ilícito).

Com base nesses pressupostos, a crítica de Marcelo Neves ao funcionamento do sistema jurídico na modernidade periférica pauta-se basicamente dois argumentos. Em primeiro lugar, ele considera que o direito brasileiro possui um problema de autorreferência, à medida que a autonomia do sistema jurídico termina sendo corrompida por critérios advindos de outros subsistemas, como a economia, a política e, até mesmo, as boas relações. Em segundo lugar, o autor considera que não houve uma generalização institucional da cidadania, de modo que os “donos do poder” reproduzem seus privilégios com o apoio da burocracia estatal, bloqueando a reprodução autônoma do direito de maneira congruente para todos os estratos sociais. Dessa maneira, a luta pelo direito pode ser lida em sua teoria como a busca pela construção efetiva de um Estado de direito no Brasil em que finalmente tenhamos um sistema jurídico fundado na legalidade.

Representando a matriz marxista, a tese analisou a crítica ao direito periférico de Alysson Mascaro. Ao contrário do teórico pernambucano, para quem o sistema jurídico assegura a reprodução construtiva e consensual da esfera pública pluralista, o autor marxista remonta a funcionalidade da lei no Estado de direito ao movimento de reprodução do capitalismo enquanto sistema que se baseia na exploração do homem pelo homem. Para o teórico paulista, o direito só pode ser entendido dentro da totalidade social que tem como cerne a forma mercadoriana. Isso implica conceber que o processo pelo qual o Estado passa a agir na forma da lei atende aos interesses da burguesia ao permitir que o estabelecimento da negociação independa de quaisquer privilégios. A *forma jurídica* assegura, assim, que trabalhadores e detentores dos meios de produção possam contratar “livremente”, enquanto a *forma política* cria um poder coercitivo terceiro à relação entre capital e trabalho, legitimando a dominação da burguesia. Em outras palavras, na sua avaliação, o Estado de

direito consiste em um encobrimento da realidade das relações no modo capitalista de produção.

Quando se utiliza desse marco teórico na leitura da especificidade do direito brasileiro, Mascaro afirma dois pontos principais. No primeiro deles, ressalta que a dominação capitalista no Brasil é mais danosa do que a dos países centrais, à medida que existe uma defasagem do capital nacional em face do externo. Este argumento é fundamental por relacionar a deficiência da implementação dos direitos na periferia com a aparente normalidade institucional vivenciada pelos países imperialistas. No segundo ponto, o autor marxista critica as relações sociais no Brasil, apontando que se baseiam nas noções de “favorecimento” e “compadrio”, fazendo com que a ineficácia da legalidade em nosso país apareça também como um problema cultural do povo brasileiro que ainda não assimilou a impessoalidade própria da modernidade central. Considerando que toda ação política dentro do Estado de direito está sobredeterminada para a reprodução do capitalismo, Mascaro defende, em última análise, que uma luta realmente emancipatória deve suprimir a forma jurídico-estatal instituída pelos burgueses.

Como se percebe, as teorias analisadas divergem radicalmente sobre o funcionamento do sistema jurídico no Brasil. Enquanto a teoria jurídica de Neves critica a falta de autonomia do sistema jurídico na periferia e defende a importância de construirmos efetivamente um Estado de direito, a teoria do Estado de Mascaro aponta para a sobredeterminação de toda política que se exerça através da estatalidade burguesa (sobretudo, diante das relações de dependência entre centro e periferia), argumentando em favor da superação da forma direito. Assim, à necessidade de uso do direito corresponde, no extremo inverso, o dever de lutar contra ele. Contudo, ambos os marcos teóricos se encontram em um ponto improvável ao criticarem o direito brasileiro com base em uma perspectiva antropológico-cultural, na qual o problema do nosso sistema jurídico aparece

como decorrência da burocracia e da corrupção exclusivamente estatais.

A superação desse debate entre liberais e marxistas no Brasil foi buscada em dois planos diferentes.

No *primeiro plano*, o estudo apontou para a insuficiência da leitura que ambos os autores fazem da luta pelo direito na periferia em tempos de neoliberalismo. Para tanto, rejeitou de maneira preliminar a tese de que o Brasil ainda não se modernizou o suficiente para que o povo pudesse incorporar as noções de impessoalidade próprias da institucionalidade central. Com base na sociologia política da modernidade periférica de Jessé de Souza, o trabalho apontou para a especificidade do processo de modernização efetivamente vivenciado no país, que abandonou parcelas significativas da população dos próprios pressupostos psicossociais necessários para o ambiente concorrencial instaurado. Dessa forma, o Estado de direito termina funcionando como um mecanismo de resistência para os banidos pela inserção do capitalismo global no Brasil, sobretudo num momento histórico em que o neoliberalismo esgarça a própria institucionalidade liberal.

