



ANA SUELEN TOSSIGE GOMES

O
DIREITO
NO
ESTADO
DE
EXCEÇÃO
EFETIVO

**O
DIREITO
NO
ESTADO
DE
EXCEÇÃO
EFETIVO**

ANA SUELEN TOSSIGE GOMES

**O
DIREITO
NO
ESTADO
DE
EXCEÇÃO
EFETIVO**



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Ana Suelen Tossige Gomes.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Sob imagem de William Merritt Chase [The Old Book - Detalhe] licenciado por Wikiart)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

GOMES, Ana Suelen Tossige. O direito no estado de exceção efetivo-- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.	
Bibliografia ISBN: 978-85-8425-736-2	
1. Direito. 2. Filosofia do Direito. I. Título.	
CDU340	CDD 340

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

PREFÁCIO: UM ESTUDO EXEMPLAR	7
APRESENTAÇÃO: O DIREITO QUE VEM	13
INTRODUÇÃO: POR QUE PENSAR O ESTADO DE EXCEÇÃO EFETIVO?	19
1. UM PANORAMA FILOSÓFICO DOS SUBTERRÂNEOS DO DIREITO	23
1.1. O fundamento mítico do direito em Walter Benjamin: direito e violência	24
1.2. O Nómos da Terra e a formação do direito a partir da exceção concreta.....	47
1.3. O fundamento irrealizável do Estado Democrático de Direito.....	63
2. A NORMA, A EXCEÇÃO E O DIREITO	85
2.1. A relação entre norma e violência.....	86
2.1.1. As concepções do direito segundo as teorias normativas e institucionalistas.....	87
2.1.2. O direito como violência: a definição do direito em função da força.....	93

2.2. A exceção é a regra.....	101
2.2.1. O estado de exceção como limiar entre anomia e n6mos, vida e direito, <i>auctoritas</i> e <i>potestas</i>	107
2.3. <i>Lex vel regula / Regula et vita</i>	127
2.3.1. Regra, vida, forma-de-vida.....	131
2.3.2. Ser e dever-ser.....	145
3. O DIREITO NO ESTADO DE EXCEÇÃO EFETIVO.....	155
3.1. Pode a viol6ncia ser pol6tica?.....	156
3.2. Um direito estudado	172
3.3. Inoperosidade, inapropriabilidade e uso	179
3.4. Vida comum: comunidade.....	196
3.4.1. O comum.....	205
3.4.2. Uma vida da pot6ncia.....	217
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	233
REFERÊNCIAS.....	245

PREFÁCIO: UM ESTUDO EXEMPLAR

Andityas Soares de Moura Costa Matos¹

Todo texto que abre uma obra acaba sendo mais ou menos ritualístico e previsível ao passar necessariamente por uma série de *topoi* tidos como adequados para a ocasião, não podendo faltar o elogio ao autor. Nesse sentido, prefaciadores e apresentadores costumam classificar o livro que lhes cabe introduzir com adjetivos insossos tais como “exemplar”. Aproveitando o espírito que anima este livro da Professora Mestre Ana Suelen Tossige Gomes – que é evidentemente o da profanação –, quero desde a primeira linha dizê-lo exemplar, mas com isso expresso algo muito diferente daquilo que um professor de Direito Processual (ou de qualquer outra tecnologia de alienação semelhante) faria ao ler o tratado de repetições que seu pupilo produziu.

¹ Graduado em Direito, Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutorando em Filosofia pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor Adjunto de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. Professor Visitante na *Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona* (Catalunya) no ano letivo de 2015-2016. Professor Residente no Instituto de Estudos Avançados Transdisciplinares (IEAT) da UFMG no ano de 2017-2018. E-mails: vergiliopublius@hotmail.com e andityas@ufmg.br

Antes de mais, porque aqui não há professor nem aluna, mas a cumplicidade de um uso comum do pensamento que não nos deixa, eu e Ana, repetirmos gestos tradicionalistas vazios. Seria uma descortesia fazê-lo.

O mais surpreendente deste livro é que ele se entrega, em um gesto a um só tempo generoso e exigente, como *exemplum vitae* daquilo que admira, quer dizer, temos diante dos olhos um discurso rigoroso, denso e aberto que vive na dimensão do estudo, da memória, de uma outra antropogênese possível em que potência e ato já não estão mais enfrentados. Assim, para compreendermos o que pode vir a ser o direito “apenas estudado” referido por Kafka, Agamben e Ana é preciso ler este livro que, para além da dimensão crítica devedora do caráter destrutivo da autora,² investe suas energias utópicas não para descrever, mas para praticar, sem fissuras, o tal direito estudado.

Um direito estudado que não serve para nada, e por isso mesmo é profundamente revolucionário, pois se desenvolve em uma curva ascensional – são visíveis as epifanias que vão se avolumando mais e mais pelas últimas páginas do livro – na qual a violência instauradora e a violência mantenedora passam a funcionar como memória, desativando os *arcana imperii* que hoje levam milhões de estudantes brasileiros a julgar mais importante ler o informativo do Supremo Tribunal Federal do que pensar seriamente na própria e comum felicidade, obviamente inacessível em um mundo como o do direito, no qual importa apenas se colocar do lado dos que fazem sofrer para não ter que ser abandonado à gemebunda e crescente categoria daqueles que sofrem.

