

# A Matriz Oculta do Direito Moderno: crítica do constitucionalismo contemporâneo

*Moisés Pinto Neto*<sup>1</sup>

**Resumo:** Nesse artigo tento exibir a matriz oculta do Direito: o estado de exceção em que vivemos – e sua correspondente vida nua – discutindo as relações entre Direito e poder. Para provar isso, pretendo mostrar como a tradição liberal – matriz da recente teoria constitucional – oculta esse fenômeno, tornando-se incapaz de explicar como exatamente aqueles que sentem mais profundamente a violência estatal – miseráveis, imigrantes, etc. – estão evidentemente *fora* do suposto contrato.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo – Contrato – Estado de Exceção – Vida Nua – Direito – Poder.

## 1. O Direito e seu Fundamento

*“O conceito de soberania deve ser reprimido radicalmente”*  
(Hans Kelsen<sup>2</sup>).

Observando-se o pensamento jurídico na nossa época percebe-se visivelmente ter ele, via de regra, deixado de pensar seriamente o que fundamenta o próprio direito. Aceitando como pacífico o “contrato social” ou deixando simplesmente a questão de lado como “filosófica” ou “assessória”, escamoteia-se *o essencial* cuja pertinência não tardará a aparecer. Em que está apoiado o ordenamento jurídico? Qual é a fonte de legitimidade do direito positivado? A tese aqui exposta é de

---

<sup>1</sup> Doutorando em Filosofia (PUCRS). Bolsista-CAPES. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Professor de da ULBRA. Conselheiro do Instituto de Criminologia e Alteridade (<http://criminologiaalteridade.ning.com>). Email para contato: [moysespintoneto@yahoo.com.br](mailto:moysespintoneto@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> SCHMITT, Teologia Política, 2006. p. 20.

que esse elemento de fundamentação do direito ou simplesmente *elemento instituinte* (que se levado até suas últimas conseqüências chega até o fundamento de legitimidade da própria soberania política) foi reprimido pela discussão dogmática (isto é, o estudo dos conteúdos legais positivados) no campo jurídico, ainda que porventura essa dogmática tenha verniz constitucional. Em síntese: a questão que envolve a justificação da própria legitimidade da lei, a *instituição* da lei<sup>3</sup>, foi dada por encerrada precocemente, sem que se tenha encontrado uma solução adequada para o problema. Essa incapacidade de voltar aos próprios fundamentos produz hoje uma *crise* no direito cujos sintomas são diversos, alguns deles arrolados nesse trabalho.

Sintetizando de forma brevíssima (dada a extensão e complexidade do tema), a discussão em torno da legitimidade do direito passou por pelo menos três grandes momentos ao longo da sua história no Ocidente:

a) no direito natural antigo, há uma espécie de simetria traduzida pelos gregos como *logos* que percorre toda a natureza e não diferencia a ordem natural da ordem moral (*nómos* e *phýsis* identificam-se quanto à simetria e ordenação). Giorgio Agamben, nesse sentido, afirma interessar a Platão não tanto a oposição entre *nómos* e *phýsis* (central ao debate sofístico), mas a “coincidência de violência e direito que constitui a soberania”. Platão, quando diz que

‘a lei deve reinar sobre os homens e não os homens sobre a lei’, não pretende, portanto, afirmar a soberania da lei sobre a natureza, mas, ao contrário, apenas seu caráter ‘natural’, ou seja, não violento<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Refiro-me especificamente ao fundamento que é trabalhado exaustivamente, por exemplo, por Jacques Derrida no célebre *Força de Lei*, 2007.

<sup>4</sup> AGAMBEN, *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, 2004. pp. 40-41. Para maiores detalhes em torno dessa condição histórico-cultural, conferir ainda Ayala Martinez, que situa particularmente o momento estoico como central na identificação entre *nómos* e *phýsis*. AYALA MARTINEZ, *Derecho Natural antiguo e medieval*. In: *A Recepção do Pensamento Greco-Romano Árabe e Judaico pelo Ocidente Medieval*, 2004. pp. 747-748, e BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, 1995. pp. 15-19.

O direito natural medieval se apropriará dessa noção para aproximá-la da teologia, relacionando a lei natural à lei eterna ou divina<sup>5</sup>;

b) mais tarde, o jusracionalismo pressuporá a idéia de que vivemos em um estado de natureza primordial que é substituído por um contrato social em que os indivíduos livres, iguais e racionais pactuam direitos e obrigações e passam então ao estado civil<sup>6</sup>;

c) por fim, quando desde o corte epistemológico efetivado pelo jurista Hans Kelsen decidiu-se, no âmbito da ciência do direito, ser o campo de indagação jurídica restrito ao direito positivo, eximindo-se de qualquer consideração de caráter filosófico ou sociológico<sup>7</sup>. O direito torna-se sistema autorreferente e faz com que se afirme, por exemplo, ser os *direitos* humanos que fundamentam o direito, em uma circularidade notável<sup>8</sup>. Desde esse marco, conhecido basicamente como “Positivismo Jurídico”, o máximo de fundamentação que podemos ter em torno é a manutenção da ideia de contrato social traçada desde os parâmetros do poder constituinte.