Quer dizer, a especificidade do funcionamento do sistema jurídico na periferia da sociedade neoliberal se demonstra pela incoerência histórica da generalização, para todos os estratos sociais, dos valores demandados pelas instituições modernas, de modo que existe um padrão seletivo no reconhecimento formal de direitos pelo Estado que prejudica os membros do corpo social que foram abandonados pelo progresso do capitalismo. Isso faz com que exista uma divisão dentro do povo brasileiro, na qual determinados membros não podem integrar a totalidade da qual fazem parte, senão na forma de sua exclusão e, portanto, com que sejam percebidos como meros “corpos”, numa sociedade que valoriza a disciplina e o autocontrole acima de tudo. A eficácia da regra geral da igualdade não encontra as condições para se realizar no Brasil, pois não há sequer um reconhecimento social e transclassista do valor igual de todas as pessoas.

Por outro lado, esse mesmo Estado que opera com base em critérios biopolíticos destruindo as vidas e as formas de vida que não interessem ao progresso do capitalismo, ao adotar a forma direito, constitui um mecanismo fundamental para a inserção econômica e social dos grupos aliados. Esse argumento ganha um sentido especial diante da atual conjuntura de hegemonia da razão neoliberal em que, como foi demonstrado, emergem instâncias globais de domínio financeiro e econômico que determinam de maneira unilateral os conteúdos jurídicos, reduzindo a possibilidade de participação efetiva dos sujeitos afetados por essas decisões em nome da pretensa naturalidade da *lex mercatoria*. Essa forma atual de dominação aponta a destituição progressiva dos direitos sociais e políticos, transformando as próprias formas de ser-si e de estar-junto na contemporaneidade, de modo que os governados são levados a conceberem a si mesmos como uma empresa. Por essas razões, se demonstram equivocadas as teorias jurídicas nacionais que comungam, em maior ou menor medida, com a tese patrimonialista que critica a corrupção e a burocracia exclusivamente estatais.

No *segundo plano*, o trabalho se dedicou a debater especificamente as matrizes que fundamentam suas teorias sobre o direito periférico. Para tanto, a crítica marxista ao direito de Mascaro foi confrontada com as contribuições teóricas de Franz Neumann. Foi possível apresentar os argumentos empíricos levantados pelo teórico alemão que buscam desarticular a vinculação ontogenética entre o Estado de direito e o capitalismo. Malgrado, Neumann concorde que a forma direito liberal tenha surgido para atender aos interesses da burguesia, ele demonstra que a tensão interna entre soberania e liberdade faz com que o Estado de direito assegure um espaço para que a luta institucional possa ocorrer, permitindo que as forças sociais tenham sempre a possibilidade de alterar as funções concretas desempenhadas pelas instituições jurídicas. Para comprovar seu argumento, o teórico alemão evoca as diferentes maneiras com que a burguesia da época procurou desfigurar esse elemento emancipatório da forma direito sem quaisquer prejuízos para a calculabilidade de

seus negócios, culminando na proclamação do estado de exceção nazista em que, de maneira evidente, o capitalismo conviveu pacificamente com a ausência de liberdades reconhecidas pelo Estado.

Neumann não discordaria do argumento de Mascaro de que a forma jurídica exerce uma função dissimuladora sobre os verdadeiros detentores do poder estatal. Contudo, ele acrescenta que não se pode desprezar as garantias mínimas de igualdade e de liberdade em um Estado que adota a forma direito. A seu ver, sempre que um soberano estabelece essa forma de exercício do poder, ele necessariamente se enfraquece, pois assegura um espaço para que outras forças sociais possam se articular politicamente. Desse modo, e ao contrário do argumento de Mascaro de que o Estado deve ser suprimido em uma sociedade emancipada, Neumann entende que o Estado de direito já é, em si mesmo, a realização parcial da emancipação humana. Conforme foi apresentado, isso não implica que o teórico alemão fetichize a forma direito, afinal, de acordo com as relações concretas de força dentro da sociedade, é possível que a burguesia suspenda as garantias legais no momento em que se sentir ameaçada pelo uso que os trabalhadores estão fazendo do espaço institucional garantido pela forma direito. Por isso, a seu ver, trata-se sim de construir o socialismo na imanência das instituições jurídicas, permitindo que *a partir* da liberdade jurídica os movimentos sociais possam avançar na conquista de outros tipos de liberdade.

A contribuição teórica de Neumann nos permite pensar a atual conjuntura do Estado de direito no Brasil, pois, de maneira similar ao que acontecia na Alemanha do século XX, o domínio do capital se exerce por meios alheios às instituições que constituem a forma direito. Apostar na luta contra institucional fortalece exatamente os grandes monopólios que precisam cada vez menos da racionalidade jurídica para fazer valer seus interesses. Isso não quer dizer que eles prescindam da estruturação que o direito faz da economia, que ainda se articula em termos nacionais. É por esse motivo que os trabalhadores em um Estado de direito possuem mecanismos para construir regras

jurídicas que possam fazer frente aos interesses da classe burguesa e, ainda, conformar instituições que assegurem um espaço para o exercício das diferentes formas de ação política. Ademais, muitas das opressões contra as quais os movimentos se insurgem atualmente não derivam exclusivamente da questão econômica, tais como as diversas lutas contra o racismo, a desigualdade de gênero, entre tantas outras. Por tudo isso, Neumann concebe que institucionalizar a forma direito em uma sociedade desigual é sempre uma faca de dois gumes que, em última análise, desestabiliza o *status quo*.