² Cf. BENJAMIN, Walter. O caráter destrutivo. In: BENJAMIN, Walter. *Documentos de cultura, documentos de barbárie*: escritos escolhidos. Seleção e apresentação de Willi Bolle. Trad. Celeste H. M. Ribeiro de Sousa *et al.* São Paulo: Cultrix/Universidade de São Paulo, pp. 187-188, 1986.

Um direito estudado, sabe-o muito bem a autora, é o resultado de uma contínua deposição das condições que se apresentam como razoáveis e únicas no mundo do direito e do capitalismo (hoje haveria diferença entre ambos?), apontando para uma construção de si que tem por mira generosa o mundo e sua potência de perfectibilidade, sua possibilidade sempre nova de arranque, de surpreender em um *direito menor* o bem do bem.

Um direito estudado que não justifica nada, não se curva aos donos do poder e nem pretende partir de considerações sensatas, lógicas e razoáveis porque sabe que o resultado da máquina é sempre carne humana moída e remoída *ad nauseam*, até se tornar evanescente argumento jurídico a ser impresso nos pomposos manuais esquematizados que enchem as bibliotecas das Faculdades de Direito. E é sempre bom lembrar que o direito estudado, como no caso de Walter Benjamin, se não justifica a dor e a humilhação das gerações de danados que se foram, faz algo melhor e mais autêntico ao tomar essas mesmas dores e humilhações como rememoração alquímica necessária à transmutação do mundo, abandonando as teorias jurídicas a seu mutismo, a seu egoísmo que vê no estudo só uma maneira de enriquecer, de viver uma vida folgada, de ter poder, de poder ter. O estudo amoroso – desse amor que Dante dizia sustentar o céu e as estrelas, que Spinoza via em todo canto como paixão da criação sempre exuberante e que Negri chamará, com uma expressão um tanto torpe, de “amor político” – indica outra via, tal como conclui Ana em um dos muitos pontos altos de sua obra de jovem já madura:

O estudo é esse meio sem fim pelo qual o ser se lança em um limiar entre finitude e infinitude e em que nosso desejo de eternidade se confronta com o tempo da vida biológica. O estudo, que

só se expande, é meio puro quando não relacionado a um fim, quando não encerrado na ideia de profissionalização e de expertise. Ele é meio puro quando é vivido na imanência da criação. Nessa perspectiva, o estudo é fluxo, e nele o homem se encontra em seu poder divino, que não é jamais um meio para um fim, mas o meio vivido em sua infinita processualidade.

Como se vê, apesar de limitada ao quadro asfíxiante de um Mestrado em Filosofia do Direito, Ana consegue respirar e fazer respirar, conjugando a leitura rigorosa de autores complexos com doses sempre crescentes de interpretação e criação próprias, o que indica que, mais do que uma obra excepcional, esta que agora se lerá é mesmo exemplar.

Aqui é preciso atentar para a especial característica do que chamo de “exemplo”. Agamben nota que o exemplo é uma figura correlata à exceção.³ Com efeito, se a exceção corresponde a uma *exclusão inclusiva*, ou seja, a uma estrutura que se retira do sistema na mesma medida em que se inclui sub-repticiamente como seu secreto e muitas vezes excessivo – quer dizer, não normatizável – fundamento, o exemplo é uma *inclusão exclusiva*, dado que, para indicar a generalidade do sistema, ela se apresenta como um seu paradigma ideal. Contudo, graças a esse gesto de se colocar na primeira linha ao modo de antecipação e resumo do geral, o exemplo acaba dele se afastando e se tornando *unicum*, irrepitível. Nele a regra conflui, portanto, como um singular inapropriável que, em uma dança simbólica tensa e paradoxal, aponta para a impossibilidade do sistema geral, dado que todo exemplo é especial, é *species* e nunca *genus*, é único em seu gênero e, por isso mesmo, capaz de

³ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2002, pp. 29-30.

trazer à luz a noção de uma comunidade mais ampla de singulares, aparentemente ligados por uma qualquer propriedade comum que, contudo, não os esgota.

Assim, a função do exemplo, por mais que Agamben a julgue similar à da exceção, me parece muito mais revolucionária, pois é a ele, ao exemplo, que cabe a instauração de um jogo de indecidibilidade entre o particular e o geral que, se bem jogado, pode servir à desarticulação da máquina bipolar centrada na regra e na exceção, no *nómos* e na anomia. Daí porque, na tradição cristã medieval, pululem as famosas *exempla vitae* de santos e mártires que, com suas vivências irrepetíveis e únicas, apontam para possibilidades comunitárias mais amplas que, por óbvio, não se realizam por meio de simples decalque, mas antes pela via da inspiração, com o que se percebe que a vida, tal como um poema ou uma canção, é obra.