Atualmente, o que podemos observar é uma oscilação entre uma posição puramente positivista – ou seja, próxima do simples “recalque” sugerido por Kelsen acerca da fundamentação do direito –, de um lado, e o retorno da fundamentação contratualista, normalmente em um nível mais sutil e sem o mesmo peso metafísico que subjazia às teorias do século XVIII. Nosso intuito é, pois, uma aproximação dessa perspectiva teórica híbrida<sup>9</sup> denominada

<sup>5</sup> AYALA MARTINEZ, *Derecho Natural antiguo e medieval*. In: *A Recepção do Pensamento Greco-Romano Árabe e Judaico pelo Ocidente Medieval*, 2004. pp. 751-755.

<sup>6</sup> Processo que Eduardo Bittar nomeia de “secularização dos direitos fundamentais. BITTAR, Eduardo. “O Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos”. In: *Panóptica*, v. 8, 2008. p. 2.

<sup>7</sup> BOBBIO, *O Positivismo Jurídico*, 1995. pp. 144-146.

<sup>8</sup> Conferir FERRAJOLI, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2002. pp. 696-714. Do autor, veja-se ainda sua proposta de simples *eliminação* – repetindo expressamente o gesto de Kelsen – do conceito de soberania da filosofia do direito, haja vista sua contradição com a democracia, FERRAJOLI, *A Soberania no Mundo Moderno*, 2002, p. 03.

<sup>9</sup> Portanto, deixaremos totalmente de lado a posição do Direito Natural no seu sentido clássico – embora a linha teórica do artigo talvez indique algumas pistas acerca da nossa

“Constitucionalismo” buscando mostrar como é *imprescindível* a questão da legitimidade para o pensamento jurídico, uma vez que o supostamente “externo” ao direito é, na realidade, sua substância mais interior, sendo impossível evadi-lo como questão não-jurídica.

## 2. O Contratualismo e seu furo constitutivo

### a) O Hibridismo da Fundamentação do Constitucionalismo

Percebe-se que até hoje a filosofia política liberal e o constitucionalismo, que segue seus movimentos, procuram encontrar a fundamentação do poder soberano a partir da idéia de contrato social. Conquanto não chegue ao ponto de propor ter o contrato uma base factual, a teoria funciona como espécie de experimento mental que fundamenta o estado e o direito. A confiança em um pano de fundo *formal* baseado no consentimento livre de indivíduos em posição de igualdade substitui o antigo fundamento teológico do poder soberano, operando (e isso que é algo buscaremos provar) como um *mito substitutivo* de fundação<sup>10</sup>.

A idéia de contrato social está implícita nas diversas teorizações que originam a corrente hoje hegemônica no campo (pelo menos teórico) do Direito: o *constitucionalismo*. Reivindicando o *status* de “pós-positivista”, essa corrente

posição. Sobre o *hibridismo* das posições, veja-se nesse sentido exemplarmente a posição de Ferrajoli que, embora adote posição que recusa a fundamentação jusnaturalista, reconhece o contrato social como “uma grande metáfora da democracia”. FERRAJOLI, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 2002. p. 707.

10 Carl Schmitt identifica nesse processo de secularização de conceitos teológicos típico da teoria do Estado a influência do deísmo, “com uma teologia e metafísica que repele o milagre do mundo e recusa o rompimento das leis naturais contido no conceito de milagre, o qual institui uma exceção através de uma intervenção direta, assim como a intervenção direta do soberano na ordem jurídica vigente. O racionalismo do Iluminismo repudiava o caso excepcional em toda forma”. SCHMITT, *Teologia Política*, 2006. p. 35.

jurídica posiciona a Constituição como centro do ordenamento, reivindicando que a validade de todos os atos jurídicos depende da sua conformidade formal e material com o texto da Carta Magna. Assim, enquanto o Positivismo Jurídico teria como característica uma análise meramente formal das regras, o “Pós-positivismo” constitucional seria capaz de dar concretude para as normas constitucionais, ressaltando o sentido *constitutivo* da Lei Fundamental e não mais ficando preso às amarras dogmáticas até então estabelecidas<sup>11</sup>. Afora o caráter duvidoso de uma real ruptura com o Positivismo<sup>12</sup>, esse enfoque – hoje arqui-conhecido também como “garantismo” – depende intrínseca, mas implicitamente, do contratualismo como base<sup>13</sup>.

O constitucionalismo, assim, quando refuga do seu teor estritamente positivista que, como Kelsen ensinava, “reprime a discussão sobre a soberania”<sup>14</sup>, volta-se para uma explicação contratualista clássica inspirada no “jusracionalismo”, supondo a existência de indivíduos autônomos que, reunindo-se, convenionam um pacto social regulador das suas liberdades. Essa é a imagem que serve de pano de fundo a quase todas as descrições<sup>15</sup>, muitas vezes colocando a As-

11 STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, 1999. pp. 214-228.

12 Pois o seu ponto mais importante, a ruptura do nexo entre direito e justiça (ficando o jurista adstrito ao enfoque normativo), parece não ter sido tocado, apesar de com sentido material da Constituição se buscar a aproximação de um horizonte axiológico. O conceito de *validade* permanece central (BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*, 1999. p. 20). Da mesma forma, a estrutura piramidal do ordenamento jurídico, outro dogma positivista, igualmente ficou intacta. Esse tema, contudo, exige certamente outro estudo específico (BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*, 1999. p. 17). A primazia da Constituição já era defendida claramente na *Teoria Pura do Direito*, erroneamente tida como indiferente à questão. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 1979. p.367.

13 Ainda mais claro nesse sentido é Luigi Ferrajoli, que se define como um “neoclássico” ou iluminista, e certamente poderia ser autodenominar um “neoliberal” se a conotação do termo não tivesse recebido um sentido totalmente diverso (e em oposição à visão social-democrata que Ferrajoli defende).

