

**Melissa Mendes de Novais**

**OS HERÓIS VESTEM TOGA**  
**norma, direito e exceção na teoria do direito no Brasil**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de mestre em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jeanine Nicolazzi Philippi

Florianópolis  
2016

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

Novais, Melissa Mendes de

Os heróis vestem toga : norma, direito e exceção na  
teoria do direito no Brasil / Melissa Mendes de Novais ;  
orientadora, Jeanine Nicolazzi Philippi - Florianópolis,  
SC, 2016.  
304 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós  
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Estado de exceção. 3. Giorgio Agamben. 4.  
Pós-positivismo. 5. Neoconstitucionalismo. I. Philippi,  
Jeanine Nicolazzi . II. Universidade Federal de Santa  
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Aos meus pais, Eugênio e Giselda, com  
amor!



## AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus, que como bem expressou o salmista, é meu “refúgio e fortaleza, socorro bem presente na angústia”.

Agradeço profundamente aos meus pais, Eugênio Kennedy e Giselda Mendes. Foi graças a eles que pude completar mais essa etapa da minha vida com todo apoio material, emocional e espiritual possível, mesmo na distância. Sei que foi difícil aceitar a partida de uma filha para longe, sabendo ainda das incertezas da sua volta. Isso, porém, só acentuou o cuidado e o esforço de me darem condições e oportunidades que eles mesmos jamais puderam ter. Nunca pude ver com maior clareza o seu amor e carinho, quanto com o que esse ato representou. Agradeço à minha irmã Luna Mendes, minha pequena companheira e confidente, de quem tanto senti falta na distância de casa. Agradeço por me escutar e aconselhar as tantas vezes que precisei ouvir sua voz e saber do seu carinho. Nada me alegrava e poderia me dar mais força que os momentos de reencontro, abraços apertados e cafés com pão de queijo em Minas ou em Floripa na companhia da minha querida família.

Ainda em família, agradeço em especial a Lauany, tia Fabiana, tio Maurício, tio Exupério, vovó Bela, vovó Terezinha, tia Betânia, tio Toninho e tia Janete, pelo incentivo e pelas demonstrações de cuidado.

A meu noivo Lucas Manso agradeço pela doce e alegre presença sem a qual a minha continuidade aqui seria tão difícil. Agradeço a compreensão pelas vezes que troquei sua companhia pelas leituras e atividades de pesquisa e pelas tantas outras que me escutou quando eu falava na verdade somente a mim mesma. Agradeço pelo ombro oferecido quando as lágrimas de saudade ou de insegurança não podiam ser contidas e pelas palavras de consolo quando eu era só ansiedade.

Sinto-me muito grata por poder dizer que ganhei uma família ao chegar aqui. Aos pais de Lucas, Rubens Lima e Rosana Manso, agradeço pelos fins de semana que nos acolheu com todo o carinho de uma família que cresce e com todo o mimo que só uma filha poderia esperar receber. Agradeço também a Sr. Osvaldo e Dona Zenilda, amigos queridos que me acompanharam e cuidaram de mim como uma filha, desde o início da minha vida aqui Florianópolis. Não posso me esquecer de quando fiz a minha primeira viagem sozinha e eles me receberam em sua casa da maneira mais carinhosa possível, sem sequer me conhecerem.

Agradeço à Marcia Regina por me ajudar a superar a fase mais difícil da minha vida em Florianópolis, seus conselhos foram muito importantes para mim. Agradeço ainda ao Pr. André Mello e aos amigos da banda Ancorah por tornarem o percurso mais leve.

Agradeço aos queridos amigos que deixei em Minas e que com tanto carinho e com suas orações demonstraram seu apoio e consideração por mim. A tia Fátima, tia Gê, Vado, irmã Isabel, irmã Maria, Vitor, Pri, Eron, Liz, Aline, Mara, Marcos, Alice, Eduardo, Anne, irmão Carlinhos, Sidney, Emely, Nayane, Maria Luiza e Mayane.

Agradeço a alguns professores queridos que tanto me inspiraram e apoiaram a seguir a ideia de fazer o mestrado na UFSC, Edson Pires da Fonseca, Liz Helena Rodrigues e Rodrigo Cavalheiro Rodrigues.

Agradeço à minha orientadora, professora Jeanine Nicolazzi Philippi, uma mulher inspiradora, exemplo de resistência e seriedade acadêmica. Aprendi muito com suas aulas, orientações e com a sua integridade e firmeza em relação a tudo aquilo que eu idealizava em relação à docência.

Agradeço às amigas queridas, Anna Clara pelo aprendizado por meio das conversas e reuniões do *Ius Commune* e Rose pelas palavras tão oportunas e acalentadoras em diversos momentos do curso, sua espontaneidade sempre me lembrava o calor humano do norte de Minas.

Agradeço aos colegas e amigos do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito da UFSC, em especial Elton Fogaça, Macell Leitão, Walter Markezan Augusto e Victor Cavallini pela ajuda cuidadosa e pelas conversas. Também aos colegas que pude conhecer durante as disciplinas, em especial, Gabriela Kyrillos, por se dispor a ler parte do texto e acalmar as minhas apreensões.

Agradeço, finalmente, ao financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, sem o qual essa pesquisa não poderia ter sido realizada.

*Eu queria dizer que os constituintes de 1988 atribuíram a esta Suprema Corte a elevada missão de manter a supremacia da Constituição Federal e a manutenção do Estado democrático de direito. Eu tenho certeza de que os juízes dessa Casa não faltarão aos cidadãos brasileiros no cumprimento deste elevado múnus*

Ricardo Lewandovski

*O clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionais*

Carl Schmitt

*Si la crisis que está atravesando nuestra sociedad es tan profunda y grave, es porque esta no sólo cuestiona la legalidad de las instituciones, sino también su legitimidad; no sólo, como demasiado a menudo se repite, las reglas y las modalidades del ejercicio del poder; sino el principio mismo que lo funda y legitima*

Giorgio Agamben

*Quem nos salvará da bondade dos bons?*

Agostinho Ramalho Marques Neto





## RESUMO

Esta pesquisa pretende investigar os elementos da teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben – força de lei sem lei como vigência sem significado da lei – que possam contribuir para a percepção da decisão como principal forma de ação política no contexto da teoria do direito pós-positivista e neoconstitucionalista no registro de um processo globalizante mercadológico-financeiro. No seio de uma onda de constitucionalização de direitos que tem tomado diversos países no mundo, o Brasil começa a fomentar um discurso pós-positivista e neoconstitucionalista que, mediante a aproximação do direito da moral, confere justificação e consolida o empoderamento do Poder Judiciário. Partindo do pressuposto de que vivemos em um estado de exceção, qual o papel que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, mediante a aproximação do direito e da moral, exercem nesse contexto? A teoria do estado de exceção, num cotejo com a realidade do neoconstitucionalismo, desponta como gramática adequada a abranger todo um conjunto coerente de fenômenos tendentes a provocar a suspensão da ordem jurídica vigente e a alargar o seu alcance ao ponto de subverter e corroer as tradicionais figuras e institutos fundamentais à teoria do direito público, abrindo-se, pois, o espaço para que a decisão reivindique a força de lei sem lei.

**Palavras-chave:** Pós-positivismo. Neoconstitucionalismo. Estado de exceção. Agamben.



## ABSTRACT

This research intends to investigate the elements of Giorgio Agamben's state of exception theory - force of law without law as force without meaning of law - that may contribute to the perception of decisions as the main means for political action in the context of the neo-constitutional and post-positivist law theory, in the scope of a marketing and financial globalizing process. At the center of a wave of constitutionalization of rights that has been taking over many countries in the world, Brazil starts to foment a neo-constitutional and post-positivist discourse that, through the approximation of law and morality, provides justification and consolidates the empowerment of the Judiciary. Assuming that we are living in a state of exception, what roles do post-positivism and neo-constitutionalism play in this context, through the approximation of law and morality? The state of exception theory, in a collation with the reality of neo-constitutionalism, dawns as a grammar that is adequate to embrace a coherent ensemble of phenomena leaning towards the suspension of the judicial order in force and the broadening of its reach, to the point of subverting and eroding the traditional figures and institutions fundamental to public law theory, opening up space for the decisions to claim the force of law without law.

**Keywords:** Post-positivist. Neo-constitutionalism. State of Exception. Giorgio Agamben.



## **LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 1 – Processos da Corte Constitucional

Gráfico 2 – Casos novos por magistrados no Poder Judiciário

Gráfico 3 – Série histórica dos casos novos por magistrado no Poder Judiciário

Gráfico 4 – Taxas de identidade de texto inter e intra-documentos no STF (2011-2013)

Gráfico 5 – Despesas do Poder Judiciário



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADC – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADI – Ação Declaratória de Constitucionalidade  
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental  
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão  
CNJ – Conselho Nacional de Justiça  
EC – Emenda Constitucional  
FMI – Fundo Monetário Internacional  
HC – Habeas Corpus  
MI – Mandado de Injunção  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça





## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO 1. A PRIMAZIA DO ECONÔMICO EM GIORGIO AGAMBEN</b> .....	<b>31</b>
1.1. PENSAR COM AGAMBEN .....	31
1.2. A FRATURA BIOPOLÍTICA ORIGINÁRIA .....	35
<b>1.2.1. A sacralidade da vida</b> .....	<b>38</b>
<b>1.2.2. O campo como paradigma biopolítico</b> .....	<b>52</b>
1.3. O ESTADO DE EXCEÇÃO NA HISTÓRIA A CONTRAPELO .....	63
<b>1.3.1. Algumas considerações sobre a teoria agambeniana do estado de exceção</b> .....	<b>65</b>
1.3.1.1. <i>Uma categoria paradigmática</i> .....	66
1.3.1.2. <i>Uma teoria geral</i> .....	67
1.3.1.3. <i>Um produto da tradição democrática</i> .....	69
1.3.1.4. <i>Uma deslocalização</i> .....	69
1.3.1.5. <i>Pertencimento ao âmbito do direito constitucional</i> .....	73
1.3.1.6. <i>Lacuna fictícia</i> .....	74
<b>1.3.2. Máquina jurídico-política</b> .....	<b>74</b>
1.4. TEOLOGIA POLÍTICA E TEOLOGIA ECONÔMICA .....	82
<b>1.4.1. Assinaturas teológicas no paradigma governamental</b> .....	<b>85</b>
<b>1.4.2. A mão invisível</b> .....	<b>101</b>
<b>CAPÍTULO 2. TEORIA PÓS-POSITIVISTA E NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO NO BRASIL</b> .....	<b>113</b>
2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO .....	114
<b>2.1.1. Algumas definições sobre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo no Brasil</b> .....	<b>120</b>
2.1.1.1. <i>Antipositivismo</i> .....	123
2.1.1.2. <i>Relação entre direito, moral e política</i> .....	126
<b>2.1.2. Teoria da norma</b> .....	<b>131</b>
2.1.2.1. <i>Regras e princípios, subsunção e ponderação, antinomia e colisão</i> .....	133
2.1.2.2. <i>constitucionalização do direito</i> .....	137
<b>2.1.4. Teoria da interpretação</b> .....	<b>140</b>
2.1.4.1. <i>O papel dos juízes</i> .....	144
2.2. MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E CENTRALIDADE JUDICIAL .....	147
<b>2.2.1. Os juízes no centro do direito</b> .....	<b>154</b>
<b>2.2.2. Estado Neoliberal</b> .....	<b>159</b>
2.3. DECISÃO SOBERANA E NORMA NO DEBATE KELSEN –SCHMITT .....	172