Obra singular, por certo, que não serve aos propósitos da emulação, pois que assim se perderia a dimensão própria e problemática da exemplaridade, indicando-se antes a possibilidade que só uma obra exemplar pode oferecer: inspirar àquelas que veem depois dela para que sejam também exemplares, sem nunca repetir o mesmo exemplo, pois isso é estruturalmente impossível. O exemplo é único e só pode inspirar aos outros para que sejam tão únicos e elucidativos como ele mesmo. Sendo uma inclusão exclusiva, o exemplo pode quebrar a lógica da captura do exterior típica da exceção (*ex-capere*), indicando antes um campo de expansão, mas expansão não de lógicas totalizantes e generalizadoras – tal qual a do direito aplicado – e sim da própria estrutura do único, do singular, do exemplar, que com sua presença irrepetível convoca os demais a serem mais do que demais, a serem integrantes de uma comunidade da potência, uma comunidade de exemplos que jamais se reduzem uns aos outros e, por isso mesmo, podem con-viver para além da hierarquia e da separação que a exceção exige e assenta.

O que o exemplo demonstra, em toda sua radicalidade, é que é impossível apresentar o todo, o conjunto, o geral, dado que tal simplesmente não existe. Ideias gerais são somente dizíveis, nunca usáveis ou vivenciáveis, e por isso representam uma chave central para a manutenção da máquina bipolar em que gênero e espécie, geral e particular, multiplicidade e unidade se debatem. O exemplo, por seu turno, é *menor*, como diriam Deleuze e Guattari: ele só demonstra a si mesmo e convoca os muitos outros. Às classificações generalizantes em que por vezes o próprio Agamben recai, tal como aquela mundialmente célebre *vida nua*, o exemplo contrapõe a irredutibilidade de *uma vida*, como sugere Deleuze.⁴

Este livro é exemplar não apenas pela qualidade de sua escrita e pela profundidade de sua investigação, que certamente espantará e ajudará inclusive os leitores mais experimentados de Schmitt, Benjamin e Agamben, mas sobretudo pelo convite que envolve, indicando uma outra maneira de pensar o direito, a filosofia e a própria vida. Gestado sob a matriz da filosofia radical, o livro de Ana se arrisca a ser mais do que o epifenômeno de um requisito para a obtenção do título acadêmico de Mestre – o qual a autora mereceu como poucas outras –, indicando o primeiro e vigoroso passo de uma investigadora que aceitou resolutamente o desafio de Giorgio Agamben endereçado à geração que vem: usar da vida como modo do mundo.

Belo Horizonte, inverno de 2017.

⁴ Para uma comparação entre ambas as concepções (*vida nua* e *uma vida*), cf. PELBART, Peter Pál. *O avesso do niilismo: cartografias do esgotamento*. São Paulo: n-1 edições, 2016, pp. 25-36.

APRESENTAÇÃO:

O DIREITO QUE VEM

Daniel Arruda Nascimento

Tem o leitor nas mãos abertas um livro que nos ajuda a pensar os limites do sistema jurídico no qual estamos imersos. Estamos diante de um texto que enfrenta as contradições em que a sociedade ocidental é criada e se conserva, que explora o mito de que o Estado é a única instância de legitimação política, que interpela o direito que, embora queira conter a violência, aparece fenomenologicamente como um instrumento violento e reproduzidor de violências. Em constante diálogo com autores da filosofia política contemporânea, mais especificamente com o pensamento que se encontra, segundo a autora, no eixo radical da filosofia política de fronteira, especialmente Walter Benjamin e Giorgio Agamben, procura-se nas páginas que se seguem a esta breve apresentação não apenas lançar um olhar crítico sobre esse universo, mas pautar questões em torno do papel do direito em um estado de exceção efetivo, nada posto, a se construir. A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção virtual em que vivemos é a regra geral. Se nos assombramos com os fatos políticos que nos acompanham, isto significa que nossa percepção sobre a história está maculada por um conceito de história que não se sustenta do ponto de vista dos oprimidos. O mesmo

poderíamos dizer do conceito de direito. “Entender que o direito é marcado pela história que o acompanha abre possibilidades de pensar outras formas possíveis de normatividade e de vida comum” (conferir mais adiante, p. 10). Precisamos originar um verdadeiro estado de exceção, na nossa luta contra o fascismo, escreverá o filósofo alemão Walter Benjamin na famosa oitava tese sobre o conceito de história, contra a dominação e a opressão. No rastro do filósofo italiano Giorgio Agamben, cabe-nos considerar a tarefa de pensar um direito que vem, como alternativo ao direito hegemônico posto. O texto que o leitor terá o prazer de ler agora se projeta então sobre o desconhecido, um desconhecido político que implica a todos nós que vivemos nesse mundo jurídico, e apenas isto já seria um excelente motivo para nos animar à leitura.