14 SCHMITT, *Teologia Política*, 2006. pp. 21.

15 Deve-se reconhecer, no entanto, que os limites dessa teorização parecem em vias de esgotamento, percebendo-se o surgimento de dogmática crítica que põe em questão esse acoplamento simplório. Por exemplo: de forma radical em BERCOVICI, *Soberania e*

sembléia Nacional Constituinte no papel de uma suposta reunião que formaria o contrato social. São pressupostas, assim, as teorias iluministas do contrato social, desenvolvidas especialmente a partir dos séculos XVII e XVIII<sup>16</sup>. A lapidar síntese de Bolzan de Moraes é exemplificativa dessas circunstâncias:

Assim, resumidamente, pode-se dizer que a Constituição como expressão do *pacto social*, nada mais é – e por isso mesmo é muito – do que aquele acordo de vontades políticas desenvolvido em um espaço democrático que permita a consolidação temporária – porém longa – das pretensões sociais de um grupo, consolidando, hoje em dia, não apenas aquilo que diga respeito única e exclusivamente aos seres humanos individual, coletiva e difusamente, mas também os diversos fatores que influem na construção de um espaço e de um ser-digno no mundo – e.g., meio ambiente, espaço urbano, ecossistemas, etc. –, bem como as preocupações futuras com aqueles que estão por vir, para além de funcionar como uma estratégia de estabilização por conquistas<sup>17</sup>.

Interessante ressaltar que, após a expressão *pacto social*, o autor refere, em nota de rodapé a nós extremamente pertinente:

Poder-se-ia, aqui, retomar a literatura própria do jus-naturalismo contratualista – de Hobbes, Locke, Rousseau e tantos outros – para referendarmos tal assertiva, o que apenas referimos, por importante<sup>18</sup>.

*Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*, 2008 e, mais moderada, em SARMENTO, *Por um Constitucionalismo Inclusivo*, 2010. pp. 79-117 e pp. 233-272.

16 SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2003. pp. 43-44.

17 MORAES, “Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais”, 2000. pp. 13-14.

18 MORAES, “Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais”, 2000. p. 13.

A vinculação da atual estrutura dos direitos humanos aos textos constitucionais é reconhecida em caráter praticamente pacífico entre os teóricos da ciência jurídica contemporânea. Os autores remetem a uma “positivação dos direitos naturais”, sem que isso pressuponha necessariamente a existência “natural” (metafísica) desses direitos<sup>19</sup>, em uma espécie de “pragmatismo jurídico”. Assim, os direitos humanos são “juridificados” em alta intensidade, preferindo-se inclusive a nomenclatura “direitos fundamentais”, pois vinculada à sua positivação. Mas, como vimos, a questão da respectiva legitimidade, se não reprimida, retorna *hibridamente* à fundamentação clássica do contrato social. Voltemos, pois, ao contratualismo como base do constitucionalismo (ou garantismo) que hoje busca resolver todos os dilemas do Direito contemporâneo.

## b) O Contrato Social e seu Estrangeiro

Imagina-se a figura do contrato social compartilhado por indivíduos que, ao passarem do estado de natureza para o estado civil, fixam determinados direitos e deveres extensivos a todos. “Desde o final do século XVIII, a partir das conquistas das revoluções burguesas na Europa”, diz Flickinger, “o sistema do direito liberal é considerado o meio por excelência para a instauração da idéia de liberdade como princípio organizador do mundo sócio-político”<sup>20</sup>. Não tardou muito tempo<sup>21</sup>, contudo, para perceber-se que a ficção do contrato – criada com

19 SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2003. p. 34.

20 FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003. pp. 146-147.

21 Aliás, foi bem cedo, já na própria aurora do pensamento iluminista, com Jean-Paul Marat, se percebia a injustiça do caráter meramente ficcional do contrato social. O “contratualismo revolucionário” de Jean-Paul Marat era o único verdadeiramente *consequente* em relação às suas premissas, isto é, se um contrato é um pacto que atribui direitos e deveres, ônus e ônus, às respectivas partes, é inadmissível que o povo (aqui no sentido de miseráveis) seja obrigado a estar em conformidade com os deveres sem usufruir, simultaneamente, dos respectivos direitos. Trata-se pura e simplesmente de aplicar a estrutura do contrato bilateral (ou multilateral) *sem tergiversações ardilosas*: ou o contrato concede os direitos que promete, ou os deveres que exige perdem eficácia. Com isso, Marat reage

o intuito de limitar o poder do Estado – não respondia a certos problemas: por exemplo, daqueles excluídos de todo e qualquer direito previsto no contrato, como os miseráveis, os estrangeiros e assim por diante<sup>22</sup>. Essa confirmação foi ainda mais veemente durante a II Guerra Mundial, quando judeus e outros acabaram perdendo a sua condição de nacionais e por isso, como apátridas, perdendo o “direito aos direitos”<sup>23</sup>. Se o contrato social atinge todos, como podem existir aqueles que estão fora desse pacto sem qualquer razão *especificamente contratual*?

Assim, percebe-se na quase totalidade das teorias jurídicas que o problema daqueles a quem o direito não chega é *apenas* que o direito não chega, e que por isso tudo pode ser resolvido na fórmula de que lá *falta constituição* (ou, segundo o eufemismo tradicional dos meios jurídicos: “é *apenas* questão de falta de acesso à justiça que pode ser corrigida”). A dificuldade de tal raciocínio ocorre quando se depara com a seguinte questão: “o que constitui *positivamente* essa falta?”. 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. Trazendo o direito ao mundo concreto em que supostamente incide, e não na abstração tradicional, como descreveríamos esse *status quo* vivenciado?