<b>2.3.1. Conceitos de direito, norma e decisão .....</b>	<b>176</b>
<b>2.3.2. Descontinuidades e aproximações entre Kelsen e Schmitt e o fundamento schmittiano da defesa judicial da Constituição no Brasil ....</b>	<b>186</b>

**CAPÍTULO 3. O ESTADO DE EXCEÇÃO NA REALIDADE  
BRASILEIRA: JURIDICIZAÇÃO E ECONOMICIZAÇÃO DA  
VIDA 193**

<b>3.1. CONTEXTO BRASILEIRO .....</b>	<b>194</b>
<b>3.2.1. A realidade brasileira .....</b>	<b>195</b>
<b>3.2.2. O Judiciário brasileiro .....</b>	<b>202</b>
<b>3.2. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE.....</b>	<b>226</b>
<b>3.2.1. O Direito na economia globalizada e neofeudalismo: as formas do sagrado .....</b>	<b>229</b>
<b>3.2.2. Crise e legitimidade .....</b>	<b>235</b>
<b>3.2.3. Juridicização da vida.....</b>	<b>239</b>
<b>3.3. CRÍTICAS INICIAIS AO PÓS-POSITIVISMO E AO NEOCONSTITUCIONALISMO .....</b>	<b>242</b>
<b>3.3.1. O sincretismo .....</b>	<b>245</b>
<b>3.3.2. O moralismo.....</b>	<b>248</b>
<b>3.3.3. A reductio ad Hitlerum .....</b>	<b>251</b>
<b>3.4 ESPAÇOS DE EXCEÇÃO: ESPAÇOS DE DECISÃO.....</b>	<b>256</b>
<b>3.4.1. Perpetuação do poder constituinte .....</b>	<b>260</b>
<b>3.4.2. Direito de crise .....</b>	<b>263</b>
<i>3.4.2.1 O princípio na suspensão da regra – força de lei.....</i>	<i>267</i>
<i>3.4.2.2. O tudo é possível.....</i>	<i>269</i>
<b>3.4.3. As duas faces do herói: guardião e senhor da Constituição .....</b>	<b>270</b>
<i>3.4.3.1. Abertura para o decisionismo.....</i>	<i>275</i>
<b>3.4.4. Privatização do direito .....</b>	<b>277</b>
<b>3.4.5. O simbólico e a glória .....</b>	<b>279</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>285</b>





## INTRODUÇÃO

Segundo pesquisa realizada pelo Datafolha (2016b)<sup>1</sup>, a maior manifestação política da história de São Paulo ocorreu no dia 13 de março de 2016, com 500 mil manifestantes presentes na Av. Paulista. A primeira pergunta feita pelo Instituto Datafolha para aferir o perfil e opinião do protesto abordou a controversa decisão do juiz federal Sérgio Moro – que tem conduzido as investigações da operação Lava Jato – sobre a condução coercitiva do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para depor para a Polícia Federal<sup>2</sup>. 96% dos manifestantes aprovaram a decisão.

Em novembro de 2015, o Instituto Datafolha divulgou um *Ranking de confiabilidade de 12 personalidades brasileiras* (2015b)<sup>3</sup>. Na pesquisa, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, aparece como a personalidade mais confiável. Em sexto lugar, aparece o juiz federal Sérgio Moro<sup>4</sup>. Em fevereiro de 2016, pesquisa semelhante (DATAFOLHA, 2016a)<sup>5</sup> apontou o ex-ministro Joaquim

---

<sup>1</sup> O levantamento foi realizado no dia 13 de março de 2016, com o público presente à manifestação no dia 13 de março, na Avenida Paulista a partir de uma amostra de 2.262 entrevistas. A margem de erro para o total da amostra é 2 pontos para mais ou para menos. O período de medição e coleta de dados: das 14h00 às 18h30 (DATAFOLHA, 2016b).

<sup>2</sup> O juiz Sérgio Moro também ocupou o cenário político nacional, com apoio da opinião pública, pela divulgação de áudios, cuja legalidade é controversa, do ex-presidente Lula com a Presidente da República Dilma Rousseff.

<sup>3</sup> Nesse levantamento realizado do dia 25 ao dia 26 de novembro de 2015, foram realizadas 3.541 entrevistas em 185 municípios, com margem de erro máxima 2 pontos percentuais para mais ou para menos considerando um nível de confiança de 95%. Isto significa que se fossem realizados 100 levantamentos com a mesma metodologia, em 95 os resultados estariam dentro da margem de erro prevista (DATAFOLHA, 2015b).

<sup>4</sup> Segundo o Datafolha “Joaquim Barbosa obtém notas médias de confiança mais altas entre os mais ricos (7,3), entre os mais escolarizados (7,2) e entre moradores da região Centro Oeste (6,7). Já, Fernando Henrique Cardoso se destaca entre os mais ricos (5,8), entre os mais escolarizados (5,5), entre os moradores da região Sul (5,4) e entre os mais velhos (5,4). E Sergio Moro, entre os mais instruídos (6,1), entre os mais ricos (6,6) e entre os moradores das regiões Sul e Centro Oeste (respectivamente, 6,0 e 5,5)” (DATAFOLHA, 2015b).

<sup>5</sup> A pesquisa foi realizada nos dias 24 e 25 de fevereiro, por meio de levantamento por amostragem estratificada por sexo e idade com sorteio aleatório dos entrevistados. O universo da pesquisa é composto pela população com 16 anos ou mais do país. Nesse levantamento realizado do dia 24 ao dia 25 de

Barbosa em primeiro lugar com o juiz Sérgio Moro ocupando o terceiro lugar no ranking de personalidades mais confiáveis. Ainda mais sintomático é que em lista de 50 nomes sobre os maiores líderes do mundo, da revista americana *Fortune*, Sérgio Moro aparece em 13º lugar<sup>6</sup>.

Voltando os olhos para a cúpula do Judiciário, surge o Supremo Tribunal Federal, que também tem exercido um importante papel no cenário brasileiro de crise política. A prisão do senador Delcídio do Amaral<sup>7</sup>, o rito do impeachment da presidenta Dilma Rousseff e seu destrancamento, a validade da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva como ministro do governo Dilma, o julgamento de políticos envolvidos na operação Lava Jato, entre os quais se inserem os presidentes da Câmara e do Senado (envolvidos no processo de impeachment). Essas são apenas algumas das mais sensíveis questões que levaram o STF a ocupar papel de destaque na arena política nacional.

Em meio à crise política que se aprofunda no cenário brasileiro, a figura heroica que surge é a de um Judiciário neutro e imparcial, que se coloca acima de disputas político-partidárias. A moralização da política se acirra ainda mais num contexto em que o tema da corrupção lidera a pauta de problemas nacionais para a opinião pública (DATAFOLHA, 2015a)<sup>8</sup>. A “corrupção generalizada” coloca o Judiciário em um patamar que afirma o seu monopólio da virtude.

O papel ativo que o Poder judicial é chamado a exercer já vem se afirmando com o movimento pós-positivista e neoconstitucionalista no Brasil e se insere também num contexto mais amplo em que o Judiciário vem se fortalecendo em todo o mundo em função do movimento de constitucionalização de direitos. Cada vez mais, demandas de

---

fevereiro de 2016, foram realizadas 2.768 entrevistas em 171 municípios, com margem de erro máxima 2 pontos percentuais para mais ou para menos considerando um nível de confiança de 95%. Isto significa que se fossem realizados 100 levantamentos com a mesma metodologia, em 95 os resultados estariam dentro da margem de erro prevista (DATAFOLHA, 2016).

<sup>6</sup> Disponível em: <http://fortune.com/worlds-greatest-leaders/>. Acesso em março de 2016. Segundo a revista: “We recognize those who are inspiring others to act, to follow them on a worthy quest, and who have shown staying power”.

<sup>7</sup> Na ocasião, o ministro Celso de Mello afirmou ser “preciso esmagar e destruir com todo o peso da lei esses agentes criminosos que atentaram contra as leis penais da República e contra os sentimentos de moralidade e de decência do povo brasileiro”.

<sup>8</sup> Esse também foi o resultado de pesquisa realizada pelo Senado Federal no ano de 2015, mostrando que o tema da corrupção supera as pautas referentes à educação, saúde e segurança pública (DATASENADO, 2015).

transformação social interpelam juízes e tribunais a atuarem para a defesa da Constituição e dos direitos.

A escrita deste trabalho, nas atuais condições em que vivemos, permitiu que a pertinência do diagnóstico agambeniano se mostrasse mais evidente: o estado de exceção é o paradigma de governo das democracias ocidentais. O trabalho desenvolve uma leitura do pós-positivismo e neoconstitucionalismo a partir da crítica agambeniana à primazia do econômico, isto é, à juridicização e economicização da vida que se revelam no contexto da exceção tornada regra. O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo no Brasil, mediante a aproximação do direito da moral, implicam uma juridicização da vida que coincide com a sua economização.

A normatividade dos princípios goza de grande euforia no Brasil. Partindo do pressuposto de que vivemos em um estado de exceção, qual o papel que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, mediante a aproximação do direito e da moral, exercem nesse contexto? Nesse ponto, a fim de se estreitar o objeto, a versão neoconstitucionalista que adotaremos é aquela de uma teoria do direito que decorre de uma orientação não-positivista.

A teoria do estado de exceção será o signo para uma cartografia da experiência brasileira, legitimada pelo discurso travestido do que a forma assumida pelo poder no Ocidente presta-se a sufocar: o Estado de direito. Uma proposta adequada às exigências da realidade brasileira deve considerar que esta, a par das semelhanças com as democracias latino-americanas e da aproximação com os modelos teóricos jurídico-políticos dos países europeus, apresenta contornos que imprimem certa distinção à sua experiência, que deve ser particularmente investigada.

A pesquisa ora desenvolvida não supõe que o direito, o Judiciário e a academia sejam meros arautos declaratórios e executores das vontades, interesses e propósitos do capital. Se, por um lado, esse seja o projeto e objeto das forças econômicas, não se pode negar os efeitos colaterais indesejados, propiciados pelas exigências do capital, como a garantia de direitos e as conquistas sociais. Não se ignora a ambiguidade inerente a esse modelo que, se num aspecto é vértice de exclusão é também arma na luta dos excluídos. O esquema conservador/revolucionário é expresso por Rodriguez ao afirmar que

a Constituição de 1988 atualizou o país com as exigências de previsibilidade do capitalismo em fase de expansão global, mas também abriu espaço institucional para a emergência de incômodas e em

larga medida extemporâneas, ao menos era assim que elas soavam diante do unísono neoliberal de outrora – demandas redistributivas e igualitárias (das quais foi produto, diga-se de passagem) que muitas vezes assumem a forma inusitada de ação judicial ou pelo menos se apresentam como necessariamente mediadas pela forma direito (RODRIGUEZ, 2013, p. 39).

A questão é perceber a face obscura dessa ambiguidade, pois negá-la é tão equivocado quanto corrosivo para se pensar o direito no Brasil. O que Agamben mostra é que não se trata de uma falência do Estado de direito, mas da sua falácia, pois não há um estágio ao qual se deve retornar ou uma política perdida e desvirtuada que se deve resgatar, o que existe é a instituição desejada do estado de exceção e o ofuscamento deliberado do Estado de direito. Nesse sentido, a crítica desenvolvida aqui pretende expor a exceção tornada possível pela teoria do direito que tem ganhado prestígio na realidade brasileira a partir do marco justeórico pós-positivista e neoconstitucionalista.