Com base nessas razões, a tese afastou parcela das críticas ao direito feitas a partir da perspectiva marxista, justificando a busca por outro parâmetro capaz de apontar os potenciais regressivos da forma direito na periferia. Ainda no seu *segundo plano*, o trabalho inicia o estudo da filosofia de Giorgio Agamben, permitindo-se fazer uma releitura da matriz contratualista que está na base na teoria liberal de Marcelo Neves. Nesse momento do trabalho, a crítica ao direito e ao poder tem por base a matriz biopolítica que permeia os escritos do autor italiano. Ao contrário do marxismo que procura entender como e por que o aparato estatal realiza os interesses da classe dominante, a biopolítica centra suas análises nos diferentes dispositivos jurídicos, institucionais e subjetivos que reduzem o ser humano aos seus aspectos meramente biológicos, isolando a vida de sua forma. Com base no método arqueológico, Agamben faz uma crítica radical à tradição política ocidental, denunciando a máquina antropológica que separa e articula homem e animal, vida vegetativa e vida humana. Invocando a filosofia grega, a quem devemos as nossas principais categorias, ele explica que a política humana desde seus primórdios precisava excluir uma vida natural (*zoé*) para que uma vida qualificada pudesse existir (*bíos*).

Isso indica que as recorrentes violações aos direitos humanos, que aparecem na esfera pública como acontecimentos excepcionais, consistem no próprio modo de funcionamento da máquina político-jurídica, que necessita legitimar a eliminação de

determinados membros da totalidade social para garantir um “corpo social” saudável. Por isso sua crítica às propostas bem intencionadas de concretizar os ideais humanitários presentes no Estado de direito, as quais desconsideram que as aparentes “disfuncionalidades” do sistema jurídico representam o próprio giro da máquina político-jurídica em sua lógica biopolítica de dar forma à vida de um povo. Desse modo, teorias liberais como a de Neves não significam positivamente esse “não-direito”, desconsiderando que os espaços supostamente vazios de juridificação são exatamente os lugares onde a violência que funda o direito demonstra toda a sua força. Por essa razão, Agamben propõe uma releitura da narrativa do contrato social para dizer que, na teoria hobbesiana, o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, de modo que aquilo que acreditávamos ter sido represado através da instituição de uma constituição retorna em um limiar de indiferença entre violência e lei, natureza e cultura.

Nesse caso, o fundamento do Estado, mesmo em sua forma direito, não deve ser buscado no pacto, mas sim na vida nua que foi banida, isto é, incluída na forma de sua exclusão. Desse modo, ao invés de contrato social, como argumenta a maioria das teorias liberais, Agamben propõe que passemos a falar de *relação de abandono*, designando que, no ato mesmo da separação e da exclusão daqueles que estão reduzidos à sua existência biológica, o Estado consegue fundar a coesão social necessária para o seu surgimento e para a perpetuação de um estado permanente de dissolução dos vínculos sociais. Com base nesses argumentos, Agamben nos permite inverter os polos da operação para entender que o direito vive mesmo da exceção, tanto no sentido de que o estado de exceção marca o início e o fim da ordem jurídica instituída, quanto na acepção de que o modo de funcionamento “normal” do sistema jurídico necessita suspender as normas jurídicas para que elas possam ser aplicadas ao caso concreto.

Em síntese, podemos dizer que se a crítica marxista ao direito (Mascaro) se revela insuficiente por desconsiderar a relação social real que a forma direito funda do ponto de vista

interno, permitindo aos movimentos sociais pleitear por novos modelos de juridificação (Neumann), a perspectiva liberal que critica a aparente falta de autonomia do sistema jurídico na periferia (Neves) não compreende que a suspensão pontual ou definitiva das normas jurídicas é o modo mesmo de funcionamento do sistema jurídico na operação biopolítica de dar forma à de vida de um povo (Agamben).

Face a essa encruzilhada, a tese se apropriou de debates do campo da teoria do direito que permitissem fundar um ponto de vista *intermediário* capaz de analisar a função da forma direito, a um só tempo, dos seus pontos de vista interno e externo para, assim, explicitar seus potenciais regressivos e emancipatórios no atual contexto brasileiro. Seu argumento apontou que se, de fato, podemos observar um funcionamento estrutural do Estado brasileiro no sentido de autorizar a destruição das vidas e das formas de vida que não interessam ao progresso do capitalismo, tampouco podemos desprezar as possibilidades de ação política quando o poder soberano institui fórmulas que garantem um espaço mínimo de participação das forças sociais na construção das normas estatais. Essa tese ganha um sentido específico na conjuntura econômica, política e subjetiva em que se hegemoniza a razão neoliberal, pois ela atua destruindo até mesmo os direitos sociais e políticos que poderiam garantir uma sociabilidade liberal.