Trata-se da recuperação crítica de uma dissertação de mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do professor Andityas Soares de Moura Costa Matos, cuja banca tive a felicidade de integrar, na qualidade de examinador externo. Ana Suelen Tossige Gomes oferece agora ao vasto público um texto bem escrito, interessante e nada óbvio. Aos que podem se assustar diante de um sumário cheio de referências, eminentemente conceitual e acadêmico, outra boa notícia: a autora escreve como uma professora, isto é, está preocupada com o entendimento do leitor, procura explicar os grandes conceitos na medida em que aparecem no texto. Além disso, em aspectos gerais, podemos acrescentar outras qualidades do trabalho. Ele aborda a relação entre direito e violência sem se esquivar da análise de autores clássicos da Filosofia do Direito, inclusive dos mais conservadores. Ele estabelece um corajoso diálogo dos principais autores de referência com a tradição de Karl Marx, o que ainda é uma lacuna no meio acadêmico filosófico, pelo menos no que se refere a Giorgio Agamben.

Ele admite nas suas páginas a presença de comentários sobre acontecimentos recentes do nosso mundo político, se posicionando a respeito, como é o caso do golpe de Estado institucional e excepcional que vivenciamos em 2016, aquele que a grande mídia chamou de *impeachment*.

Notemos que o livro contempla um movimento pendular entre o direito e a economia, entre o instituto jurídico do estado de exceção e o estado de exceção econômico. Assumimos a economia de mercado como algo inteiramente natural, agora globalizada. Lá onde a normalidade é definitivamente efêmera. Nele a emergência se manifesta sempre pela crise, pelo argumento da crise, uma palavra de ordem na política moderna, usada para legitimar todo tipo de decisão, quase sempre não participativa, como mais um instrumento de domínio. Uma palavra que opera em favor de quem capitaliza o poder econômico. Mas nunca sem a intervenção do Estado, isto já deve estar absolutamente claro. O Estado apresenta-se como um operador mediador e garantidor desse poder econômico. Por outro ângulo, o estado de exceção, compreendido como a suspensão no todo ou em parte da ordem jurídica, para garantir esta mesma ordem diante de necessidade intempérie, transforma-se em uma técnica de governo, cada vez mais acessível. Ou pior, revela a exceção enquanto dispositivo que opera nos subterrâneos, independentemente da deflagração formal do estado de exceção. Em ambos os casos, o Estado “age e se mantém por meio da exceção aos princípios que o legitimam, e para o qual o que importa é garantir sua própria perenidade” (conferir mais adiante, p. 10). Paradoxalmente, para assegurar a normalidade, o direito precisa da anormalidade. Não teria esse balanço entre o econômico e o jurídico uma relação com o que Giorgio Agamben escreve em *Stasis: la guerra civile come paradigma politico*, ou seja, a política não seria um campo de forças cujos extremos são o *oikos* e a *polis*? (conferir mais adiante, p. 17). Nesse terreno,

acrescenta a autora, “norma, decisão política e economia integram uma mesma realidade excepcional” (p. 58).

Em relação à distribuição política territorial do nosso mundo e sua constante reconfiguração orientada pelos grandes interesses, lidando agora com o *Nomos da terra* de Carl Schmitt, seremos levados a compreender que a terra passa a exibir o direito cravado em si, que o *nomos* seria a marca pública da ordenação e da localização, da apropriação e da criação de limites, no triplo sentido de conquistar, dividir e usufruir (conferir mais adiante, pp. 27-36). Não resta claro para nós contemporâneos, todavia, como compatibilizar a estrutura permanente de des-localização e des-locação jurídico-política que tende a se expandir por todo o planeta, extremada pelo aflorar do estado de exceção, onde vige ilimitadamente a vontade soberana, por um lado, com a fúria com a qual o direito volta a se reafirmar, por outro. Se o estado de exceção permanente consiste em algo negativo para Carl Schmitt, pois acarreta a confusão entre a exceção e a normalidade, pode ser algo positivo para o direito, especialmente o ditatorial, que volta a se afirmar pela exceção, e pode desafogar toda a sua ânsia de domínio. Não é difícil supor como um estado de exceção pode ser desejado. O direito se mostra ontologicamente fundamental quando parece faltar através de sua suspensão. O direito se reafirma com fúria nos dias atuais, inclusive garantindo-se em circunstâncias muito tradicionais, como por exemplo, pelo punitivismo. A reboque de um discurso político que defende a garantia da ordem e da segurança a qualquer preço, tão difundido pelas instituições e pelos meios de comunicação de massa, vemos o agigantamento do direito.