A radicalidade da proposta agambeniana deve servir ao reconhecimento de que as estruturas do Estado de direito se assentam sobre um vazio. Se Agamben tenta mostrar que Estado de direito e estado de exceção são indiscerníveis, isso não significa uma plena anomia, mas a específica anomia do Estado de direito. Se outra lei existe é sobre ela que importa pensar. É importante considerar que o estado de exceção e de emergência é voluntário, na medida em que se constitui como a fonte de legitimação atual.

De todo modo, compreender o direito no Brasil é necessariamente anterior à definição de uma estratégia política. Isso porque, como o próprio Agamben diz em uma entrevista, é “impossível derrotar um poder se não compreendermos sua lógica” (AGAMBEN, 2013a). Mas essa lógica não se exaure no reconhecimento da existência de uma relação de exceção ou de uma anomia. Há uma configuração específica que permite esse desenvolvimento e isso se manifestaria de forma diferente em cada contexto. O papel da academia é o de denúncia, uma vez que, como afirma Agamben, “a tarefa essencial de uma teoria não é apenas esclarecer a natureza jurídica ou não do estado de exceção, mas, principalmente, definir o sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 80).

A proposta é, pois, tratar do estado de exceção, fazendo-o emergir no seio dos debates no campo da teoria do direito brasileiro, cada vez mais



apresentada como uma hermenêutica. O contexto brasileiro será tomado como ponto de análise, inclusive com o resgate do contexto no qual a teoria do direito se inscreve.

O estado de exceção trivial expõe a coincidência entre direito e a decisão. No momento em que a força de *lei* se desprende da lei – consolidando uma vigência sem aplicação e uma aplicação sem vigência –, o que resta é um *imperium* flutuante que afirma a célebre máxima hobbesiana de que “a autoridade, não a verdade, faz a lei”.

Algumas questões que têm inquietado os juristas na atualidade dizem respeito à flexibilização do sistema jurídico e à descentralização das instâncias produtoras de normatividade, o que repercute na judicialização da política e da economia, na inflação normativa, inclusive pelo recurso exagerado do Executivo às medidas provisórias e na transposição da regulação social a outros níveis de poder (enquanto corporificações da ubiquidade da exceção). Trata-se da crise de legitimidade da lei (como mera forma ou só força) expressando a exceção como técnica no governo brasileiro.

Essas questões exasperam-se em função dos problemas enfrentados pela academia, desvirtuada pela predominância de interesses mercadológicos e produtivistas no âmbito da pesquisa. Para além do tratamento isolado desses problemas, importa considerá-los como desdobramentos diversos, mas inter-relacionados, cuja matriz comum encontra na teoria agambeniana do estado de exceção importantes contribuições para seu enfrentamento. No limiar entre a necessidade e o excesso, desponta a globalização econômica que, sob os auspícios do neoliberalismo, opera o trânsito da exceção para além do necessário à subsistência da ordem jurídica.

Constatar que o Estado de exceção se tornou o paradigma no direito e na política, arrancando o pressuposto de um Estado (democrático) de direito, torna insuficientes teorias e tentativas de alcançar garantias procedimentais legítimas ou princípios que assegurem a efetividade do valor do justo. A relação de exceção expõe aproximações obscuras entre totalitarismo e democracia, uma secreta cumplicidade que deve ser mantida em vista nas formulações contemporâneas da filosofia e na teoria do direito no Brasil, sob pena de se cair nos mesmos equívocos (acríticos) que se propõe atacar.

Não se trata, contudo, de sistematizar o percurso teórico, como se teoria e realidade representassem instâncias estáticas, desvinculadas das contingências que lhe envolvem. A relevância de investigar, à luz da teoria do estado de exceção, como a globalização econômica tem atuado e se perpetuado na experiência da teoria contemporânea do direito brasileiro

pela via do discurso pós-positivista descortina-se pela possibilidade de se fixar as estacas a partir das quais será possível erigir uma alternativa jurídico-política que se conforme as sinuosidades e irregularidades do terreno que se propõe explorar.

A teoria do estado de exceção, num cotejo com a realidade do neoconstitucionalismo, desponta como gramática adequada a abranger todo um conjunto coerente de fenômenos tendentes a provocar a suspensão da ordem jurídica vigente e a alargar o seu alcance ao ponto de subverter e corroer as tradicionais figuras e institutos fundamentais à teoria do direito público, abrindo-se, pois, o espaço para que a decisão reivindique a força de lei sem lei. Como afirma Agamben, é “esta estrutura de bando que devemos aprender a reconhecer nas relações políticas e nos espaços públicos em que ainda vivemos” (AGAMBEN, 2010a, p. 110).

Na frase da abertura de “Estado de exceção” de Agamben se lê: “*Quare siletis juristae in numere vestro?*” (AGAMBEN, 2011, p. 7.) - Porque silenciais, ó juristas, sobre o vosso dever? Essa pergunta, mais que uma definição do que seja o papel dos juristas, ou o seu dever, exige que se pense a função política do silêncio. Essa pesquisa intenta ser mais um modesto ruído sobre teoria do direito no Brasil. No contexto de trivialidade da emergência, não é sobre quem detém o poder soberano, mas sobre a estrutura que importa questionar. Esta pesquisa pretende verificar qual o papel que o pós-positivismo exerce nessa arquitetura da exceção.

O uso do referencial de Agamben como marco teórico se atém à tarefa de identificação da estrutura de bando presente “nas relações políticas e nos espaços públicos em que ainda vivemos” (AGAMBEN, 2010a, p. 117), sem necessariamente tentar desenvolver sua proposta ainda inacabada.

Muito embora Agamben não tenha apresentado um prognóstico ou uma resposta senão um legado para o pensamento, inegável é que alguns contornos são traçados numa recusa tanto do modelo do Estado e do direito, quanto das versões tradicionais da anarquia ou do comunismo. Para o filósofo italiano, a *pars destruens* da pesquisa não pode ser separada da sua *pars construens*, ao contrário, ambas coincidiriam integralmente e sem resíduos (AGAMBEN, 2014b). De todo modo, o presente trabalho se afina com a *pars destruens* das pesquisas do filósofo italiano sem pretensão de formular concretamente o que constitui essa difícil perspectiva de uma *pars construens* que se manifesta como potência destituente. Isso se deve a duas questões.

Primeiro, porque a relação de exceção assume uma particular

relevância na realidade brasileira, cujo território, na condição de colônia, demonstrava o espaço de exceção que vigorava a despeito e como sustento das ditas conquistas civilizacionais europeias. Em outros termos, a realidade da exceção era de todo evidente, já que a colônia constituía o espaço territorial de suspensão do direito da metrópole. O trabalho escravo brasileiro sustentava a liberdade e os direitos defendidos na Europa. A vida e a política europeia incluíam a vida colonial como vida matável. Era muito natural a distinção entre metrópole civilizada e esclarecida portadora de direitos e liberdades e o seu sustento por colônias exploradas e escravizadas.

O campo de concentração é o escárnio dessa lógica esclarecida, pois coloca a realidade da exceção no seio de um sistema constitucional tão progressista como o de Weimar. Talvez a linguagem mais próxima da realidade brasileira seja, inclusive, a desse paradigma colonial, mas sem a necessária vinculação territorial. A exceção na realidade brasileira não se esgota no período colonial, mas constitui um importante espaço para vislumbrar com clareza a exceção. Isso explica a pertinência do diagnóstico de Agamben para se pensar o nosso contexto.

Por outro lado, no que concerne a perspectiva de uma política que vem e de uma comunidade que vem, não se pode ignorar que o filósofo italiano fala a partir do contexto europeu, no qual se presume ter atravessado um período de estabilização do Estado democrático de direito e supostamente experimentado o Estado de bem-estar social. Esse fato traz diferentes implicações de como poderia se orientar um prognóstico na Europa e de como ele poderia se desenvolver no contexto brasileiro, que sequer passou pela consolidação mínima do modelo liberal. A identificação do lugar do Brasil no capitalismo, a sua condição periférica e de dependência no contexto da divisão internacional do trabalho, aliado à peculiaridade da sua formação histórica não atravessa impunemente a formação e compreensão do direito brasileiro. Nesse sentido, não há como simplesmente pensar uma tarefa política para o Ocidente sem considerar a posição periférica do Brasil e sem apontar a configuração do poder, do direito e do Judiciário brasileiros.

Com esse propósito, o primeiro capítulo se articula em torno dos dois eixos que compõem a máquina/dispositivo (bio)política do Ocidente: a soberania e o governo. Que a soberania seja compreendida desde a figura do estado de exceção e o governo a partir de seu vazio fundamental é a contribuição das investigações de Giorgio Agamben para o pensamento sobre a política e seu ocaso em nosso tempo.

Trata-se de analisar a figura que se apresenta na interseção entre o aspecto institucional e o biopolítico do poder, avaliando seus

desdobramentos e aporias com o intuito de erigir elementos a partir dos quais a tessitura da realidade política brasileira deverá ser (re)pensada, resgatando os principais paradigmas (como estratégia metodológica) em torno dos quais Agamben põe em questão as formas assumidas pelo poder no Ocidente.

No segundo capítulo, é apresentado um breve panorama da normatividade dos princípios no registro do movimento teórico que no Brasil é conhecido como pós-positivismo e neoconstitucionalismo e segue apresentando subsídios não apenas para situar esse movimento na teoria quanto no âmbito do contexto econômico neoliberal. Nesse momento, a querela Kelsen-Schmitt será tomada como ponto de referência para se pensar importantes questões sobre o Judiciário e sua centralidade política.

Cuida-se de entender o amoldamento da normatividade dos princípios, no seio do que se entende como teorias jurídicas pós-positivistas e neoconstitucionalistas, com as exigências de flexibilização da ordem jurídica, além de considerar os diversos ataques sofridos pelo positivismo jurídico no Brasil no âmbito de discursos que invocam para si ora a defesa de uma dimensão argumentativa ou hermenêutica, ora a restauração da moral no direito a fim de favorecer uma prática jurídica voluntarista.

Nesse sentido é que este trabalho encontra seu recorte. Não se pretende criticar os autores estrangeiros a quem são atribuídos o status de pós-positivistas. O sentido é de se trabalhar o pós-positivismo no Brasil. A pesquisa sobre o neoconstitucionalismo e pós-positivismo poderá ser tomada como superficial. De fato, para que fosse possível tomar a teoria em geral, seria necessária uma visão mais ampla e, portanto, menos aprofundada das questões, sob pena de se abordar as vertentes ou correntes que se amontoam dentro da teoria. Dos primeiros escritos foram retirados trechos que serviam mais para descrições particulares do que para uma compreensão da teoria como um todo. Aliás, mais que procurar definições minuciosas – como o critério de distinção entre regras e princípios, que é tão plural quanto a quantidade de autores que se propõe a tratar do tema –, procurou-se apontar justamente o sincretismo metodológico que envolve o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

Essa constatação permitiu que a hipótese se apresentasse ainda mais problemática do que aquela formulada inicialmente, na medida em que a possibilidade de ponderação e/ou suspensão de uma regra não possui um critério unívoco ou minimamente consensual sobre o que seja o princípio e/ou a regra. Em outros termos, sobre o aplicador paira uma alta margem de discricionariedade que se impõe não apenas sobre o

conteúdo e aplicação dos princípios, mas também sobre a identificação dos tais.