Diante dessa ambiguidade da luta pelo direito no Brasil, o trabalho propõe uma reflexão sobre as possibilidades de uma tensão dialética entre forma-direito e forma-de-vida. Inspirado em Agamben, a ideia de uma forma-de-vida foi trabalhada a partir da condição exemplar de comunidades que procuraram colocar em jogo nas suas vidas o próprio modo de viver, recusando a submissão aos processos de subjetivação que reduzem o ser humano à sua condição biológica. O argumento conclusivo convidou a teoria jurídica e os movimentos sociais a pensarem na potencialidade de criação de formas de existência que não dependam da juridificação dos conflitos sociais e, na contraface disso, cogita a possibilidade de criação de modelos de

juridificação que possam contribuir para a invenção de novas formas-de-vida.

Considerando, como dito no início, que a imaginação política dos movimentos sociais parece quase completamente consumida pela ideia de que a solução dos problemas sociais reside no apelo às instâncias estatais, a contribuição desse estudo consiste em refletir sobre novas possibilidades de ação política que se desenvolvam *entre* forma-direito e forma-de-vida. Por sua vez, ela permite entrever uma teoria do *limite* do direito que, esvaziando suas pretensões totalitárias de resolver todos os dilemas humanos, abra esse dispositivo para um novo e possível uso.

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Tradução e notas de Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013a.

_____. **A potência do pensamento**: ensaios e conferências. Tradução de António Guerreiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015a.

_____. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. Tradução Selvino J. Assmann. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014a.

_____. Arte, inoperatividade e política. In: CARDOSO, Rui Mota (Org.) **Política**. Lisboa: Fundação Serralves, 2007a.

_____. **Bartleby, ou da contingência**. Tradução de Vinicius Honesko. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015b.

_____. Bataille e o paradoxo da soberania. Tradução de Nilcéia Valdati. **Outra Travessia**, n. 5, 2005a.

_____. Comentarios de Giorgio Agamben y debate final. In: BAUMANN, Zygmunt. **Archipélago de excepciones**. Traducción Albino Santos Mosquera. Buenos Aires: Katz Editores; CCCB, 2008.

_____. Como a obsessão por segurança muda a democracia. **Diplomatique Brasil**, 2014b.

_____. Cristianismo como religião: a vocação messiânica. **Blog da Boitempo**. 2013b. Disponível em: <blogdaboitempo.com.br/2013/07/16/cristianismo-como-religiao-a-vocacao-messianica>. Acesso em 13.abr.2017.

_____. El cuerpo glorioso. Traducido por Mercedes Ruvitoso y María Teresa D’Meza. In: **Desnudez**. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011a.

- _____. Entrevista a Dirk Schümer. A crise infindável como instrumento de poder. Tradução de Artur Renzo. **Blog da Boitempo**, 2013c.
- _____. Entrevista a Flávia Costa. Tradução de Susana Scramim. **Revista do Departamento de Psicologia - UFF**, v. 18, n. 1, 2006.
- _____. Entrevista a France Culture. Agamben contra o delírio ocidentalista. Tradução de Selvino José Assmann. Mimeo, 2015c.
- _____. Entrevista a Gianluca Sacco. Da teologia política à teologia econômica. Tradução de Selvino José Assmann. **Interthesis**, Florianópolis, v. 2, n. 2, 2005b.
- _____. Entrevista a Juliette Cerf. O pensamento como coragem. Tradução de Pedro Lucas Dulci. **Outras palavras**, 2014c. Disponível em: <outraspalavras.net/posts/giorgio-agamben-pensamento-como-coragem-de-transformacao/> Acesso em 15.out.2017.
- _____. Entrevista a La Repubblica. “Me parece perjudicial la transformación de la potencia en voluntad”. **Agamben Brasil**, 2017a. Disponível em: <agambenbrasil.wordpress.com/2017/11/12/giorgio-agamben-me-parece-perjudicial-la-transformacion-de-la-potencia-en-voluntad-entrevista-con-la-republica-del-27-de-agosto-de-2017> Acesso em 12.nov.2017.
- _____. Entrevista a Peppe Salvà. “Deus não morreu. Ele tornou-se dinheiro”. Tradução de Selvino José Assmann. **IHU Unisinos**, 2012a. Disponível em: <www.ihu.unisinos.br/noticias/512966-giorgio-agamben> Acesso em 15.out.2017.
- _____. Entrevista a Vladimir Safatle. A política da profanação. **Folha de São Paulo**, 2005c.
- _____. Entrevista. El miedo prepara para aceptarlo todo. **L’Obs**, 2015d.
- _____. Estado de exceção e genealogia do poder. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 108, 2014d.