Assim, em detrimento da abstração teoricamente generalizada da igualdade que se corrige periféricamente aos poucos (cuja validade empírica é constantemente desconfirmada pela brutalidade fática), essas ponderações nos encaminhariam para a seguinte discussão: como legitimar o estado de direito baseado no contrato social quando alguns estão fora desse contrato? Se o que legitima o contrato é exatamente o *consenso* entre as partes (pois os constitucionalistas reivindicam justamente uma estrutura de caráter formal, sem conteúdo, admitindo a absoluta liberdade

diante do idealismo dos “experimentos mentais” ou do fundo metafísico que subjaz a todas as teorias contratualistas com espécie de contratualismo *materialista* (na tradição marxiana) ou irrigado de *facticidade* (na tradição da fenomenologia hermenêutica). Sobre Marat, conferir CARVALHO, *Pena e Garantias*, 2008. pp. 45-50.

22 FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003. p. 150.

23 ARENDT, *Origens do Totalitarismo*, 1989. p. 327.

ao poder constituinte) – isto é, *para que o contrato tenha validade é preciso que todos estejam em concordância com ele, pois é isso, e nada mais*<sup>24</sup>, *que o legitima* – como considerar *legítimo* esse contrato se alguns (imigrantes, miseráveis) estão simplesmente fora dele? Para esses, Walter Benjamin já dizia que o estado de exceção é a regra. Mas se para “os oprimidos” o estado de exceção é a regra, como explicar que o estado de direito deva ter validade diante deles? Se o estado de exceção é uma espécie de *furo* (presumindo-se isso *apenas por argumentar*, pois se procurará demonstrar que ele *não é isso* senão para uma concepção metafísica do direito), esse furo não corrói justamente uma estrutura que pretende se legitimar em torno de um consenso geral que não existe? Se o que legitima o estado de direito é o *consenso* do contrato e esse consenso inexistente, como dizer que há legitimidade? Se essa estrutura é meramente formal – e os juristas e filósofos liberais não cansam de afirmar isso – como justificar sua vigência sem a presença da *conditio sine qua non* da sua legitimidade<sup>25</sup>?

Isso fica ainda mais grave se pensarmos que são justamente esses que estão “excluídos” que sentem o estado na sua maior intensidade. Nos EUA e na Europa, criminaliza-se o próprio *status* de imigrante que é o não-cidadão. No Brasil, aqueles que estão fora do contrato social (presidiários, miseráveis, desterrados, moradores de rua etc.) sentem a máquina de extermínio do Estado geralmente vivenciada através da polícia. Como demonstrou Giorgio Agamben, é preciso corrigir topologicamente a relação deles com o estado: ao contrário do que se vulgarizou, não são “excluídos”, pois ninguém sente o poder do estado mais do que eles. Estão *capturados fora, ex-capere*, isto é, incluídos pela sua exclusão. A forma de relação entre eles e o estado é o *bando*, estão literalmente *abandonados*, ex-postos na sua vida nua plenamente<sup>26</sup>.

24 Flickinger afirma com propriedade: “em vez de buscar realizar uma determinada idéia de bem comum, o sistema liberal contenta-se com o consenso quanto às regras organizacionais, i. é, quanto a princípios procedimentais a serem observados por cada um”, FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003. pp. 163-164.

25 Vale lembrar a nota de Carl Schmitt a Kelsen: “fica claro que um neokantiano, como Kelsen, não sabe, sistematicamente, o que fazer com o estado de exceção. No entanto, também aos racionalistas deveria interessar que a própria ordem jurídica preveja o caso excepcional e pode ‘suspender a si mesma’, SCHMITT, *Teologia Política*, 2006. p.14.

26 AGAMBEN, *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, 2004. pp. 111-116.

Como explicar então por meio de um pacto social supostamente originário e igualitário que são justamente aqueles que estão fora desse pacto – os obscenos das teorias jurídicas – que sentem o poder do estado na sua maior intensidade? Para esses, o problema não é a “falta de intervenção do estado”, como usualmente colocam os constitucionalistas, pois nem mesmo os direitos de primeira geração (individuais) chegaram. Estão *aquém* do direito, da constituição, da cidadania, dos direitos. São os sujeitos que não têm direito aos direitos.

Essas reflexões, construídas muito por conta das contribuições de Hannah Arendt, levaram o filósofo Giorgio Agamben à necessidade de reconstruir os fundamentos do poder soberano, apagando o mito do contrato social para escavar sua respectiva genealogia. Partindo dos dilemas de Hannah Arendt, da *Teologia Política* de Carl Schmitt e tomando a sério a afirmação de Walter Benjamin na *Oitava Tese sobre o conceito de história* (que na realidade para os oprimidos o “estado de exceção” é a regra, e não a exceção), Agamben procura refazer o traçado estrutural e genealógico do poder soberano, eliminando o mitologema contratual fundador da filosofia política moderna<sup>27</sup>. Como coloca perfeitamente Giacóia descrevendo essa operação:

Essa crítica radical da modernidade política, que opera por um retorno reflexivo às origens míticas do direito, transforma em alvo privilegiado de seus ataques a hipótese da origem contratual da sociedade e do Estado – como se sabe um dos ícones da moderna racionalidade política – denunciando operação ideológica de ‘racionalização’ que consiste em descrever a gênese do espaço político a partir do ‘mitologema’ do contrato, por encobrimento de sua dimensão religioso-sacrificial<sup>28</sup>.