Por fim, o terceiro capítulo condensa a crítica ao pós-positivismo e o neoconstitucionalismo no Brasil. Nesse intento, o capítulo faz uma breve incursão sobre a realidade brasileira a fim de se esquivar de análises culturalistas – versões acadêmicas da tendência ao servilismo – que veem o Brasil como um país atrasado e pré-moderno ao mesmo tempo em que coloca os Estados Unidos e a Europa como modelos de democracia. O que o estado de exceção agambeniano aborda é justamente uma exceção que acompanha todo o Ocidente. Será também considerado o Judiciário brasileiro, como ponto de partida para a crítica à teoria do direito no Brasil.

A pesquisa se conclui procurando apresentar, a partir do referencial teórico agambeniano do estado de exceção, a possibilidade de criticar a matriz teórica pós-positivista e neoconstitucionalista com seu propósito de aproximação entre o direito e a moral e a consequente relativização da moldura jurídica. Partindo do entendimento de Giorgio Agamben, de que a relação de exceção erige o campo de concentração como paradigma do espaço público em que vivemos, procura-se apontar os espaços de exceção a que conduzem o pós-positivismo e neoconstitucionalismo.



## CAPÍTULO 1. A PRIMAZIA DO ECONÔMICO EM GIORGIO AGAMBEN

Este capítulo percorre brevemente a filosofia de Giorgio Agamben, apresentando-a como marco teórico a partir do qual se estrutura a crítica que a presente pesquisa desenvolve. A atualidade e pertinência de Agamben são postas como indispensáveis para compreender a realidade da exceção permanente a qual estamos lançados e abandonados.

Não é sobre o público e o privado, mas sobre o campo que se fala. Não é sobre o homem e o cidadão, mas sobre o *homo sacer*<sup>9</sup>. Não é sobre o direito e a anomia, mas sobre a exceção. O fascínio atual pelo estudo do totalitarismo e dos seus porta-vozes, representado pelo resgate mesmo pela esquerda de autores de viés autoritário como Carl Schmitt para a leitura da realidade, aponta a obscura afinidade entre democracia e totalitarismo: a biopolítica (ou tanatopolítica) que as atravessa. Para além das suas irrevogáveis diferenças é aquilo que os aproxima que deve ser trazido à luz a fim de que o assombro do fascismo não nos tome de assalto.

### 1.1. PENSAR COM AGAMBEN

Se você consegue sentir que vale a pena continuar humano, mesmo que isso não tenha a menor utilidade, você os venceu (ORWELL, 2009, p. 199).

Como foi possível esse profundo desenraizamento do mundo capaz de destruir a política e a capacidade humana de agir? O que resta do humano quando a pluralidade, o fato de que os homens – e não o homem – habitam no mundo, é suplantada pelo isolamento? Os problemas levantados num trabalho de fôlego sobre *As origens do totalitarismo* (1951) conduziram Hannah Arendt a aprofundar a pesquisa sobre seus desdobramentos a partir de algo muito simples: “trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo” (ARENDRT, 1999, p. 13).

Embora o advento da sociedade de massas tenha expropriado os homens da possibilidade de reflexão, Hannah Arendt continua apostando na mais alta e pura atividade que os homens são capazes e não deixa de

---

<sup>9</sup> O *homo sacer* era uma figura do direito romano arcaico que designava aquele fora julgado pelo povo pelo cometimento de um delito e que, portanto, era considerado como homem sacro. Esse homem não poderia ser licitamente sacrificado, mas qualquer pessoa que o matasse não seria considerado homicida (AGAMBEN, 2010a).

destacar a sua urgência. Num tom de esperança, ela termina *A condição humana*<sup>10</sup> afirmando que “a atividade de pensar [...] ainda é possível, e sem dúvida ocorre, onde quer que os homens vivam em condições de liberdade política” (ARENDR, 1999, p. 338).

Pensar o nosso tempo a partir de Agamben e com ele decorre dessa aposta no ser humano como ser sem obra, capaz de linguagem e, portanto, de história. Na sociedade do espetáculo em que vivemos, é justamente esse Comum (linguagem, potência, pensamento) que nos é expropriado<sup>11</sup>. O capital tornado imagem revela que o capitalismo “não estava voltado somente à expropriação da atividade produtiva, mas também e, sobretudo, à alienação da própria linguagem, da própria natureza linguística e comunicativa do homem” (AGAMBEN, 2013d, p. 79).

Giorgio Agamben nasceu em Roma em 1942 e se tornou um dos filósofos mais influentes da atualidade. Tratando de temas que envolvem desde estética à filosofia política, teologia, recorrendo a uma miríade de autores antigos, medievais, modernos e dialogando com diversas tradições<sup>12</sup>, o filósofo italiano nos apresenta uma filosofia complexa e ousada. Ele se desvencilha de uma função filosófica apaziguadora e põe o todo em questão a cada instante. Eis a radicalidade do projeto agambeniano, a crítica civilizacional do Ocidente.

A filosofia de Agamben é um convite ao pensamento, por isso não se deve esperar de suas análises o retorno ao paraíso, a restauração das promessas da modernidade ou um novo modelo. A decadência e a crise de conceitos fundamentais da tradição democrática têm fragilizado a compreensão e a crítica do nosso tempo. Num contexto em que categorias

<sup>10</sup> Importa destacar a advertência de Hannah Arendt de que “a condição humana não é o mesmo que natureza humana” e suas capacidades não constituem, portanto, “características essenciais da existência humana no sentido de que, sem elas, essa existência deixaria de ser humana” (ARENDR, 1999, p. 17-18).

<sup>11</sup> Para Hannah Arendt essa alienação do mundo decorre de uma particular compreensão de mundo que ela desenvolve a partir do estudo da situação dos refugiados e apátridas. Esses sujeitos desmundanizados perderam o contato com aquilo que se interpõe entre os homens separando-os e, simultaneamente, unindo-os. Eles são produto dos campos de concentração, enquanto fábricas de homens sem mundo. A destituição do “comum” e do “humano”, isto é, do “estar entre homens” teve sua máxima representação na figura dos refugiados. Não é por acaso, que no contexto espetacular em que estamos inseridos, Agamben invoque como paradigmas políticos atuais o campo e o refugiado.

<sup>12</sup> A diversidade de influências desse autor se manifesta pelo peculiar diálogo entre Walter Benjamin, Heidegger, Michel Foucault, Hannah Arendt, Aristóteles, Deleuze, Carl Schmitt entre outros.



como política, soberania, Estado, povo, poder constituinte, etc. Não nos servem como elementos adequados sequer para uma análise descritiva da realidade, a revisão desses conceitos operacionais básicos da filosofia política, é um estágio necessário<sup>13</sup>. Agamben caminha a partir desse pressuposto, compreendendo que não é possível um debate profícuo recorrendo a elementos tais como soberania, quando, na centralidade em que ocupa a máquina governamental, seria mais conciso falar em governabilidade como o atual modelo político.

Dois momentos convergentes podem ser identificados nas produções bibliográficas do autor. O primeiro destaca-se pela relevância dos temas relacionados à estética e à linguística. O segundo, dá maior ênfase à filosofia política, “mas trazendo no bojo de tais discussões elementos de seu pensamento anunciados e refletidos na primeira fase” (ASSMANN, BAZZANELA, 2013, p. 25).

Não se trata, por óbvio, de uma separação estanque. Desde seu primeiro livro publicado, *O homem sem conteúdo* (1970), cujo eixo fundamental é a crítica do paradigma estético, Agamben já avança na discussão política. Do mesmo modo, a dimensão da linguagem nunca foi abandonada pelo autor, a fratura entre a voz e a linguagem que liberta o homem do reino da necessidade e lhe investe na condição de um ser sem obra e, portanto, capaz de potência. Atravessa todo seu pensamento a formulação de uma ontologia da potência, que desative a matriz biopolítica do Ocidente<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> O projeto *Homo Sacer* apresenta uma leitura do poder no Ocidente que recorre a paradigmas genuinamente políticos: o bando como relação política originária, o campo como paradigma biopolítico e a vida nua como elemento político original que articula natureza e cultura, *zoé* e *bíos*. Isso porque, “os termos soberania, direito, nação, povo, democracia e vontade geral encobrem agora uma realidade que não tem mais nada a ver com aquilo que tais conceitos designavam e quem continua acriticamente servindo-se deles não sabe literalmente do que está falando” (AGAMBEN, 2015a, p. 101-102).

<sup>14</sup> Entre Foucault e Agamben se estabelece uma distinção, reconhecida por Agamben, em relação à biopolítica. Se para Foucault a biopolítica é um produto da modernidade, para Agamben, toda a política Ocidental é sempre biopolítica. Edgardo Castro, porém, afirma que, ao lado do paradigma teológico-político e do econômico-governamental, “é possível distinguir dois sentidos da biopolítica em Agamben, a biopolítica da soberania (cuja cronologia estende-se desde a Antiguidade até nossos dias) e a biopolítica da governamentalidade (a biopolítica moderna, cuja cronologia coincide com a que propõe Foucault)” (CASTRO, 2013, p. 137). O que caracteriza a “biopolítica da modernidade” é a “radicalização sem precedentes do estado de exceção” (AGAMBEN, 2010a p. 149), assim como

Em seu percurso teórico, destaca-se a tetralogia intitulada “Homo Sacer”, situada nessa segunda fase de suas pesquisas. Agamben inaugura suas escavações arqueológicas em torno da origem da sacralidade da vida com o livro *Homo Sacer*, que aparece com o algarismo I em seu frontispício. As investigações estão dispostas da seguinte forma<sup>15</sup>:

- **HS I:** *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* (1995).
- **HS II, 1:** *Estado de exceção* (2003);
- **HS II, 2:** *Stasis: la guerra civile come paradigma politico* (2015);
- **HS II, 3:** *O Sacramento da linguagem: arqueologia do juramento* (2008);
- **HS II, 4:** *O Reino e a Glória: uma genealogia teológica da economia e do governo*<sup>16</sup> (2007);
- **HS II, 5:** *Opus Dei: arqueologia do ofício* (2012);
- **HS III:** *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha* (1998);
- **HS IV, 1:** *Altíssima Pobreza: regras monásticas e formas de vida* (2011);
- **HS IV, 2:** *L'uso dei corpi* (2014).

Assim é que Agamben se propõe a pensar a realidade e seu avesso. Ao protagonismo da vida nua no Ocidente, ele opõe a potência da vida que se traduz em forma-de-vida como vida política. O poder político que implica sempre separação e sacralização deve dar lugar à política como potência. Para Agamben, não é possível um retorno incólume ao Estado de direito, as apostas da modernidade devem ser abandonadas, assim como “a aposta de que tudo pode ser resolvido através do cumprimento da norma, e por isso abandonar também a aposta no ‘estado de direito’” (ASSMANN, 2007, p. 14). O que resta é a tarefa de pensar um novo uso, para uma “comunidade que vem”, na qual seja possível uma política alheia ao estatal e ao jurídico.

Tomar o referencial teórico agambeniano como ponto de partida

---

a contínua necessidade de redefinição da vida e de seu valor ou desvalor, o que marca a decisiva conversão da biopolítica em tanatopolítica. Nesse sentido, a “novidade da biopolítica moderna é, na verdade, que o dado biológico seja, como tal, imediatamente biopolítico e vice-versa” (AGAMBEN, 2010a, p. 144).