- _____. **Estado de exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____, Giorgio. **Estâncias:** a palavra e o fantasma na cultura ocidental. Tradução de Selvino José Assmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007b.
- _____. Estudantes. **Blog Flanagens.** Tradução de Vinícius Honesko. 2017b. Disponível em: <flanagens.blogspot.com/2017/05/estudantes-giorgio-agamben.html>. Acesso em 16.mai.2017.
- _____. **Homo Sacer:** o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010a.
- _____. **Ideia da prosa.** Tradução, prefácio e notas de João Barrento. 1 ed. Belo Horizonte : Autêntica Editora, 2013d.
- _____. **Infancia e historia:** destrucción de la experiencia y origen de la historia. Traducción de Silvio Mattoni. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011b.
- _____. **Lo abierto:** El hombre y el animal. Traducción de Flavia Costa y Edgard Castro. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2007c.
- _____. **Meios sem fim:** notas sobre a política. Tradução Davi Pessoa Carneiro. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015e.
- _____. Metropolis. Tradução de Vinícius Honesko. **Sopro**, n. 26, 2012b.
- _____. Nota preliminar sobre toda discussão a respeito do conceito de democracia. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko, revista por Selvino Assmann, a partir da versão italiana “Nota preliminare a ogni discussione sul concetto di democrazia”. In: AGAMBEN, G. et alii. In che stato è la democrazia? Roma, Nottetempo, 2010b.
- _____. **O amigo & O que é um dispositivo?** Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó, Argos, 2014e.

- _____. O cinema de Guy Debord. **Blog Intermídia**. 2007d. Disponível em: <<http://intermidias.blogspot.com.br/2007/07/o-cinema-de-guy-debord-de-giorgio.html>>. Acesso em 03.fev.2017.
- _____. **O homem sem conteúdo**. Tradução, notas e posfácio Cláudio Oliveira. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013e.
- _____. O que a renúncia de Ratzinger ensina à política. **IHU Unisinos**. 2013f. Disponível em: <www.ihu.unisinos.br/517651-o-que-a-renuncia-de-ratzinger-ensina-a-politica-artigo-de-giorgio-agamben>. Acesso em 09.jun.2014.
- _____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer, II, 2**. Tradução Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011c.
- _____. **O sacramento da linguagem: arqueologia do juramento (Homo sacer II, 3)**. Tradução de Selvino Assmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011d.
- _____. **O tempo que resta: um comentário à Carta aos Romanos**. Tradução Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.
- _____. **O uso dos corpos**. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2017c.
- _____. **Opus Dei: arqueologia do ofício: homo sacer, II, 5**. Tradução de Daniel Arruda Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013g.
- _____. Por uma teoria do poder destituente. **Cinco dias**. 2014f. Disponível em: <5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben>. Acesso em 07.fev.2017.
- _____. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007e.

_____. **Signatura rerum**: Sobre el método. Traducción de Flavia Costa y Mercedes Ruvituso. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010c.

_____. Sobre os limites da violência. Tradução de Diego Cervelin. **Sopro**, n. 79, 2012c.

ALMEIDA, Sílvio Luiz de. A política da forma jurídica. **Novos Temas**: Revista de debate e cultura marxista, n° 03. Salvador: Quarteto; São Paulo: ICP, 2011.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (orgs). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARRUDA JÚNIOR; Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica** - alternativas para o direito. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.

ATIENZA, Manuel. **Una filosofía del derecho para el mundo latino**. Otra vuelta de tuerca. Mimeo, 2015.

AUGUSTO, Walter Markezan. **Desativar o direito**: Um caminho a partir da obra de Giorgio Agamben. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

BAZZANELLA, Sandro Luiz; ASSMANN, Selvino. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013.

BENJAMIN, Walter. Para a crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. São Paulo: Editora 34: Duas Cidades, 2011.

_____. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 11, 2006.

BLANQUI, August. **Sobre a revolução**. Desterro: Cultura e Barbárie Editora, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 4 ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.

BOTTOMORE, Tom (Org). **Dicionário do Pensamento Marxista**. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. **Jueces para la Democracia**, Madrid, 2003.

BRUZIGUESSI, Bruno. O estado, o direito e a luta dos trabalhadores: o debate liberal e a crítica marxista. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 6, n. 11, 2014.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

_____. **Lecturas foucaulteanas:** Una historia conceptual de la biopolítica. La Plata, UNIPE: Editorial Universitaria, 2011.

CHEROBIN, Rafael Caetano. **A perda do mundo, a emergência da vida e a exceção permanente:** elementos para uma análise jurídico-política à luz de Giorgio Agamben. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

_____. Capitalismo dependente e superexploração do trabalho: elementos para uma análise do Estado e do Direito na periferia capitalista. In: SANTOS; André Leonardo Copetti; BORGES, Maria Creusa de Araújo; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Orgs). **Teoria e filosofia do direito.** Florianópolis: CONPEDI, 2016.

COMITÊ INVISÍVEL. **Aos nossos amigos:** crise e insurreição. São Paulo: n-1 edições, 2016.

CORREAS, Oscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: **Direito e neoliberalismo:** elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

_____. **El otro Kelsen.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

COSTA, Alexandre Araújo. **Humanismo dialético:** a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho. Brasília: Thesaurus, 2008.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Soberania, representação, democracia:** ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, José Ricardo. Direito e Marxismo: é possível uma emancipação pelo direito? **Revista Direito e Práxis**, vol. 5, n. 9, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DEMIROVIĆ, Alex. Para que fim e de que forma criticar o Estado? Tradução de Luiz Philipe de Caux. **Revista Direito e Práxis**, vol. 5, n. 9, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DUARTE, André de Macedo; CÉSAR, Maria Rita de Assis. Michel Foucault e as lutas políticas no presente: para além do sujeito identitário de direitos. **Psicologia em Estudo**, v. 19, n. 13, 2014.