Essas considerações devem finalmente nos aproximar de outra perspectiva: o estado de direito e seu contrato social (isto é, a Constituição) mostram-se cla-

27 Para maiores detalhes da perspectiva crítica de Agamben, ver PINTO NETO, “Agamben e o Garantismo: razões de um desencontro”, 2010.

28 GIACÓIA, “Sobre Direitos Humanos na era Bio-política”, 2008. p. 39.

ramente como *um mito* que encobre as verdadeiras relações de poder que estão em jogo<sup>29</sup>. O direito jamais vai explicar porque há um hipergarantismo em casos penais de famosos banqueiros ao mesmo tempo em que indivíduos são assassinados pela polícia no Complexo do Alemão sem que isso gere sequer um processo penal. Esse mito é uma *alucinação* que projeta sobre a realidade o suposto contrato e fica criando aporias para resolver seus problemas: por exemplo, o de que onde não há direito – em um presídio, num morro carioca, numa sala de audiências, no interior rural, etc. – lá simplesmente *falta direito*, ou seja, há um “não-ser” (ou seja, como se isso simplesmente não existisse realmente ou fosse de importância diminuta).

### 3. O Estado de Exceção como regra geral

*Porque* se pensou que se podiam estabelecer, cientificamente, estruturas políticas que, por alguma espécie de geração espontânea, dessem lugar ‘naturalmente’ a relações éticas necessárias, é que se vive os atuais dilemas (como exemplos contundentes, a violência e a corrupção), tanto em nível próximo, microgeográfico, como na macrogeopolítica que governa o mundo e que tem levado a impasses de dimensões extraordinárias<sup>30</sup>.

A única saída é romper de vez com as categorias jurídico-liberais e pensar o direito desde aquilo que ele realmente é. E se pensarmos como Foucault nos ensinou – isto é, vendo como o poder incide sobre os corpos dos indivíduos sem que

29 “Na sociedade moderna, o direito liberal está, na verdade, apenas ‘ao lado do poder’. Essa a expressão mais adequada para indicar a distância do Direito quanto aos centros do poder efetivo na sociedade e, exatamente por isso, indicar também a função objetiva que ele tem, a qual é de apoiar, involuntariamente, essa mesma estrutura”. FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003. p. 149.

30 SOUZA, “A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’”, 2010. p.71.

coloquemos necessariamente uma norma entre eles<sup>31</sup> – verificamos que o estado de exceção *não é* um furo no estado de direito (como, *por exercício de argumentação*, havíamos proposto). A raiz do poder do estado – nos ensina Agamben – é o poder de provocar uma vida descoberta de qualquer direito, isto é, uma vida nua. Dito de outra forma: o que está fora de cena no direito é o estado de exceção em que vivemos. E o estado de direito em que vivemos é uma forma de sustentação – ainda que por vezes uma sustentação pretensamente generosa (por meio de propostas de inclusão) – dessa grande estrutura injusta do estado de exceção. Ao contrário do que se vem afirmando a partir da vulgarização do conceito de Agamben, o estado de exceção não é o oposto do estado de direito, mas aquilo que o sustenta<sup>32</sup>. E a prova disso é que não raro os que tentam “acelerar” o processo da justiça acabam sofrendo o estado de exceção em toda sua violência. Nesses casos a matriz oculta aparece e se confunde com o próprio estado de direito.

Aproximamo-nos da dimensão da justiça. E, como propõe Ricardo Timm de Souza, parece que a forma aproximativa mais interessante não é pensar a justiça como relação de equilíbrio, mas na *injustiça concreta* que se apresenta ante nós<sup>33</sup>. Ou seja: podemos comparar a questão da justiça com a desconstrução da violência, a crítica da razão violenta. A abstração das teorias tradicionais da justiça nos impede de pensar em um horizonte de finitude radical, isto é, como, a partir do solo concreto, o que esperamos enquanto justiça é simplesmente *a vida*, e a justiça somente surge concretamente como corretiva de uma injustiça presente (uma violência que atinge a vida). Entenda-se *vida*, nesse sentido, como a singularidade que não se deixa capturar pelas dimensões do poder.

Não é à-toa que o tópico central da principal obra de Agamben, *Homo Sacer*, gira em torno do conceito de vida e como ele foi capturado pelo direito dando origem

31 FOUCAULT, *História da Sexualidade 1: a vontade de saber*, 2007. pp. 146-158. FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, 2006. pp.179-191.

32 Dedicamos um trabalho exclusivamente para buscar refutar essa correlação: PINTO NETO, “Agamben e o Garantismo: razões de um desencontro”, 2010.

33 SOUZA, “A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’”, 2010. pp. 71-73.

a um poder soberano que pode matar sem que o gesto seja considerado homicídio ou sacrifício, isto é, como se a vida fosse descartável. Essa violência inerente e oculta do direito é o que legitima a injustiça em que vivemos e por vezes se torna visível em episódios como os campos de concentração, aeroportos que rejeitam refugiados, favelas em que vida está exposta à morte, zonas rurais dominadas por coronéis. Nesses locais a vida está *nua*, ou seja, totalmente ex-posta, totalmente submissa a um poder que pode a descartar livremente. Então a conclusão dessa primeira parte é: o estado de exceção não é “exceção”, mas a regra sobre o qual o estado de direito se ergue como uma espécie de mito que encobre as relações de poder reais que existem.