<sup>15</sup> As pesquisas não observam uma ordem cronológica sequencial, mas vão acompanhando os desdobramentos das próprias investigações. Cada texto é hermético e pode ser lido como um todo autônomo.

<sup>16</sup> Argumenta-se que a exata numeração de *O reino e a glória* é II.4 e não II.2 como consta na contracapa (CAVALLETTI, 2015).

implica uma detida apropriação de suas investigações. De um lado, o que se poderia identificar como a proposta ainda inconclusiva de Agamben em relação à exceção: a desativação do direito, a inoperosidade de uma comunidade que vem, a profanação do improfanável, a possibilidade de uma forma-de-vida sem qualquer relação com o direito, um novo uso, todas como formas diversas de se tratar de uma mesma questão: uma ação política exclusivamente destituente. De outro lado, o diagnóstico estaria contido no reconhecimento de que a política no Ocidente se constrói por meio de uma exclusão inclusiva do ser vivente no espaço público de forma que o direito manteria uma necessária vinculação com a anomia que o constitui. Mais que isso, Agamben ainda desenvolve a tese de que essa estrutura teria finalmente atingido seu pleno desenvolvimento nos Estados contemporâneos, mesmo os ditos democráticos, por meio da “criação voluntária de um estado de emergência permanente” (AGAMBEN, 2011a, p. 13). Esta pesquisa persegue os passos descritivos de Agamben, lançando para outro plano ou momento a tarefa de levar adiante os esboços de uma política que vem.

## 1.2. A FRATURA BIOPOLÍTICA ORIGINÁRIA

o campo, como puro, absoluto e insuperado espaço biopolítico (e enquanto tal fundado unicamente sobre o estado de exceção), surgirá como o paradigma oculto do espaço político da modernidade, do qual *deveremos aprender a reconhecer as metamorfoses e os travestimentos*. (AGAMBEN, 2010a, p. 119, grifo nosso)

O elemento político originário da soberania, a vida nua, é a protagonista da obra *Homo Sacer I*. Nessa pesquisa, Agamben nos conduz a releitura da tradição dos Estados democráticos de direito, cuja origem é o contrato social que constitui o poder soberano. O filósofo italiano interroga o mito fundante da modernidade, reconstruindo a obscuridade do nosso tempo que não repousa sobre um pertencimento, mas sobre a indistinção entre inclusão e exclusão.

A tradução agambeniana do contratualismo passa pela relevância que o conceito de soberania ocupa em Carl Schmitt e o deslocamento operado por Foucault, pela figura da biopolítica<sup>17</sup>. Esse confronto permite identificar a *ex-ceptio* como “ponto de intersecção entre o modelo

---

<sup>17</sup> A biopolítica refere-se à “crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos de poder” (AGAMBEN, 2010a, p. 116).

jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder” (AGAMBEN, 2010a, p. 14), a fim de resgatar a centralidade da vida nua na política moderna, cujo paradigma é “a vida *matável e insacrificável* do *homo sacer*” (AGAMBEN, 2010a, p. 16). O alargamento do empreendimento de Foucault resulta na constatação agambeniana de que a biopolítica não é um fenômeno moderno, mas a forma pela qual se constitui a política no Ocidente, o que significa que “a política ocidental é, desde o início, uma biopolítica” (AGAMBEN, 2010a, p. 176).

A biopolítica define-se pela captura da vida pelo poder. Mas trata-se de uma vida cindida em vida nua e vida qualificada, em outros termos, entre vida natural e vida política, entre viver e bem viver, entre casa e cidade, entre o homem e o cidadão. Decisivo é que o que está pressuposto – a vida nua – é sempre excluído da vida política.

Talvez uma das mais evidentes versões dessa fratura diga respeito ao significado político do termo “povo” que, segundo Agamben, estaria carregado de uma ambiguidade semântica nada trivial. De um lado, o povo se apresenta como sujeito político que institui e legitima o poder, reivindicado pelo princípio da soberania popular, de outro, remete às classes inferiores, ditas populares, e que estão comumente excluídas da deliberação pública: “*um mesmo termo nomeia tanto o sujeito político constitutivo como a classe que, de fato, se não de direito, está excluída da política*” (AGAMBEN, 2015a, p. 35, grifo do autor).

Nesse âmbito, vida nua e vida política oscilam dialeticamente, mostrando o par categorial que define a estrutura política originária: “*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*”<sup>18</sup> (AGAMBEN, 2015a, p. 37, grifo do autor). Essa fratura do povo que é apresentada pela visão marxista da luta de classes só encontraria seu fim na sociedade sem classe “no reino messiânico”, quando “Povo e povo coincidirem e não houver mais, especificamente, povo algum” (AGAMBEN, 2015a, p. 38).

O anseio atual pelo desenvolvimento e, isso predominantemente significando desenvolvimento econômico, ganha espaço e prestígio porque promete a consumação de um povo sem fratura. O extermínio dos judeus é significativo exatamente porque eles são o “símbolo vivente” desse conceito de povo que se apegua à vida nua, aos excluídos da configuração efetiva do projeto político e que ao mesmo tempo em que a

---

<sup>18</sup> Esse mesmo trecho está presente no capítulo que trata do paradoxo da soberania no livro “Homo Sacer” (vide AGAMBEN, 2010a, p. 31).

modernidade o insere em seu interior não consegue mais o tolerar.

[D]e modo diferente, mas análogo, hoje o projeto democrático capitalista de eliminar, através do desenvolvimento, as classes pobres não só reproduz no seu interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo (AGAMBEN, 2015a, p. 40).

Em *Stasis*<sup>19</sup> – livro que conclui o projeto *Homo Sacer* – Agamben adverte sobre a necessidade de se pensar a “ademia”, isto é, a ausência do povo, como elemento constitutivo do Estado Moderno e da tradição política ocidental (AGAMBEN, 2015b).

Il concetto di <<popolo>> contiene, cioè al popolo come moltitudine, *dèmos* e *plèthos*, popolazione e popolo, popolo grasso e popolo minuto, impedisce che esse possa essere integralmente presente come un tutto (AGAMBEN, 2015b, p. 58).

Agamben observa esse íntimo paradoxo do conceito de povo, que é claramente exibido no livro *De Cive*, no qual Hobbes apresenta a distinção entre povo e multidão. Hobbes reconhece a constitutiva ambiguidade do termo. Isso porque, de um lado, o *povo* contém a cesura entre povo e multidão<sup>20</sup> e, de outro, designa uma coincidência, a identificação entre o povo e o soberano (*rex est populus*). Embora Hobbes afirme que o povo é o todo unitário que não se confunde com a multidão, Agamben aponta a contradição que se evidencia na afirmação hobbesiana de que a saúde do povo é a lei suprema, sendo que o sentido de povo aparece como o de multidão dos cidadãos governados. Eis o estatuto

---

<sup>19</sup> Nesse livro Agamben destaca a necessidade de uma stasiologia, uma teoria sobre a guerra civil que tende a cada vez se tornar uma guerra mundial. Para ele “Il paradigma del consenso, che domina oggi tanto a prassi che la teoria politica, non sembra compatibile con la seria indagine di un fenomeno che è almeno altrettanto antico quanto la democrazia occidentale” (AGAMBEN, 2015b, p. 10).

<sup>20</sup> Trata-se da distinção *multitudo/populus*, de modo que “ Il popolo è sovrano, a condizione di dividersi da se stesso, scindendosi in una <<moltitudine>> e in un <<popolo>>” (AGAMBEN, 2015b, p. 51). O poder soberano na monarquia ou na democracia derivam do povo. Assim que o povo transfere a sua autoridade para um homem, por meio do voto, ele se dissolve enquanto sujeito unitário e torna-se uma multidão.

paradoxal da multidão de Hobbes, como cisão biopolítica, que coloca a vida no centro da governabilidade ao mesmo tempo em que a elimina de sua constituição como sujeito político (AGAMBEN, 2015b).

Pensar a multidão no contexto de uma democracia de massas permite compreender o sentido da relação entre o político e o *impolítico*<sup>21</sup> que o pressupõe, já que “la moltitudine non há um significato politico, essa è l’elemento impolitico sulla cui esclusione si fonda la città” (AGAMBEN, 2015b, p. 55). A clássica definição da democracia como “o governo do povo, pelo povo e para o povo”, mostra que o povo não é um só. Essa cisão expressa de forma tão clara pelo uso político do termo “povo” é o que constitui a fratura biopolítica originária, aquela que inclui algo por meio de uma exclusão.

### 1.2.1. A sacralidade da vida

O pacto social erigido como mito fundador do direito na modernidade é expressão da violência constituinte do poder jurídico. Isso porque, no limite, o contrato é a representação da violência. É sempre a referência a uma violência atual ou que poderá ser invocada no caso de seu descumprimento que está em questão. Nesse sentido, Walter Benjamin afirma que a “institucionalização do direito é institucionalização do poder e, nesse sentido, um ato de manifestação imediata da violência” (BENJAMIN, 1986, p. 172).

Em 1921, no ensaio sobre a “Crítica da violência – crítica do poder”, Walter Benjamin – jogando com a ambiguidade da palavra alemã “*gewalt*” (poder/violência) –<sup>22</sup> mostra que o direito não se destina à

---

<sup>21</sup> O *impolítico* (não político) é o elemento que está pressuposto, mas também excluído da constituição do político. Assim, a vida nua é o elemento *impolítico* da vida política e a multidão o pressuposto *impolítico* do povo. O povo transita do político ao *impolítico*, por exemplo, quando ele deixa de se referir a uma categoria política para se transformar em população, isto é, “entidade demográfico-biológica” (AGAMBEN, 2008a). A referência ao *impolítico*, porém, não indica a perspectiva de um retorno à genuína política. Ao contrário, a vida nua e o *impolítico* são os reais substratos da política que vem. Se é sobre o *impolítico* que se sustenta o poder, é também sobre o *impolítico* que repousa a possibilidade de emancipação do poder.

<sup>22</sup> A relação entre a violência e o poder, apontada por Walter Benjamin em seu ensaio “Zur Kritik der Gewalt”, pode ser vislumbrada no que se designa por *Gewalt*, o qual comporta a referência ao poder legítimo e à violência. Digno de nota é que essa ambivalência do termo *Gewalt* corresponde a uma imprecisão terminológica que talvez seja a razão do que Hannah Arendt diz ser o grande

garantia da justiça, mas à manutenção de seu próprio poder. A relação auto referencial entre o direito e força é apresentada na célebre afirmação de Norberto Bobbio em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*: “O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos” (BOBBIO, 1995, p. 67). Assim, assegurar a garantia do direito significa manter em vigência a circular relação entre a violência que o institui (o poder constituinte) e a violência que o conserva (poder constituído) (BENJAMIN, 1986).

A relação entre o direito e a violência se acentua na máxima manifestação do poder soberano que é o poder sobre a vida e sobre a morte, de modo que a “mera vida”<sup>23</sup>, isto é, a dimensão biológica da vida humana, define o âmbito de domínio do poder. Como um poder sangrento, o poder jurídico exige sacrifícios do vivente, afinal, “com a vida termina a dominação do direito sobre os vivos” (BENJAMIN, 1986, p. 173).

Mas, para Benjamin, uma crítica que pretenda romper com a aspiração sangrenta do poder não se resolverá mediante a atribuição de sacralidade à vida. Isso se explica pela seguinte razão: a vida das plantas e dos animais não é considerada sagrada porque eles são portadores de uma simples existência, de uma mera vida. O ser humano, por sua vez, goza de proteção na medida em que a vida humana é uma vida que se constitui historicamente.