Ana Suelen Tossige Gomes se propõe neste livro a pensar alternativas ao nosso sistema jurídico, um direito novo, um direito futuro, o direito que vem. Traz à luz uma reflexão que se alimenta da esperança, o que já a coloca, apenas por isso, em qualquer posição especial que não no

senso comum político atual, sem horizontes ou alienado na repetição de discursos ideológicos gastos. O problema é saber onde colocar essa esperança. Certamente não nas democracias modernas, irrealizáveis, tendo em vista os argumentos falaciosos de participação popular (conferir mais adiante, p. 37). Mas há pistas no texto. Um direito que vem deverá ser pensado a partir das potencialidades de uma ordem social não violenta (p. 58). Um direito que vem deverá contar com o caráter destrutivo da ação humana, com a violência divina que não tem direção nem faz vítimas, que permanece não capturável pelo direito (pp. 97-98). Cuida-se da desativação do direito que equivale a um outro uso do direito, mesmo que essa ideia ainda soe estranha para nós (p. 105). Talvez o caminho para um direito que vem seja a desativação do dispositivo da propriedade, a criação de um direito sem propriedade, de uso de todos os bens (p. 114). Cuida-se de um direito que vem que seja radicalmente democrático (p. 136). Essa talvez seja uma aposta que ainda vale o esforço.

Tudo isto no fundo retrata a questão que é levantada no início da terceira parte do livro, depois de um preâmbulo conceitual necessário: “se a violência pura é o que está em jogo no estado de exceção em que vivemos e se ela é capaz de romper o nexos que une violência e direito, ou melhor, violência e força-de-lei e, logo, desativar o dispositivo da soberania, abrindo espaço para um estado de exceção efetivo, tal deposição deixaria algo como um resto? A questão que se coloca aqui é: depois desse poder que depõe, resta algo do direito?” (conferir mais adiante, p. 101). Falamos do direito novo sem descrevê-lo, sem explicá-lo, como se o chamássemos. Ao nomeá-lo, o chamamos. Será que antecipamos a sua vinda messiânica quando o nomeamos? Será que esta potência já está presente entre nós? Não sermos capazes de imaginar antes de ver não é um problema, uma vez que não imaginamos muitas coisas antes de ver.

Ana Suelen Tossige Gomes sabe que o seu livro está enraizado na utopia, naquele tipo de coisas que ainda não têm lugar. “Diante de um anunciado ‘fim da história’, ou do fim das grandes narrativas que geravam o sentido metafísico da existência para a humanidade, as descontinuidades históricas trazem-nos à tona a mutabilidade das condições nas quais nos vemos jogados, ainda que tais dissonâncias apareçam raras e portadoras de uma ‘fraca força’. Nesse sentido, podem ser chamados ‘utópicos’ os que ainda insistem em criticar o atual modelo de organização político-jurídico, cujo comprometimento com o que seria uma ‘justiça social’ não ultrapassa o nível retórico” (conferir mais adiante, p. 10). Cada época tende a confundir o seu fim com o fim da humanidade. Um período de rápidas transformações facilmente se anuncia como o fim da história. Temos a impressão de termos chegado ao fim do caminho quando alguns de nossos ídolos encontram o crepúsculo. Mas a utopia não morreu. A resistência que pode ser confundida com uma fraca força, ainda pode se apresentar no pensamento crítico, na crítica sonora e além dela. Lembremos que o que é impossível hoje pode ser possível amanhã.

Daniel Arruda Nascimento
Professor da Universidade Federal Fluminense
Junho de 2017

INTRODUÇÃO: POR QUE PENSAR O ESTADO DE EXCEÇÃO EFETIVO?

A contemporaneidade é um momento em que se torna possível uma “abertura do real”, ou, numa interpretação de Walter Benjamin, é o agora que possibilita ao contemporâneo a legibilidade dos signos históricos contidos nas imagens do passado e do presente com vistas a extrapolar esta era histórica.⁵ Essa abertura da realidade deixa transparecer as contradições com base nas quais a sociedade ocidental é criada, reproduz-se e se impõe como padrão de vida. À Filosofia do Poder interessa, em especial, aquelas contradições sobre as quais se constituem os Estados e os sistemas jurídicos.

O mito de que o Estado é a única instância de legitimação da política leva-nos a aporias extremas, como a contínua violência por meio da qual se efetivam as razões governamentais de manutenção da ordem. O direito, que desde seus marcos modernos tem como destinação histórica a contenção da violência e da arbitrariedade, a contra-facticidade diante do real, aparece paradoxalmente como instrumento violento e reproduzidor de violências. Mantém-se como um macro dispositivo – discursivo, normativo e executivo – de legitimação da opressão; da distinção de alguns, não mais em face de nobreza, mas principalmente de poder econômico, perante muitos.

⁵ BENJAMIN, 1994a, pp. 226-230.

Entendemos que esse é um dado moderno, que coincide com a consolidação do capitalismo e com a inclusão dos seres humanos como legitimadores da ordem vigente (ao mesmo tempo em que estes são expostos ao controle, à administração e ao campo de concentração). As experiências dissonantes dessa lógica, e que foram capazes de experimentar outras formas de normatividade, como os exemplos da Comuna de Paris, das comunas anarquistas durante a Guerra Civil Espanhola e de Rojava atualmente, são todas apartadas da instituição do Estado e organizadas horizontalmente, de forma não hierárquica. Os Estados socialistas, embora tivessem o ideal revolucionário de realizar sociedades comunistas, mantiveram-se seguindo a lógica do progresso capitalista, e aqueles que desenvolveram suas condições materiais seguiram inclusive competindo e fortalecendo o mercado mundial (como foi o caso da Rússia e é hoje o da China). Os meios de produção, longe de uma verdadeira socialização, foram transformados em propriedade do Estado socialista. Os sujeitos, por sua vez, tornaram-se empregados do Estado, atingindo condições de vida em muitos aspectos melhores do que teriam em Estados capitalistas, mas nem por isso deixaram de ser representados por um ditador e por um partido, de ter seu tempo medido pelo trabalho e suas vidas restringidas ao comando soberano.