DUARTE, André de Macedo. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. **Revista Cinética**, 2008.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: Crise do direito e práxis política**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984b.

_____. **Sociologia Jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Retórica política e ideologia democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984a.

FAVARETTO, Caio Mendonça Ribeiro. O futuro anterior: Giorgio Agamben e o método paradigmático. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, n. 23, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. As origens do Estado de Direito. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 1987.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão**. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

_____. **O mal-estar na cultura**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2010.

HABA, Enrique Pedro. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). **Doxa**, 2002.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HERVÁS, Galindo Alfonso. Deconstructing Agamben. **Res Publica**: Revista de Filosofía Política, n. 28, 2012.

_____. La gloria y el concepto de lo político en Giorgio Agamben. **Revista de Estudios Sociales**, n. 35, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. 2ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

_____. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. v I.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HONESKO, Vinícius Nicastro. **O Paradigma do Tempo**: Walter Benjamin e messianismo em Giorgio Agamben. Florianópolis: Ed. do Autor, 2009.

HONNETH, Axel. “Anxiety and politics”: The strengths and weaknesses of Franz Neumann’s diagnosis of a social pathology. **Constellations**, v. 10, n. 2, 2003.

IASI, Mauro Luís. Direito e emancipação humana. **Revista da Faculdade de Direito (São Bernardo do Campo)**, São Paulo, v. 2, n.2, 2005.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Resposta à pergunta: “O que é iluminismo?”**. Tradução de Artur Morão. Lusofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura. [ca. 2000] Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em 21.mar.2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LEITÃO, Macell Cunha. Por uma teoria do direito brasileiro: um resgate do conceito de senso comum teórico dos juristas. **Captura Críptica**, Florianópolis, v. 5, n. 1, 2016.

_____. O paradoxo epistemológico da ciência jurídica: uma investigação sobre os limites de um conhecimento objetivo do direito. In: SILVA; Eduardo Pordeus; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo (Orgs). **Filosofia do direito I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

LÖWY, Michael. “A contrapelo”. A concepção dialética da cultura nas teses de Walter Benjamin (1940). **Lutas Sociais**, São Paulo, n. 26, 2011.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi a partir do original “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. Tese (livre-docência). Universidade de São Paulo, Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2012.

MARTINS, Camila Cecilina do Nascimento. **Assessoria popular em direitos humanos: o Coletivo Antônia Flor e as comunidades quilombolas de Contente e Barro Vermelho no desenvolvimentismo piauiense no período de 2014 a 2016**. Monografia (graduação). Universidade Federal do Piauí, Departamento de Ciências Jurídicas, 2017.

MARTOS, Frederico Thales; MARTOS, José Antonio de Farias. A Influência do Banco Mundial na Reforma do Poder Judiciário e no Acesso à Justiça no Brasil. In: KNOERR, Fernando; NEVES, Rubia; CRUZ, Luana (Orgs). **Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital**. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

- MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- _____. Todo direito é um golpe. **Blog da Boitempo**. 2016. Disponível em: <blogdaboitempo.com.br/2016/05/25/alysson-mascaro-todo-direito-e-um-golpe/>. Acesso em 25.out.2017.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *An-archia, a-nomia: más allá de los dogmas del Estado Democrático de Derecho*. **Astrolabio**. Revista internacional de filosofía. Num. 19. Año 2017.
- MAZZEO, Antonio Carlos. **Estado e burguesia no Brasil: origens da autocracia brasileira**. 3 ed. São Paulo: Boitempo, 2015.
- MEDEIROS, Carolina Salazar l'Armée Queiroga de; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O que vale a pena? O impacto da Lei Maria da Penha no encarceramento de “agressores” e seus efeitos colaterais sobre a mulher vítima de violência doméstica e familiar. In: BRAGA, Rômulo Rhemo; AVILA, Gustavo Noronha; RIBEIRO, Luiz Gonçalves. **Criminologias e Política Criminal I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- MENEGAT, Marildo. **Estudos sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2012.
- MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo antigo e moderno**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1991.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. Estado democrático de direito e neoliberalismo no Brasil: algumas interrogações. **Revista Seqüência**, v. 15, n. 29, 1994.
- NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2012.
- NEUMANN, Franz. A mudança na função do direito na sociedade moderna. In: **Estado democrático e Estado**

- autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969a.
- _____. Ansiedade e política. In: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969b.
- _____. **Behemoth: pensamiento y acción en el nacional-socialismo.** Trad. de Vicente Herrero, Javier Márquez. México: FCE, 1943.
- _____. Economia e política no século XX. In: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969c.
- _____. Labor Law in Modern Society. NEUMANN, Franz; KIRCHHEIMER, Otto. **The rule of law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer.** Edited by William E. Scheuerman. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1996a.
- _____. Liberdade intelectual e política. In: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969d.
- _____. Modo de encarar o estudo do poder político. In: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969e.
- _____. Montesquieu. In: **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969f.
- _____. Notas sobre a teoria da ditadura. In: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969g.
- _____. O conceito de liberdade política. In: NEUMANN, Franz. **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969h.