#### 4. Para além do Contratualismo

Como descartar, no entanto, a ideia de que a solução para o problema resume-se a uma correção de rumo? O problema não é simplesmente corrigir o processo para que o direito atinja essa vida nua, qualificando-a com os direitos humanos, por exemplo? É a proposta de vai de distintos pensadores de Habermas a Ferrajoli, por exemplo. Apresentarei quatro argumentos para discordar dessa posição<sup>34</sup>:

##### a) Formalização dos direitos humanos e cultura narcísica

Os direitos humanos constroem-se desde a perspectiva do individualismo, ao opôr o indivíduo-mônada ao estado absoluto. Se já se indagou razoavelmente acerca do caráter “humano” desses direitos, ou seja, sua vinculação a uma máquina antropológica<sup>35</sup>, pouco se tem trabalhado com o fato de que esses direitos são, tecnicamente, direitos *subjetivos*. Como poderes ou faculdades que indivíduos podem

34 Evidentemente cada um dos argumentos se desdobra em várias questões, exigindo, em tese, a escrita de trabalhos específicos, o que excederia nossas pretensões aqui.

35 AGAMBEN, *Lo abierto: el hombre y el animal*, 2002, pp. 69-76; AGAMBEN, 2005, pp. 416-418.

usar contra outros ou contra o Estado, estão intimamente vinculados ao individualismo moderno. O maior exemplo da vinculação entre os direitos humanos e a concepção de sujeito-mônada é a definição de liberdade prevista no artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limite os que assegurem aos demais membros da sociedade a fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.

Considera-se que o diagnóstico mais interessante acerca da nossa época, nesse aspecto, foi traçado pelo sociólogo Gilles Lipovetsky, ao dizer, em contraponto àqueles que classificam nossa época como “pós-modernidade”, que vivemos na “hipermodernidade” (apesar disso, não se concorde com suas respectivas valorações acerca desses fatos). Tratar-se-ia de uma “inflação” dos conceitos tipicamente modernos até seu nível “hiper”. Diz Lipovetsky:

A primeira é que os princípios fundamentais constitutivos da modernidade – a valorização do indivíduo e da democracia em primeiro lugar, a valorização do mercado num segundo plano e em terceiro a valorização da tecnociência – não foram substituídos, apenas radicalizados. Não houve mais do que isso. Agora não há mais nenhum inimigo destes princípios. Portanto, não estamos mais em uma modernidade destruída, mas em um regime hiperbólico, superlativo, porque já não existe um contramodelo ao que está posto. Até então existiam perspectivas nacionalistas, revolucionárias que propunham outros modelos. Hoje, não há outro modelo que não a democracia ou o mercado globalizado. Há críticas, é claro, mas são críticas dentro desse sistema e não

são radicais. Essa é a razão pela qual eu proponho hoje conceituar o período em que vivemos de uma maneira que me parece mais correta, ou seja: a modernidade passou para uma velocidade superior em que tudo hoje parece ser levado ao excesso: são os hipermercados, o hiperterrorismo, as hiperpotências, o hipertexto, hiperclasses, enfim, o hipercapitalismo. O que isso significa? Que a modernidade não tem mais limites, não tem mais críticas fundamentais em relação a si mesma. Daí a percepção que temos hoje de que a aventura da modernidade, no fundo, está apenas começando, e temos um sentimento, que vem de toda parte, de que as coisas estão chegando ao extremo.

Após o ocaso das metanarrativas, veríamos, segundo ele, a eclosão do narcisismo como a forma psíquica dominante no nosso mundo<sup>36</sup>. Na “era do vazio”, o “homem sem gravidade” vive no puro presenteísmo do gozo imediato, sendo a face perversa desse fenômeno a hegemonia do cinismo como regime discursivo e a instrumentalização do outro como objeto ao seu serviço<sup>37</sup>. Como os direitos humanos funcionam na lógica da filosofia do sujeito, que gerou esse indivíduo narcisista a partir da sua percepção monádica, os “direitos” hoje funcionam como válvula de alimentação narcísica<sup>38</sup>. Adorno e Horkheimer expressam com perfeição esse *destino* na seguinte passagem da sua *Dialética do Esclarecimento*:

36 “No entanto, não é verdade que estejamos entregues à errância do sentido, a uma deslegitimação total; na época pós-moderna perdura um valor principal, intangível, indiscutido através das suas múltiplas manifestações: o indivíduo e o seu direito cada vez mais proclamado de se realizar à parte, de ser livre, à medida que as técnicas de controlo social passam a aplicar dispositivos mais sofisticados e “humanos”, LIPOVETSKY, *A Era do Vazio*, 1983. p. 13.

37 SAFATLE, *Cinismo e Falência da Crítica*, 2008; BIRMAN, *Cadernos sobre o Mal*, 2009.

38 Sobre o tema, em outra perspectiva, conferir FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003. pp. 39-57.

O princípio anti-autoritário acaba tendo que se converter em seu próprio contrário, numa instância hostil à própria razão: ele elimina tudo aquilo que é intrinsecamente obrigatório, e essa eliminação permite à dominação decretar e manipular soberanamente as obrigações que lhe são adequadas em cada caso<sup>39</sup>.

Há numerosos exemplos na área jurídico-forense desse fenômeno. Cito alguns: superinflação de processos judiciais, banalização do dano moral, a proteção exarcebada ao consumismo, formalização das relações de família etc.