Diante de um anunciado “fim da história”, ou do fim das grandes narrativas que geravam o sentido metafísico da existência para a humanidade, as descontinuidades históricas trazem-nos à tona a mutabilidade das condições nas quais nos vemos jogados, ainda que tais dissonâncias apareçam raras e portadoras de uma “fraca força”. Nesse sentido, podem ser chamados “utópicos” os que ainda insistem em criticar o atual modelo de organização político-jurídico, cujo comprometimento com o que seria uma “justiça social” não ultrapassa o nível retórico (e isso exatamente porque o contrário produziria um êxodo do sistema global, claramente marcado

pela mundialização do estado de exceção permanente); mas preferimos chamá-los realistas. Hoje, até mesmo a continuidade da vida no planeta está em jogo, e a resignação não é uma saída. Entender que o direito é marcado pela história que o acompanha abre possibilidades de pensar outras formas possíveis de normatividade e de vida comum.

O esforço teórico deste trabalho, oriundo da pesquisa realizada durante o curso de Mestrado em Direito da UFMG, advém de profundas angústias diante dessa suposta imutabilidade e normalidade do absurdo, do inaceitável; da ausência de sentidos não mercantis para a vida, da miséria de uns e do luxo de outros, ao mesmo tempo em que se espetaculariza a imagem de uma única plutocracia planetária; de um direito que, pautado sempre por discursos aprioristicamente humanistas, opera como uma máquina, cujo sentido está determinado; de um direito/Estado que age e se mantém por meio da exceção aos princípios que o legitimam, e para o qual o que importa é garantir sua própria perenidade. Neste contexto, parece que não faz mais sentido propor reformas ao Estado de Direito, pois, como diria Agamben, o que está em questão são os próprios conceitos de Estado e de direito.⁶

Por isso o título escolhido – *O direito no estado de exceção efetivo* – decorre de uma das reflexões de Walter Benjamin acerca do estado de exceção permanente em que vivemos, e da necessidade de criarmos um real estado de exceção (*wirklichen Ausnahmezustands*), no qual a lógica que divide a história em opressores e oprimidos deixe de operar. No campo do direito, o pensamento de um estado de exceção efetivo se direciona para outras formas de organização político-jurídica que não carreguem o vínculo violento do direito e suas funções violentas de manutenção da ordem constituída.

Este é um trabalho teórico que envolve a Filosofia do Direito e a Filosofia Política, mas que poderia ser localizado

⁶ AGAMBEN, 2004, p. 131.

como um trabalho de Filosofia do Poder, pois se orienta a uma crítica radical da organização político-jurídica sob a qual vivemos tendo em vista a possibilidade de um “para além” dessa forma. Não obstante, este trabalho não tem a pretensão de dizer como será o novo direito, destituído de suas funções violentas, mas sim pensar criticamente, a partir de uma *tradição* já emergente no eixo da filosofia política de fronteira – em especial, nas obras de Walter Benjamin e Giorgio Agamben – como se daria o papel desse direito no estado de exceção efetivo. Assim, a crítica tem foco nos pontos decisivos que constituem o direito atual, a fim de que seja possível pensar em sua desativação e na constituição de algo novo.

Inicialmente, investigamos a relação umbilical entre direito e violência estabelecendo um panorama filosófico do que está por trás do direito, em especial, a partir da teoria da violência de Walter Benjamin e da noção de Carl Schmitt de *nómos*. Ainda, estabelecemos uma crítica do caráter meramente discursivo da liberdade e da igualdade, fundamentos das democracias modernas. No segundo capítulo, partimos para uma análise da relação entre a regra e a norma jurídica com a violência, buscamos compreender os conceitos de exceção e de estado de exceção do filósofo contemporâneo Giorgio Agamben, e apresentamos, por fim, uma leitura da obra *Altíssima pobreza* (*Altissima povertà*) deste autor. A partir de então, adotamos como opção metodológica o aprofundamento na obra do filósofo italiano, tendo em vista que este é o autor que, sob os rastros de Benjamin, mais se aproxima do tema do estado de exceção efetivo e de uma possível existência do direito nesse estágio. Assim, no terceiro e último capítulo, buscamos apresentar a partir das obras de Benjamin e Agamben, bem como por meio de diálogos interessantes com outros autores, aspectos em que suas filosofias apontam para o que seria um direito no estado de exceção efetivo.