_____. **O Império do Direito: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

_____. On the Marxist Theory of the State. In: KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. **Social democracy and the rule of law.** Ed. Keith Tribe. London: Allen & Unwin, 1987a.

_____. On the Preconditions and the Legal Concept of an Economic Constitution. In: KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. **Social democracy and the rule of law.** Ed. Keith Tribe. London: Allen & Unwin, 1987b.

_____. Rechtsstaat, The Division of Powers and Socialism. In: KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. **Social democracy and the rule of law.** Ed. Keith Tribe. London: Allen & Unwin, 1987c.

_____. The Decay of German Democracy. In: NEUMANN, Franz; KIRCHHEIMER, Otto. **The rule of law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer.** Edited by William E. Scheuerman. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 1996b.

_____. The Social Significance of the Basic Laws in the Weimar Constitution. In: KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. **Social democracy and the rule of law.** Ed. Keith Tribe. London: Allen & Unwin, 1987d.

_____. Tipos de Direito Natural. In: **Estado democrático e Estado autoritário.** Tradução de Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969i.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica do Direito do Estado.** n. 4. Salvador, 2005.

_____. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate,** n° 05, Ed. UNIJUI, 1995.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3ª ed. São Paulo : Editora WMF, 2012.

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova**, nº 37, 1996.

_____. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, 2015.

NOBRE, Marcos. **A teoria crítica**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

NODARI, Alexandre. “A única lei do mundo”. In: CASTRO ROCHA, João Cezar; RUFFINELLI, Jorge. **Antropofagia hoje?** Oswald de Andrade em cena. São Paulo: É Realizações, 2011.

_____. Juridiquês. **Sopro**, n. 83, 2013a.

_____. Logos de Estado. **Sopro**, n. 88, 2013b.

_____. O que é um bandido? (Sobre o debate do desarmamento). **Instituto da Cultura e da Barbárie**. 2005? Disponível em: <<http://culturaebarbarie.org/textos/bandido.pdf>>. Acesso em 24.ago.2017.

OFFE, Claus. The problem of social power in Franz L. Neumann’s Thought. **Constellations**, v. 10, n. 2, 2003.

OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito europeia. In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e globalização da economia**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Francisco de. **Crítica à razão dualista. O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003.

OLIVEIRA, Leonardo D’Avila de. **Inflação normativa**: excesso e exceção. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OURIQUES, Nildo; RAMPINELLI, Waldir; TAVARES, Elaine (Orgs). **Crítica à razão acadêmica**. Florianópolis: Editora Insular, 2011.

OURIQUES, Nildo Domingos. **O colapso do figurino francês: Crítica às ciências sociais no Brasil**. Florianópolis: Insular, 2014.

PEDROSO, Gustavo. Democracia e Estado de direito no pensamento de Franz Neumann. In: PASSOS, Rodrigo; FUCCILLE, Alexandre (Orgs). **Visões do Sul: crise e transformações do sistema internacional**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2016.

_____. Entre o capitalismo de Estado e o Behemoth: o Instituto de Pesquisa Social e o fenômeno do fascismo. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, n. 15, 2009.

_____. O Império do Direito, de Franz Neumann. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, n. 22, 2013.

PELBART, Peter Pál. “Anota aí: eu sou ninguém”. **Folha de São Paulo**. 2013. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/119566-quotanota-ai-eu-sou-ninguemquot.shtml>> Acesso em 29.jan.2018.

_____. Biopolítica y contra-nihilismo. **Nômadás**, Colombia, n. 25, 2006.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001a.

_____. As modulações do direito contemporâneo em um breve exercício de filosofia do direito. Curitiba: **Revista da Faculdade de Direito** – UFPR, n. 51, 2010.

_____. Observações sobre as possibilidades de redefinição da categoria sujeito do direito. **Revista Sequência**. Florianópolis, v. 42, 2001b.

_____. Os signos totalitários do mundo ultraliberal. **Veredas do Direito**, v. 2, n. 4, 2005.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi; LEITÃO, Macell Cunha. O discurso moralista no judiciário: uma leitura a partir da intersecção entre o direito e a psicanálise. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, 2017.

PICH, Santiago. **Extra corpore nulla salus**: a encruzilhada entre corpo, secularização e cura no neopentecostalismo brasileiro. Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, 2009.

PINTO NETO, Moysés. A hipótese anarquista. **Sopro**, n. 96, 2013.

_____. A Matriz Oculta do Direito Moderno: crítica do constitucionalismo contemporâneo. **Cadernos de Ética e Filosofia Política**, n. 17, 2010.

_____. Esquecer o neoliberalismo: aceleracionismo como terceiro espírito do capitalismo. In: **Cadernos IHU Ideias**. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2016.

_____. Estado de Direito e Estado de Exceção: as diferenças entre Agamben e o liberalismo político. **Profanações**, ano 1, n. 1, 2014.

PINZANI, Alessandro. Teoria crítica e justiça social. **Civitas**, Porto Alegre, v. 12, n. 1, 2012.

POPPER, Karl. **O mito do contexto**: em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 2009.