#### **b) A formalização de direitos provoca extensão do controle sobre a vida.**

Há um paradoxo invencível no reconhecimento de direitos. Quanto mais direitos se reconhece, maior é o controle do Estado sobre a vida íntima dos viventes. Esse fenômeno Michel Foucault chamou de “biopolítica”. Agamben anuncia um dos seus primeiros eventos no reconhecimento do *habeas corpus*, que, apesar de ser uma garantia, é também a primeira entrada como *corpo como tal* na política<sup>40</sup>. Mas vamos mais adiante: o próprio *homo sacer* é um tratado sobre a vida e como ela foi tratada pelo poder ao longo da história. Com isso ele quer dizer que aquilo que é supostamente o *mais íntimo*, o *mais nosso*, é regulado pelo poder soberano (definindo o momento da vida e da morte, por exemplo). Enquanto o liberalismo afirma que existe um “núcleo intangível” de direitos que protegem o indivíduo do estado, o que vemos é o oposto: quanto mais aumentamos a formalização, mais situações do cotidiano são judicializáveis, são controláveis por meio do estado e provocam a incursão em torno de áreas até então inéditas. Exemplo: direito à saúde (quanto mais regulamentado, mais o estado interfere na esfera privada dos indivíduos)<sup>41</sup>.

39 ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*, 1985. p.91.

40 AGAMBEN, *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, 2004. pp. 133-142.

41 Isso provoca, de certa forma, o efeito de paralisia nas demandas sociais causada pela juri-

#### **c) A vida nua é efeito, e não defeito, da formalização.**

Ao contrário do que se possa pensar, o surgimento de restos que ficam de fora do estado de direito – os “restos da história” de Walter Benjamin – não é um *problema corrigível* do estado de direito, mas um *efeito perverso* que a formalização gera<sup>42</sup>. Da mesma forma que para nós a *Shoah* não é um *desvio*, mas um *legítimo produto* da Modernidade<sup>43</sup>, a *vida nua* não é um *defeito*, mas um *efeito* da formalização liberal<sup>44</sup>. Basta pensarmos que o conceito de imigrante ilegal só existe em oposição ao cidadão nacional. Ou ainda usarmos a conhecida teoria do Direito Penal do inimigo de Jakobs: supostamente o *oposto* do garantismo, a teoria foi construída justamente a partir da idéia de contrato social, que oporia os cidadãos e seus inimigos. Sem o conceito de *cidadão*, inexistiria o *inimigo*, seu reverso. Os restos da história monumental dos direitos humanos estão desde sempre presentes. A civilização e as luzes sempre tiveram seu lado obscuro, que Sade e depois Freud não cansaram de mostrar<sup>45</sup>.

---

dificação descrito por FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003, p.156, (“essa instauração das políticas sociais por parte do poder público, traz consigo uma inércia ou até mesmo uma imobilidade das reações a novas demandas sociais, já que estas últimas não têm ainda como recorrer a direitos legalmente reconhecidos, ao passo que o agir administrativo, por sua vez, depende de uma base legal”).

42 Ver: FLICKINGER, *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*, 2003. pp.154-155. Em especial: “é verdade que a luta pelos direitos de cidadania é um passo importante no processo de inclusão social dos grupos menos favorecidos; por outro, no entanto, essa luta não garante, por si só, a justiça social materialmente efetuada”, p. 155.

43 Sobre o tema há ampla bibliografia, incluindo o já mencionado Agamben e pensadores de vernizes políticos bastante diversos, de Adorno a Heidegger. Cita-se, por todos, BAUMAN, *Modernidade e Holocausto*, 1998, e SOUZA, *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*, 2010, pp. 7-18. (Destaco: “*Auschwitz não é um acontecimento histórico, mas, simultaneamente, o evento prototípico e a expressão mais aguda de uma matriz racional*” – p. 15, grifo no original).

44 Para maior aprofundamento do tema, conferir PINTO NETO, “Agamben e o Garantismo: razões de um desencanto”, 2010; MENDES & CAVA, *A vida dos direitos: violência e modernidade em Foucault e Agamben*, 2008. pp. 45-84.

45 Sobre o tema: ADORNO & HORKHEIMER, *Dialética do Esclarecimento*, 1985. pp. 91-112.

#### d) É impossível formalizar a vida.

Não é possível formalizar a vida, que é o oposto da formalização: a vida 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 presente na situação por meio da *formalização*, que é justamente a vida, o encontro, o *cuidado* nas relações humanas. Trata-se da dimensão de *singularidade* que transpõe qualquer formalização em linhas de fuga que buscam se evadir do fechamento em fórmulas prontas e deveres legais<sup>46</sup>. Vale a pena referir passagem de excepcional ensaio de Ricardo Timm de Souza acerca do tema:

A hipótese da qual partimos é a seguinte: a preparação de terreno para a irrupção fática dos vícios ético-políticos se dá em uma dupla via. Por um lado, a partir da *formalização* de relações que, em sua origem, apresenta como não-formalizáveis. A institucionalização das relações humanas, em seus mais diversos e complexos níveis, é assim uma das dimensões que têm que ser acuradamente examinadas, para que tal preparação de terreno seja compreendida.