UM PANORAMA FILOSÓFICO DOS SUBTERRÂNEOS DO DIREITO

1

Neste capítulo busca-se investigar a intrínseca relação entre direito e violência, a qual aparece como uma aporia fundamental à pretensa racionalidade que o sustenta discursivamente. Por meio de uma perspectiva genealógica, tem-se por intuito desvelar esses vínculos subterrâneos que tornam o direito o que ele é – um direito nômico⁷ e proprietário – para que se possa lançar um olhar crítico sobre essa forma jurídica, que é histórica e, portanto, mutável.

A pesquisa, que considera o direito em sua relação com o poder, visa a esclarecer um problema central para se pensar um *direito que vem*,⁸ um direito novo que tem como pressuposto a não separação que redundava em oprimidos e opressores: se o poder político-jurídico, em suas formas

⁷ Nômico porque, como será exposto mais adiante na análise da teoria do *nómos* de Carl Schmitt, o *nómos* não é apenas lei, ele significa ordenação e localização, violência originária que consiste na tomada de um espaço. Desse modo, o direito nômico carrega em si o vínculo com a violência, a qual separa um espaço de outros, cria o dentro e o fora, os amigos e os inimigos. Como define Andityas Matos, o direito nômico, devido a tal característica, contém “dimensões decisivas, irracionais e pré-legais, gerando a situação em que sobrevivemos” (MATOS, 2014a). Daí a tentativa de se pensar a possibilidade de um direito que se desvincule dessa característica central, atual.

⁸ Termo este utilizado por Andityas Matos (MATOS, 2014a).

históricas, mostra-se em relação com a violência e com a propriedade, é possível se pensar em outras manifestações desse poder? Nesse sentido, a perspectiva adotada tem em vista a possibilidade de que se faça outra história, de que se promova um corte na suposta relação determinista entre a coisa e a palavra que a nomeia.⁹ Para tanto, surge a difícil tarefa que este trabalho pretende realizar: além de desvelar o que esconde o direito (historicamente dado) e criticá-lo, mostrar ao longo deste percurso descontinuidades, outros discursos e experiências.

Inicialmente, com o intuito de traçar um panorama filosófico do que está por trás do direito, busca-se na teoria da violência de Walter Benjamin o que o filósofo entende como o fundamento mítico deste. Em seguida, apresenta-se o que Schmitt entende como *nómos*, como o fundamento da formação do direito: um acontecimento que conjuga ordenação e localização, que caracteriza o seu surgimento como exceção concreta. Por fim, busca-se estabelecer uma crítica do caráter meramente discursivo da liberdade e da igualdade que embasaram as democracias modernas, mostrando como o sustentáculo do direito (a relação direito-violência-propriedade) impossibilita o projeto, atual, de “Estado Democrático de Direito”.

1.1. O FUNDAMENTO MÍTICO DO DIREITO EM WALTER BENJAMIN: DIREITO E VIOLÊNCIA

Todo direito está fadado ao fenecimento.¹⁰ Essa é uma constatação que faz o jovem Walter Benjamin dos anos vinte, em sua crítica sobre a violência. O fundamento

⁹ FOUCAULT, 1979.

¹⁰ BENJAMIN, 2013a, p. 82.

desta crítica consiste no próprio objeto que ela pretende investigar: a violência como função instituidora do direito.¹¹

O filósofo alemão propõe pensar o direito segundo uma perspectiva de filosofia da história, o que alçaria a crítica da violência a um patamar diverso daquele compartilhado pelo direito natural e pelo direito positivo, os quais se restringem a avaliá-la em relação aos meios e aos fins. O direito natural entendia a violência como um dado da natureza, e sua prática poderia ter conformidade jurídica a depender dos fins visados por ela. Assim, se a prática da violência tem em vista fins justos, a filosofia do direito (de um Hobbes ou de um Kant) daria conta de legitimar os seus meios. Já o direito positivo, que tem o poder como um fenômeno histórico, foca na legitimidade dos meios da violência. Ambos esses direitos comungam, como resalta Benjamin, um mesmo dogma: “os fins justos podem ser alcançados por meios legítimos, e os meios legítimos, aplicados para alcançar fins justos”.¹²

É preciso situar a crítica de Benjamin no momento histórico que ela tem como principal alvo – o século XX – período este que pretendia ser o auge do progresso em todos os campos, da ciência e da técnica, mas também do direito e da política,¹³ e que conseguiu criar uma

¹¹ BENJAMIN, 2013a, p. 65.

¹² BENJAMIN, 2013a, pp. 60-61.