Walter Benjamin se questiona, portanto, como justamente a “mera vida” ou a existência humana se tornou sagrada. Segundo ele, é “falsa e vil a afirmação de que a existência teria um valor mais alto que a existência justa, quando se toma ‘existência’ apenas no sentido da mera vida [...] Pois, de maneira nenhuma, o homem se reduz a mera vida” (BENJAMIN, 1986, p. 174). Nesse sentido, Benjamin, afirma que sem “dúvida, valeria a pena investigar o dogma do caráter sagrado da vida” (BENJAMIN, 1986, p. 174).

Agamben toma o fio deixado por Benjamin e, partindo da

---

equivoco dos debates sobre o poder político que, consensualmente, concebem a violência como integrante do poder (ARENDRT, 1985). O que Walter Benjamin designa como violência, para Hannah Arendt, seria a potência.

<sup>23</sup> A mera vida a que Walter Benjamin se refere aqui constitui o ponto de partida para o desenvolvimento daquilo que Agamben denomina de vida nua. Aliás, “vida nua” é a tradução que Agamben dá ao que aparece no ensaio benjaminiano como “*das bloÙe Leben*” (“mera vida” na tradução brasileira). Mas a apropriação da expressão “vida nua” serve mais de suporte para o desenvolvimento de um pensamento próprio por parte de Agamben do que de uma rigorosa adequação conceitual ou filosófica.

indagação sobre como a vida passou a ser considerada sagrada, o filósofo italiano delineia a íntima relação da vida com o poder soberano. A vida sobre a qual repousa o bando soberano é a vida nua. Desse projeto parte *Homo Sacer I*, livro que se situa entre as obras de gravitação político-filosófica de Agamben, no qual ele dá continuidade às pesquisas desenvolvidas por Walter Benjamin, Hannah Arendt, Aristóteles e Foucault – adentrando nos campos em que este, na concepção de Agamben, se omitiu: o direito e a teologia.

Nessa obra, que inaugura uma série de pesquisas genealógicas, Agamben se propõe a repensar o espaço político do Ocidente. O homem e o cidadão são as vestimentas provisórias da vida nua que devem ser abandonadas, pois a figura política do nosso tempo não é a do povo, mas a do refugiado, aquele que superou a cisão entre o homem e o cidadão. Do mesmo modo, é o campo e não a cidade o paradigma do espaço político no qual as distinções entre o público e o privado se esfumam. A política, por sua vez, só faz sentido na medida em que é compreendida como aquilo que Foucault denomina de biopolítica.

Agamben traça uma relação entre o poder e a vida, considerando a concepção de política na Antiguidade, em que a vida estava inserida na *pólis* sob a forma de sua exclusão. Ela era admitida, não como mera vida (*zoé*), mas somente sob a forma de uma vida qualificada (*bios*). Em outros termos, o simples viver só era admitido na esfera política na medida em que se destina ao viver bem. Essa relação entre a vida (*zoé*) e a vida politicamente qualificada (*bíos*), para Aristóteles, faz-nos aproximar da linguagem. Assim como a voz pertence a humanos e a animais, para a partilha de dor e sofrimento, a linguagem é própria do humano, permitindo a definição do justo e do injusto, do bem e do mal. A linguagem pressupõe essa voz. A passagem da voz à linguagem corresponderia à passagem da *zoé* à *bíos*, da necessidade à liberdade, da natureza à cultura, do animal ao homem (AGAMBEN, 2010a).

E essa paradoxalidade da linguagem é constitutiva das estruturas políticas que qualificam ou desqualificam a vida humana. Assim, o humano é aquilo que transita constantemente entre a sua condição humana e a sua natureza humana e é sobre essa dualidade que opera o poder soberano e o estado de exceção na contemporaneidade. Ao retirar do humano sua condição de partícipe de uma comunidade linguisticamente e politicamente qualificada, o homem é reduzido à sua natureza humana, transformando-se em vida nua, vida



meramente biológica, vida animal, vida matável (ASSMANN; BAZZANELA, 2013, p. 27).

Hannah Arendt descreve o significado da política na Antiguidade como aquela distinta atividade só atribuível ao homem. A cientista política, como preferia ser chamada, descreve esse aspecto da exclusão inclusiva a partir da distinção grega entre esfera pública e esfera privada. O ser político era alheio ao modo de vida que se estrutura em torno da casa e da família. O modo de vida político, cuja figura central é a *pólis* opõe-se ao modo de vida que concerne à esfera privada, cujo centro é a família. Na esfera pública estava implicado o modo de vida próprio do cidadão, o *bios politikos*, o qual, ainda que oposto ao modo de vida privado, dependia da sua existência (ARENDDT, 1999).

O cidadão pertence a duas distintas ordens de existência, a esfera da vida privada (família) e a esfera da vida pública. O âmbito da casa é o espaço da vida privada<sup>24</sup>, no qual seus membros estão empenhados na manutenção da vida e na sobrevivência. A esfera pública é o espaço das luzes e do “estar entre homens” (ARENDDT, 1999), onde impera a dimensão política que funda a cidade. A vida do escravo, da mulher<sup>25</sup> e da família como um todo asseguravam ao cidadão a liberdade em relação às preocupações voltadas ao atendimento de suas necessidades. A esfera privada unia os homens em função de suas carências e necessidades biológicas e vitais. Tudo o que fosse necessário, útil ou assentado na violência<sup>26</sup> não poderia integrar a esfera pública, terreno da política e da liberdade (ARENDDT, 1999).

Na vida pública subsistiam as atividades da ação, do discurso e do pensamento, que não se definem nem se justificam pelo que produzem para o uso ou o consumo. O discurso e o pensamento não dependem de um critério utilitarista para integrar a esfera política, mas apenas da pluralidade de homens, afinal, tais atividades “são tão fúteis quanto a própria vida” (ARENDDT, 1999, p. 106). Mas a *pólis* subsistia às custas da esfera privada da família, pois o “viver bem” da esfera pública não seria possível sem a manutenção do “viver” pela esfera privada. Arendt afirma

---

<sup>24</sup> O termo aqui assume dupla significação. Refere-se tanto à intimidade, quando à privação. Aqueles que pertencem ao âmbito do lar estão privados da participação política, do “estar entre os homens” (ARENDDT, 1999).

<sup>25</sup> A função de procriação atribuída a mulher e, portanto, de manutenção da espécie expõe o destaque conferido a preservação da vida natural nesse âmbito.

<sup>26</sup> A pura violência é muda e, por sufocar o discurso e a ação, não pode integrar o ser político. A força seria um modo pré-político de relação (ARENDDT, 1999).

que

Nenhuma atividade que servisse à mera finalidade de garantir o sustento do indivíduo, de somente alimentar o processo vital, era digna de adentrar a esfera pública [...]. Sem a vitória sobre as necessidades da vida na família, nem a vida nem a <<boa>> vida é possível; a política, porém, jamais visa a manutenção da vida. No que tange aos membros da *pólis*, a vida no lar existe em função da <<boa>> vida na *pólis* (ARENDDT, 1999, p. 46-47).

A participação na política pressupunha a superação das necessidades biológicas para que se adentrasse na esfera da liberdade. O viver, deste modo, se distinguiria qualitativamente do viver bem. A vida (*zoé*), estava para a *pólis* como condição da vida política, mas não como parte dela.

O já mencionado ensaio de Walter Benjamin serve, porém, para mostrar que na modernidade não é a *bíos*, mas a *zoé* o núcleo da soberania. A “vida nua é imediatamente portadora do nexo soberano e, como tal, ela é hoje abandonada a uma violência tanto mais eficaz quanto anônima e cotidiana” (AGAMBEN, 2015a, p. 104). Assim, esse “portador mudo da soberania [vida sagrada], é o verdadeiro sujeito soberano” (AGAMBEN, 2015a, p. 104), produzido como garantia da permanência do poder – poder que põe e poder que conserva o direito. Mas o princípio sacralidade da vida ainda não estava presente entre os gregos<sup>27</sup>. Para que algo se torne sagrado é preciso separá-lo do âmbito profano e é nesse sentido que Agamben passa a explorar quando a vida se torna, em si mesma, sagrada.

A primeira vez em que a vida em si se relaciona com a sacralidade é com o *homo sacer*. Essa figura do direito romano arcaico correspondia à vida daquele que não mais encontrava espaço na *pólis* e não podia ser sacrificado conforme os ritos prescritos pela norma, mas quem o matasse não sofria punição alguma, pois a vida nua do *homo sacer* era a vida sacra, separada do meio comum. Trata-se da figura da sacralidade da vida em cuja estrutura está contida a paradoxal dualidade daquele que era “matável”, mas “insacrificável”. O *homo sacer* é o “paradigma do espaço

---

<sup>27</sup> Agamben sempre retorna aos textos clássicos na medida em que compreende que são aos “gregos, a quem devemos quase todas as categorias através das quais julgamos a nós mesmo e a realidade que nos circunda” (AGAMBEN, 2013d, p. 117).

político do Ocidente” (AGAMBEN, 2010a, p. 16).

O significado da sacralidade é questionado, na medida em que a especificidade do *homo sacer* é “a impunidade da sua morte e o veto de sacrifício” (AGAMBEN, 2010a, p. 76). A vida sagrada carrega, portanto, uma dupla exclusão, a impunidade da sua morte significa a sua exclusão da incidência do direito humano e a impossibilidade do sacrifício atesta o seu banimento da esfera religiosa.

Essa relação de exclusão configura o que Agamben denomina relação de bando. Na figura do bando coincidem consagração e banimento indicando a frequente proximidade entre impureza e santidade. A possibilidade de que um objeto passe do horror à reverência e do puro ao impuro sem mudar a sua natureza é que desnuda a ambiguidade do sacro. “Aquilo que é capturado no bando soberano é uma vida humana matável e insacrificável: o *homo sacer*” (AGAMBEN, 2010a, p. 85). Agamben avança nessa interpretação para afirmar que, mais que uma genérica ambivalência, o *sacer*, remete àquele que está posto como “objeto de uma violência que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício” (AGAMBEN, 2010a, p. 87), abrindo um limiar entre o sagrado e o profano, uma região de dupla excepcionalidade.

Excluído da esfera divina e humana, o *homo sacer* encontra-se exposto à violência e apresenta a originária exclusão que carrega a dimensão política:

A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono (AGAMBEN, 2010a, p. 85).

A retomada da centralidade que a vida ocupava desde a Antiguidade é o ponto em que Agamben tenta integrar a tese de Foucault, mostrando que o traço distintivo da modernidade não é a biopolítica<sup>28</sup>, mas a normalidade da exceção. Se para Foucault a biopolítica surge na modernidade, a partir do pastorado, Agamben mostra como a política no

---

<sup>28</sup> O papel que a vida adquire na abordagem Foucaultiana é expressa pela biopolítica: “por milênios o homem permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivente e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal é cuja política está em questão a sua vida de ser vivente” (FOUCAULT apud AGAMBEN, 2010a, p. 11).

Ocidente foi, desde a origem, uma biopolítica e a relação que ela estabelece é sempre a de um abandono (bando). A contribuição original da soberania é a produção do corpo biopolítico. Por essa razão, o que marca o poder político na modernidade é justamente a exceção tornada regra.

A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antiquíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente às margens do ordenamento vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bios* e *zoe*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção (AGAMBEN, 2010a, p. 16).