PROL, Flávio Marques. Comparação entre a função do direito nas obras Teoria Geral do Direito e o Marxismo, de Eugeniy

Pasukanis, e em *The Rule of Law*, de Franz Neumann. **Revista Humanidades em Diálogo**, v. 3, n. 1, 2009.

_____. O Império do Direito e a liberdade: uma teoria crítica do direito e do Estado. **Cadernos de Filosofia Alemã**, n. 21, 2013.

RAMOS, Diogo. Franz Neumann e o nazismo como a destruição do Estado. **Revista Ethic@**, Florianópolis, v. 11, n. 13, 2012.

RAZ, Joseph. *The Rule of Law and its Virtue*. **Oxford Scholarship Online**, 2012.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org). **Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013a.

_____. Direito, figura do ódio. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, 2012b.

_____. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. **Lua Nova**, São Paulo: n° 61, 2004.

_____. Franz Neumann: o direito liberal para além de si mesmo. In: NOBRE, Marcos.

Curso livre de Teoria Crítica. 3ª ed. Campinas, SP: Papirus, 2013b.

_____. **Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito liberal para além de si mesmo: Franz Neumann, o direito e a teoria crítica**. Tese (doutorado). Universidade Estadual de Campinas, 2006.

_____. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, 2012c.

_____. Prefácio (Um grande livro desconhecido). In: NEUMANN, Franz. **O Império do Direito**: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013c.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; PROL, Flávio Marques. Franz L. Neumann: direito e luta de classes. In: **Manual de Sociologia Jurídica**. SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o Estado democrático de direito. **Cad. Esc. Legisl.**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, 2004.

_____. Rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. **Southern California Law Review**, vol. 74, 2001.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org). **Direito e globalização da economia**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

RUIZ, Castor Bartolomé. A Filosofia como forma de vida (II) – Michel Foucault, o cuidado de si e o governo de si (enkrateia). **IHU On-Line**, v. 466, 2015a.

_____. A filosofia como forma de vida (III) – Do cuidado de si ao deciframento de si. **IHU On-Line**, v. 467, 2015b.

_____. A filosofia como forma de vida IV. A regra da vida (regula vitae), fuga e resistência ao controle social. **IHU On-Line**, v. 468, 2015c.

_____. A filosofia como forma de vida V – O Officium: o dever que separa a vida de sua forma. **IHU On-Line**, v. 471, 2015d.

_____. A Filosofia como forma de vida: Pierre Hadot, a filosofia antiga e os exercícios (askesis) do espírito. **IHU On-Line**, v. 465, 2015e.

SAFATLE, Vladimir. Atravessar a modernidade dobrando os joelhos. **Revista Cult**. 2010. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/atravessar-a-modernidade-dobrando-os-joelhos/>>. Acesso em 01.out.2015.

_____. Femicídio. **Folha de São Paulo**. 2015. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2015/03/1600578-femicidio.shtml>. Acesso em 10.03.2015.

SALDANHA, Nelson. **Pequeno dicionário de teoria do direito e filosofia política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SALVETTI, Ésio Francisco. A comunidade que vem: uma tarefa ética em Giorgio Agamben. **Profanações**, n. 2, 2014.

SANTOS, Danielle Maria Espezim; CARDOSO, Helena Schiessl; LEITÃO, Macell Cunha. O lugar dos juristas na (re)produção do direito no Brasil: um ensaio à luz do conceito de cidadania. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, ano 4, n. 8, 2016.

SCHEUERMAN, William E. **Between the norm and the exception: the Frankfurt School and the rule of law**. Cambridge: MIT Press, 1994.

SCHMITT, Carl. Teologia política. In: **A crise da democracia parlamentar**. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O contexto do texto: notas introdutórias à história do direito público na idade moderna. **Revista Sequência**, n. 55, 2007.

SILVA, Enio Moraes da. O Estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 167, 2005.

SOARES, Moisés Alves; PAZELLO, Ricardo Prestes. Direito e marxismo: entre o antinormativo e o insurgente. **Revista Direito e Práxis**, vol. 5, n. 9, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O projeto da modernidade e o direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 147, 2000.

SOUSA, Maria Sueli Rodrigues de; et al. (Orgs). **Dossiê Esperança Garcia**: símbolo de resistência na luta pelo direito. Teresina: EDUFPI, 2017.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

_____. **Os batalhadores brasileiros**. Nova classe média ou nova classe trabalhadora? Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

_____. **Ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THORNHILL, Chris. **Political theory in modern Germany**: an introduction. Oxford: Polity Press, 2000.

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TRIBE, Keith. Introduction. In: KIRCHHEIMER, Otto; NEUMANN, Franz. **Social democracy and the rule of law**. Ed. Keith Tribe. London: Allen & Unwin, 1987.

TRUBEK, David. O novo direito e desenvolvimento. Entrevista. **Revista Direito GV**, v. 3, n. 2, 2007.

VASCONCELLOS, Gilberto. **Darcy Ribeiro**: a razão iracunda. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, 2008.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**: interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ŽIŽEK, Slavoj. Contra os direitos humanos. **Mediações**, Londrina, v. 15, 2010.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.