Queremos dizer com isso que são impensáveis instituições saudáveis do ponto de vista humano? Evidentemente que não. Estamos apenas sugerindo incisivamente que, quando se dá a substituição do elementar concreto no qual se configura uma relação humana original por uma sua ‘universalização’

46 Em contraponto à visão da formalização negativa a partir de direitos contra o estado como garantias individuais, diz Ricardo Timm de Souza: “a única forma não-arbitrária, ou seja, não-violenta, de concretização da liberdade humana, é a realização de atos que favoreçam a vida e a sustentabilidade ecológica e social do planeta (caso contrário a liberdade se auto-anularia no exercício de atos que, ao aniquilar a vida, igualmente a aniquilariam, ao aniquilar quem a reivindica para suas ações)” (SOUZA, *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*, 2010. pp. 57-58).

ou ‘formalização’ instrumental, teremos já que nos ver com a possibilidade da degeneração da situação original que, tendo inspirado a universalização, *nela não mais se encontra*<sup>47</sup>.

Em suma, uma lei que dissesse que amigos devem ter cumplicidade ou se tratar com respeito seria redundante ou inútil, pois esse *encontro* ocorrente entre singularidades é *a própria vida*. Vida cuja conexão com a temporalidade, por exemplo, inibe a universalização em formalista e tipológica própria do direito. E essa vida é que resiste à formalização. Essa vida é a justiça que afinal esperamos.

É necessário, portanto, a retomada das discussões substanciais em torno das nossas formas-de-vida<sup>48</sup> – isto é, do nosso *ethos* – para reconstruir o que está destruído, ou seja, a vida, arrancando-a da matriz obscena do direito, o estado de exceção em que todos vivemos.

#### THE HIDDEN MATRIX OF MODERN LAW: A CRITIC TO THE CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM

**Abstract:** In this paper I try to exhibit Law’s hidden matrix: the state of exception in which we live – and the correspondent bare life – discussing relations between Law and power. To prove it, I aim to show how the liberal tradition – matrix of the recent constitutional theory – hides this phenomenon, being incapable to explain how exactly

47 SOUZA, “A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’”, 2004. p. 116.

48 Conferir sobre o tema, por exemplo, AGAMBEN, *Means without end*, 2000, pp. 3-12; MENDES & CAVA, *A vida dos direitos: violência e modernidade em Foucault e Agamben*, 2008. p. 68 (“Vitalismo contra todos os humanos. À formatação dogmática da pessoa humana, que codifica e aprisiona a vida em formas separadas, propugnar pela criação incessante da vida, que constitutivamente escapa da cristalização do poder em estados de dominação”); SOUZA, *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*, 2010, pp. 61-102 (Destaco: “entende-se a ética como a *substância* humana da própria humanidade” – p. 64, grifo no original); DELEUZE & GUATTARI, *O que é a filosofia?*, 1992, p. 140, (“Os direitos do homem não dizem nada sobre os modos de existência do homem provido de direitos”).

those who feels more deeply the violence of State – poor people, immigrants, etc. – are evidently *out* of the supposed contract.

**Keywords:** Constitucionalism - Contract – State of Exception – Bare Life – Law – Power.

### Referências Bibliográficas

ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. *Means without end*. Minneapolis/London: Minnesota Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

\_\_\_\_\_. *Remnants of Auschwitz: the witness and the archive*. New York: Zone Books, 2002.

\_\_\_\_\_. *Lo abierto: el hombre y el animal*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2002.

\_\_\_\_\_. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

AYALA MARTINEZ, Jorge. Derecho Natural antiguo e medieval. In: *A Recepção do Pensamento Greco-Romano Árabe e Judaico pelo Ocidente Medieval*. Org. Luis de Boni e Roberto Pich. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política – Obras Escolhidas vol. 1*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BIRMAN, Joel. *Cadernos sobre o Mal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BITTAR, Eduardo. “O Jusnaturalismo e a Filosofia Moderna dos Direitos: reflexão sobre o cenário filosófico da formação dos direitos humanos”. In: *Panóptica*, v. 8, 2008. Disponível em: [http://www.panoptica.org/artigosjullout08/PANOPTICA\\_013\\_001\\_017.pdf](http://www.panoptica.org/artigosjullout08/PANOPTICA_013_001_017.pdf). Acesso em 30/03/2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Rio de Janeiro: ed. 34, 1992.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2006.

\_\_\_\_\_. *História da Sexualidade 1: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2007.

FLICKINGER, Hans-George. *Em Nome da Liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

\_\_\_\_\_. “A juridificação da liberdade: os direitos humanos no processo de globalização”. *Veritas* (54), 2004.

- GIACÓIA JR., Oswaldo. “Notas sobre Direito, Violência e Sacrifício”. *Dois Pontos*, vol.5, n.2, 2008.
- \_\_\_\_\_. “Sobre Direitos Humanos na era Bio-política”. *Kriterion*, vol.49, n.118, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armenio Amado Editor, 1979.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Lisboa: Relógio D’Água, 1983.
- MENDES, Alexandre & CAVA, Bruno. *A vida dos direitos: violência e modernidade em Foucault e Agamben*. Rio de Janeiro: NEPL/AGON Grupo de Estudos, 2008, volume 2, (Revista Filosofia Política do Direito AGON).
- MORAES, José Luis Bolzan de. “Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais”. In: *A Constituição Concretizada*. Org. Ingo Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PINTO NETO, Moysés. “Agamben e o Garantismo: razões de um desencontro”. *Revista Direito e Democracia (ULBRA)*. v. 10, n.º 2, 2010.
- SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e Falência da Crítica*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SOUZA, Ricardo Timm de. “A Racionalidade Ética como Fundamento de uma Sociedade Viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da ‘corrupção’”. In: *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Org. Ruth Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Justiça em seus termos: dignidade humana, dignidade do mundo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.