No sentido de fugir às abordagens tradicionais sobre o poder, Foucault diferencia duas linhas que integram o Estado ocidental moderno: técnicas políticas “com as quais o Estado assume e integra em sua esfera o cuidado da vida natural dos indivíduos” (AGAMBEN, 2010a, p. 13) e as “tecnologias do eu, através das quais se realiza o processo de subjetivação” (AGAMBEN, 2010a, p. 13). Essas técnicas de individualização subjetivas e procedimentos de totalização objetivos estariam continuamente se referenciando a um ponto comum de forma integrada; encontrar esse ponto de convergência no qual esse “duplo vínculo político encontra sua razão de ser” é o que leva Agamben a dar continuidade às investigações de Foucault e mesmo questionar se, no contexto do poder midiático-espetacular, é possível manter essas “tecnologias subjetivas e técnicas políticas” em campos separados (AGAMBEN, 2010a).

Para Agamben, o modelo institucional e biopolítico do poder convergem para o poder soberano cujo núcleo é a politização da vida nua, a qual “tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens” (AGAMBEN, 2010a, p. 15). Nesse sentido, o conceito do político apresentado por Agamben suplanta aquele da relação amigo-inimigo desenvolvida por Carl Schmitt. Mais originária seria a relação de exclusão: “a dupla categorial

fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, zoé-bíos, exclusão-inclusão” (AGAMBEN, 2010a, p. 15).

Face ao niilismo sobre o qual se ergue a civilização ocidental, o poder soberano, na tentativa de capturar a anomia, sucumbe com todas as distinções dentro-fora e, portanto, esfumaça a ideia de inclusão e exclusão. Trata-se do duplice papel que o homem ocupa diante do ordenamento, sendo objeto das técnicas de poder, de um lado, e sujeito político na aposta democrática, de outro. A figura do povo carrega essa ambiguidade de forma muito clara.

O questionamento que marca essa pesquisa é de a vida nua tem verdadeira necessidade de ser politizada ou o político já está contido nela como o seu núcleo mais precioso? A biopolítica do totalitarismo moderno de um lado, a sociedade de consumo e do hedonismo de massa do outro constituem certamente, cada uma a seu modo, uma resposta a essas perguntas (AGAMBEN, 2010a, p. 18).

A norma, portanto, não está alheia à exceção soberana, mas presente em suspensão, de modo que é a pura potência que ela exprime. O não jurídico é o pressuposto de toda juridicidade. A soberania se funda em uma relação de exceção, não é nem apenas fato e nem apenas direito. Ela é exatamente uma indiferença e inclusão sob a forma de uma exclusão. Não é o jurídico que precede o político e nem o contrário, eles se fundam sobre uma exclusão inclusiva, o que nos mostra que a exceção, a anomia e a vida nua, que aparecem no direito sem pertencer a ele, é desde sempre cooriginária do direito e da política.

Agamben esclarece que 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” (AGAMBEN, 2010a, p. 36) não é a aplicação da lei que define o direito, mas o abandono da vida a esse *nómos*, no qual a vida é deixada a vagar no niilismo.

A potência do *nómos* é a sua força de ~~lei~~ que orientou a posterior definição de soberania. Essa força esteve sempre associada à junção violência e justiça que se tornam indistintas. Isso porque o *nómos* mantém uma conexão entre o direito e a violência “o *nómos* soberano é o *princípio* que, conjugando direito e violência, arrisca-os na indistinção” (AGAMBEN, 2010a, p. 38).

O soberano incorpora a coincidência entre violência e direito. Para

Hobbes é o estado de natureza que confere ao soberano o poder absoluto e que não é aniquilado na constituição da sociedade política, mas permanece presente na figura do soberano.

A soberania se apresenta, então, como um englobamento do estado de natureza na sociedade, ou, se quisermos, como um limiar de indiferença entre natureza e cultura, entre violência e lei, e essa própria indistinção constitui a violência soberana (AGAMBEN, 2010a, p. 42).

Nesse sentido, o estado de natureza é pressuposto do Estado de direito. Agamben defende que o contratualismo hobbesiano deixa isso em evidência na medida em que o estado de natureza não era tomado como um momento real e concreto passível de ser identificado em lugar ou momento na história, mas como um “princípio interno ao Estado [...]”. Ele é o ser-em-potência do direito, a sua autopressuposição” (AGAMBEN, 2010a, p. 42) o que explica o sentido da afirmação de Schmitt de que a regra vive da exceção.

Estado de natureza e estado de exceção são apenas as duas faces de um único processo topológico no qual [...] o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurge agora no interior (como estado de exceção), e o poder soberano é justamente essa impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção (AGAMBEN, 2010a, p. 43).

O paradoxo da (des)localização da soberania pode ser compreendido a partir da relação entre o poder constituinte e o poder constituído. Embora o poder constituído esteja inserido dentro de um poder estatal e o poder constituinte esteja fora, o poder que rompe com a ordem jurídica vigente não aniquila o direito, mas justamente assegura a sua permanência. O poder constituinte é revolucionário em relação a um ordenamento jurídico em específico e não rompe o nexo entre o direito e a violência, apenas rompe com a ordem antiga e instaura uma nova, que se destina a uma nova decadência.

Agamben questiona essa virtualidade do poder constituinte no próprio poder constituído na medida em que mantém um “relacionamento ambíguo e insuprimível”. O poder constituído se legitima por advir do poder constituinte, isto é, ele “se pressupõe como poder constituinte e,

desta forma, exprime no modo mais prenhe de sentidos o paradoxo da soberania” (AGAMBEN, 2010a, p. 47).

O problema maior não é o de tentar pensar um poder constituinte jamais vertido em poder constituído (como poderia sugerir a ideia de uma revolução permanente e ininterrupta), mas o de distinguir o poder constituinte do poder soberano. A questão é que a estrutura original da soberania é a de um abandono, de modo que a soberania não está nem dentro (poder constituído), mas também não está totalmente fora (poder constituinte) da ordem jurídica (AGAMBEN, 2010a).

Ao reconhecer toda a radicalidade do poder constituinte, Agamben deixa de considerá-lo como um conceito político para considerá-lo como uma categoria da ontologia, o que retomaria a questão aristotélica da relação entre potência e ato. Isto é, “a dialética irresolvida entre poder constituinte e poder constituído deixa lugar a uma nova articulação entre potência e ato” (AGAMBEN, 2010a, p. 50). Para Agamben, “somente se conseguirmos pensar de modo diverso a relação entre potência e ato, e, aliás, além dela, será possível conceber um poder constituinte inteiramente livre do *bando* soberano” (AGAMBEN, 2010a, p. 50).

Nesse sentido, Agamben retoma o fio que percorre todas as suas pesquisas: pensar uma nova ontologia da potência<sup>29</sup>. Aristóteles já teria abordado o problema da potência que detém uma autonomia de não necessariamente passar ao ato, de forma que a potência envolve também a impotência. “Ela se mantém em relação com o ato na forma de sua suspensão, *pode* o ato podendo não realizá-lo, *pode soberanamente* a própria impotência” (AGAMBEN, 2010a, p. 52).

Agamben propõe uma emancipação da potência, sua desvinculação do ser em ato. O que implicaria “pensar a ontologia e a política além de toda figura da relação” (AGAMBEN, 2010a, p. 53), já que a potência é inerente a toda definição da soberania. Agamben quer trazer à luz a estrutura desse arcano, pois ali está a raiz ontológica de todo

---

<sup>29</sup> Em *Infância e história*, Agamben aborda a mais originária morada da potência humana, a infância. A infância, longe de ser a designação de uma etapa cronológica do homem, remete à dimensão original do humano, à experiência da própria linguagem. Trata-se do *infans* que faz nascer a história e a experiência. Se não houvesse uma infância do homem, se ele estivesse desde sempre na língua, estaria a linguagem humana subordinada a um sistema gramatical lógico. A infância, entretanto, suspende essa estrutura para transformar a pura língua em discurso, estabelecendo um hiato entre o semiótico e o semântico, entre a natureza e a história. Não se trata meramente do inefável [irrelato], mas do soberanamente dizível, a *coisa* [causa] da linguagem. A infância funda o inacabado do homem erigindo-o à condição de agente da própria cultura (AGAMBEN, 2008).

poder político.

O primeiro momento em que o conceito de vida assume uma significação jurídica é com a expressão “*vitae necisque potestas*”, que se refere ao direito de vida e de morte do pai sobre os filhos. Analisando um estudo de Yan Thomas sobre esse poder, Agamben aponta nele se evidencia “uma espécie de mito genealógico do poder soberano: o *imperium* do magistrado nada mais é que a *vitae necisque potestas* do pai estendida em relação a todos os cidadãos” (AGAMBEN, 2010a, p. 89). Esse mitologema seria capaz de suplantar o mito positivista que coloca a norma ou o contrato como fundamento da soberania. O mais originário vínculo soberano se baseia em uma dissolução que implica e produz “a vida nua, que habita a terra de ninguém entre a casa e a cidade” (AGAMBEN, 2010a, p. 91). A condição para o pertencimento à sociedade política repousa sobre a sujeição a esse poder de morte. Não é a vontade política que funda o poder político, mas a vida nua. A vida nua<sup>30</sup> se apresenta no Ocidente a partir da vida sacra, cuja relação essencial com a soberania expõe sua natureza, desde o início, política. O poder supremo é sempre poder de vida e de morte.

O mitologema hobbesiano é invocado partindo do reconhecimento de que o estado de natureza não corresponde a um momento delimitado cronologicamente num momento pré-jurídico, mas um princípio interno, isto é, “a exceção e o limiar que o constitui e o habita; ele não é tanto uma guerra de todos contra todos, quanto, mais exatamente, uma condição em que cada um é para o outro vida nua e homo sacer” (AGAMBEN, 2010a, p. 105). Que a cada instante está em questão, “a vida nua ou vida sacra, é o pressuposto sempre presente e operante da soberania” (AGAMBEN, 2010a, p. 105). Para Agamben,

contrariamente ao que nós modernos estamos habituados a representar-nos como espaço da política em termos de direitos do cidadão, de livre-arbítrio, de contrato social, do ponto de vista da soberania, autenticamente política é somente a vida nua (AGAMBEN, 2010a, p. 106).

Não é o pacto, mas a exclusão inclusiva da vida nua no Estado que funda a violência soberana. Toda a tradição contratualista deve ser revista

---

<sup>30</sup> Não se trata de um dado natural ou biológico, a vida nua constitui um produto do poder soberano em cuja exclusão se funda a política ocidental, “o rendimento fundamental do poder soberano e a produção da vida nua como elemento político original” (AGAMBEN, 2010a, p. 187).



a fim de que o estado de natureza seja compreendido como estado de exceção, de modo que a constituição do Estado não é um evento único e bastante,

mas é continuamente operante no estado civil na forma da decisão soberana. Esta, por outro lado, refere-se imediatamente à vida (e não à livre vontade) dos cidadãos, que surge, assim, como elemento político originário (AGAMBEN, 2010a, p. 108).

A continuidade da relação entre natureza e cultura, norma e anomia, impele à necessidade de se “dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinala de modo pontual e definitivo a passagem da natureza ao Estado” (AGAMBEN, 2010a, p. 109).