¹³ A época moderna é marcada pelas revoluções burguesas, que trouxeram os ideais (ou os direitos naturais) de liberdade e igualdade para o direito positivo, acabaram com uma infinidade de privilégios da nobreza e do clero, que se sustentavam pela existência do antigo regime, e garantiram certos direitos individuais, dentre os quais se destaca o direito à propriedade privada. Benjamin escreve o ensaio *Sobre a crítica do poder como violência* num momento em que a Alemanha, sempre atrasada politicamente (como dizia Marx, em sua *Crítica da filosofia do direito de Hegel - Introdução*), fizera um imenso progresso no campo da democracia e do reconhecimento dos direitos fundamentais com a promulgação da Constituição republicana

imagem metafísica de si mesma como a época das luzes, portadora de um progresso infinito. Segundo Benjamin, a história mostra, no entanto, que as “formas míticas do direito” apenas se alternaram, em uma dialética entre direito instituído e direito que se institui, os quais seriam como uma troca de figurinos de uma mesma personagem numa peça teatral. Nesse sentido, dos vários direitos da Idade Média ao direito conforme a vontade do monarca absolutista, do direito da monarquia constitucional ao direito republicano, apenas haveria uma passagem de uma forma mítica para outra forma também mítica de direito. Pensar o verdadeiramente novo, no entanto, seria pensar em ruptura, em uma autêntica revolução, pois, de acordo com Benjamin, as “novas épocas históricas fundamentam-se na ruptura desse ciclo dominado por formas míticas do Direito, na destruição do Direito e dos poderes de que depende [...], enfim, no desmembramento do poder do Estado”.¹⁴

Nesse sentido, Benjamin quer pensar a violência e o direito sob um ponto de vista que leve em consideração tais fenômenos como de fato se dão no mundo, pois não se trata de uma avaliação moral da história, tampouco de uma “Filosofia da História” que a enxergue teleologicamente como um aprimoramento cada vez maior e mais perfeito do Estado. Em suas constantes reflexões sobre a ruptura com as formas míticas de direito e a sua explícita preocupação com a justiça, Benjamin está pensando a vida no “reino messiânico”, nas “novas épocas históricas”,¹⁵ ou, nas palavras de Marx, a vida no comunismo, no fim da

de Weimar em 1919. Mas, o paradoxo é que tal república emerge dos destroços de uma revolução socialista vencida, a qual levou ao assassinato de Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht.

¹⁴ BENJAMIN, 2013a, p. 82.

¹⁵ BENJAMIN, 2013a, p. 82.

pré-história e no início da história.¹⁶ A passagem de Benjamin, citada acima, guarda clara relação com uma ideia que só será por ele explicitada mais tarde – a tradição dos oprimidos¹⁷ – que, no ideário de Marx, seria o reflexo histórico da luta de classes.¹⁸

Em seu ensaio – *Sobre a crítica do poder como violência*¹⁹ – o filósofo formula uma questão inicial que vem respondida de modo difuso em todo o texto, isto é, cuja resposta requer um exercício (talvez inesgotável) de busca pela totalidade, o que reflete uma maneira própria de visão de mundo que Benjamin parece ter prenunciado à *Teoria crítica* de Horkheimer. A questão em si é aparentemente simples: qual a relação do poder/violência com o direito e a justiça?

A ressalva inicial colocada pelo autor é que o que caracteriza uma ação ou omissão como violência é o fato de tais práticas estarem envolvidas em relações de ordem

¹⁶ MARX, 2008, p. 48.

¹⁷ Em suas teses *Sobre o conceito de história*, de 1940.

¹⁸ Como Marx e Engels enunciam em seu Manifesto: “Homem livre e escravo, patricio e plebeu, senhor feudal e servo, membro de corporação e oficial-artesão, em síntese, opressores e oprimidos estiveram em constante oposição uns aos outros, travaram uma luta ininterrupta, ora dissimulada, ora aberta, que a cada vez terminava com uma reconfiguração revolucionária de toda a sociedade ou com a derrocada comum das classes em luta. [...] A moderna sociedade burguesa, emergente do naufrágio da sociedade feudal, não aboliu os antagonismos de classes. Ela apenas colocou novas classes, novas condições de opressão, novas estruturas de luta no lugar das antigas” (MARX; ENGELS, 1998, pp. 7-8).

¹⁹ O título original do ensaio *Zur Kritik der Gewalt* traz um significado dúplice, pois o termo alemão *Gewalt* pode significar tanto violência quanto poder. Como explica Jailane Pereira da Silva: “[...] a palavra *Gewalt* é dada a multiplicidades e designa mais que a violência propriamente dita, podendo também ser empregada para referir-se ao poder legitimamente posto ou à autoridade [...]” (SILVA, 2016, p. 25).

“O mais surpreendente deste livro é que ele se entrega, em um gesto a um só tempo generoso e exigente, como *exemplum vitae* daquilo que admira, quer dizer, temos diante dos olhos um discurso rigoroso, denso e aberto que vive na dimensão do estudo, da memória, de uma outra antropogênese possível em que potência e ato já não estão mais enfrentados. Assim, para compreendermos o que pode vir a ser o direito “apenas estudado” referido por Kafka, Agamben e Ana é preciso ler este livro que, para além da dimensão crítica devedora do caráter destrutivo da autora, investe suas energias utópicas não para descrever, mas para praticar, sem fissuras, o tal direito estudado.”

Andityas Soares de Moura Costa Matos