Como já dito, o elemento político (ou biopolítico) originário é a vida sacra e o verdadeiro sujeito soberano é a vida nua, mas a versão da sacralidade da vida moderna não está presente na fórmula dos sacrifícios, mas apega-se à figura do *homo sacer*.

o que temos hoje diante dos olhos é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mas precisamente nas formas mais profanas e banais. O nosso tempo é aquele em que um *week-end* de feriado produz mais vítimas nas auto-estradas da Europa do que uma campanha bélica (AGAMBEN, 2010a, p. 113).

Assim, deve-se abandonar a aura sacrificial que encobre o extermínio nazista, denominando-o de holocausto, pois “a dimensão no qual o extermínio teve lugar não é a religião nem o direito, mas a biopolítica” (AGAMBEN, 2010a, p. 113). A biopolítica assegura a contiguidade entre democracia de massa e Estados totalitários, mostrando que a crescente busca pela ampliação de direitos assegura também a maior inscrição da vida na ordem estatal, posta à mercê do poder soberano.

Apenas porque a vida biológica, com as 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 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 (AGAMBEN, 2010a, p. 118-119).

Não por acaso, o documento que se situa na base da democracia moderna ocidental, o *writ* de *habeas corpus* de 1679, tem como sujeito político não o homem livre, nem o homem simplesmente, mas o puro e simples *corpus*. Em outros termos, não é a *bísis* aqui reivindicada, mas a pura *zoé*. Assim é que “a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição desse ‘corpo’” (AGAMBEN, 2010a, p. 120).

Mas é importante não perder de vista o caráter ambíguo da vida nua, pois “*Corpus é um ser bifronte, portador, tanto da sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais*” (AGAMBEN, 2010a, p. 121). Por essa razão, o corpo passa a ser tomado como a metáfora política tanto do *Leviatã* quanto no *Contrato Social*.

A grande metáfora do *Leviatã*, cujo corpo é formado por todos os corpos dos indivíduos, deve ser lida sob esta luz. São os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente (AGAMBEN, 2010a, p. 122).

As declarações de direitos inscrevem definitivamente a vida, por meio do mero nascimento, no poder soberano, transformando o súdito em cidadão. Dessa forma, tais declarações “devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional” (AGAMBEN, 2010a, p. 125)

Tais declarações efetuem a autêntica politização da vida nua. O refugiado é aquele que põe em crise essa ficção que continuamente separa o homem e o cidadão, o nascimento da nacionalidade, o humanitário e o político. “A ficção aqui implícita é a de que o *nascimento* torne-se imediatamente *nação*, de modo que entre dois termos não possa haver resíduo algum” (AGAMBEN, 2010a, p. 125, grifos do autor).

A decisão sobre o valor ou desvalor da vida integra a estrutura biopolítica. Nesse sentido, Agamben menciona um texto de Binding, o

qual recorre à lógica do suicídio para fundamentar a possibilidade da eutanásia na ideia da “autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida” (AGAMBEN, 2010a, p. 132). O argumento de Binding é de que a soberania do homem sobre a sua própria existência deve implicar a possibilidade de aniquilação da vida indigna. A impunidade dessa aniquilação, porém, deveria se manter limitada ao suicídio ou poderia compreender a aquela vida que não tem valor nem para seu portador e nem para a sociedade? (AGAMBEN, 2010a)

A vida sem valor, na medida em que pode ser morta sem que se cometa homicídio, é a vida matável do *homo sacer*, que pode ultrapassar os limites do suicídio e da eutanásia. A possibilidade de decidir sobre a vida que merece ser vivida marca a estrutura da biopolítica em que os papéis do médico e do soberano parecem se aproximar, na medida em que se trata de decidir o momento em que a vida cessa de ser juridicamente relevante<sup>31</sup>.

o totalitarismo do nosso século [século XX] tem o seu fundamento nesta identidade dinâmica de vida e política e, sem esta, permanece incompreensível [...]. Quando vida e política, divididos na origem e articulados entre si através da terra de ninguém do estado de exceção, na qual habita a vida nua, tendem a identificar-se, então toda vida torna-se sacra e toda política torna-se exceção (AGAMBEN, 2010a, p. 144).

A imagem, que invadiu a internet, do corpo do menino sírio Alan Kurdi encontrado morto em praia turca, representando o nível<sup>32</sup> da crise

---

<sup>31</sup> O indício da alocação da bioética como problema jurídico-político são as decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 3510, que se referia à Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) e a ADPF 54, que tratou da possibilidade de antecipação terapêutica do parto. O pano de fundo dessas decisões foi a definição da vida e das condições de sua proteção jurídica. Na ADPF 54, como apontou o ministro Cesar Peluso, a ponderação a ser feita referia-se de um lado ao direito à vida como primeiro e mais importante direito e, de outro, à prevalência dos “direitos da gestante sobre a vida precária do feto”. Segundo o Procurador Geral da República, a tese central da petição de deu origem a ADI 3510 é a de que “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em dezembro de 2015.

<sup>32</sup> Segundo dados da Organização Internacional para Migração, no ano de 2015, o número total de mortes registradas no Mediterrâneo é de 3.671. “Esto incluye 2.889 muertes en la ruta central entre el norte de África e Italia; 684 de la

migratória que atravessa a Europa não deixa de vir à memória. Que o Ocidente não se mobilize política e humanitariamente de maneira suficiente para lidar com o problema dos refugiados no mundo se deve ao critério da vida que não merece ser vivida.

O essencial, em todo caso, é que, toda vez que os refugiados não representam mais casos individuais, mas, como acontece hoje mais e mais frequentemente, um fenômeno de massa<sup>33</sup>, tanto estas organizações quanto os Estados individuais, malgrado as solenes evocações dos direitos “sagrados e inalienáveis” do homem, demonstraram-se absolutamente incapazes não só de resolver o problema, mas até de simplesmente encará-lo de modo adequado.

A separação entre humanitário e político, que estamos hoje vivendo, é a fase extrema do descolamento entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. As organizações humanitárias [...] mantêm a contragosto uma secreta solidariedade com as forças que deveriam combater (AGAMBEN, 2010a, p. 129-130).

Eis o que a reflexão sobre a política no ocidente exige: o resgate das figuras paradigmáticas do campo e de seu habitante, o *homo sacer*.

### 1.2.2. O campo como paradigma biopolítico

Para Agamben, a clássica definição schmittiana de soberania como “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” tornou-se um lugar comum e, se antes o problema estava voltado para a identificação de *quem* seria esse soberano, hoje, com a dissolução das estruturas estatais e, portanto, no contexto em que a emergência se tornou a regra, como já

---

ruta oriental entre Turquía y Grecia; y 94 en la ruta desde África Occidental.” (OIM, 2015).

<sup>33</sup> Segundo o Relatório da ACNUR (Agência da ONU para os refugiados), “Al concluir 2014, había 59,5 millones de personas desplazadas forzosamente en el mundo como consecuencia de la persecución, los conflictos, la violencia generalizada o las violaciones de derechos humanos.[...] dado que el número de refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos en el mundo siguió aumentando en 2015, es probable que la cifra haya superado con creces los 60 millones” (ACNUR, 2015, p. 2).

apontado por Benjamin, o que deve ser posto em questão é “o problema dos limites e da estrutura originária da estatalidade” (AGAMBEN, 2010a, p. 19).

Nesse sentido, a soberania se constitui por um paradoxo de estar situada ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico. Assim, no mesmo momento em que estabelece os limites do ordenamento ele os torna indistintos. Lei e exceção confluem para uma única figura, o soberano. Está dentro, pois sua competência é definida pela norma e fora porque pode decidir sobre a própria suspensão do ordenamento. Isso significa que “o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei” (AGAMBEN, 2010a, p. 22). A finalidade da exceção, assim como a finalidade da violência, é aglutinada no processo e torna-se pura força. É o estado de exceção como regra.

A normalidade como condição imanente da norma é instituída e identificada pelo soberano, como aquele que “cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão” (SCHMITT, 1996, p. 93). Schmitt chega a afirmar que deve “ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse Estado normal é realmente predominante” (SCHMITT, 1996, p. 93). A decisão é a categoria jurídica da qual depende a situação de normalidade e da qual depende também a norma jurídica. Nesse ponto, a decisão é que define a situação a partir da qual a normatividade é possível e o espaço em que a vigência do direito pode ter sentido. Essa decisão é a decisão soberana, que se coloca fora da lei e, como afirma Schmitt, “a autoridade prova que, para criar a justiça, ela não precisa ter justiça” (SCHMITT, 1996, p. 93).

A vigência do direito depende da situação sobre a qual decide o soberano, de modo que “o que está em questão na exceção soberana é, segundo Schmitt, a própria condição de possibilidade da validade da norma jurídica e, com esta, o próprio sentido da autoridade estatal” (AGAMBEN, 2010a, p. 24). A exceção, contudo, não está absolutamente fora do direito, mas mantém uma relação necessária com ele sob a forma de uma suspensão. Ela está presente como o pressuposto externo. A relação da norma com a exceção é uma relação necessária entre o dentro e o fora do ordenamento, no qual a norma se suspende para dar lugar à exceção. A estrutura originária da relação jurídica está expressa na relação entre a natureza e o direito, tal como entre a vida e a política, que se inserem na lógica da exceção, ou na relação de bando que ela designa: “esta forma extrema da relação que inclui alguma coisa unicamente através de sua exclusão” (AGAMBEN, 2010a, p. 25).

Os atos excepcionais, contudo, não podem ser definidos como uma

mera situação de fato, pois é pela suspensão da norma, não pela sua revogação, que eles se definem. Nesse mesmo sentido, não se trata de atos jurídicos, “mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença” (AGAMBEN, 2010a, p. 25). Agamben afirma que

o próprio estado de exceção, como estrutura política fundamental, em nosso tempo, emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se a regra. Quando nosso tempo procurou dar uma localização visível permanente a esse ilocalizável, o resultado foi o campo de concentração (AGAMBEN, 2010a, p. 26).

O ápice desse processo biopolítico e tanatopolítico em curso está representado no campo de concentração como figura limite que, levando ao extremo a lógica do poder e a radicalidade da negação da vida humana, permite reconhecer a matriz biopolítica da civilização ocidental tornada cada vez mais intensa na modernidade (ASSMANN; BAZZANELA, 2013). O controle e a vigilância constante a que estamos submetidos, marca todos os cidadãos como virtualmente criminosos. Agamben interroga, portanto,

O que é um campo, qual a sua estrutura jurídico-política, por que semelhantes eventos aí puderam ter lugar? Isto nos levará a olhar o campo não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado (mesmo que, eventualmente, ainda verificável), mas, de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos (AGAMBEN, 2010a, p. 162).

O artigo 48 da Constituição de Weimar não continha a expressão “estado de exceção”. O prolongamento da exceção, o Terceiro Reich como uma noite de São Bartolomeu que durou 12 anos, revela a sua permanência: “o campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra” (AGAMBEN, 2010a, p. 164).

Decisivo para a constituição do campo como paradigma biopolítico é que o estado de exceção desejado cria a situação excepcional. É a emergência permanente que define a normalidade da exceção, de forma que questão de fato e questão de direito restem indiscerníveis.

O que está em plena luz no campo de concentração é o princípio

segundo o qual “tudo é possível”. Para Agamben, mais que a pergunta sobre como foram possíveis os horrores do campo, cumpre questionar

quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito (AGAMBEN, 2010a, p. 167).

Traduzida como uma exclusão inclusiva, a vida nua nos permite acompanhar essa fratura biopolítica que marca o desenvolvimento da política ocidental. “A vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens” (AGAMBEN, 2010a, p. 15). A vida nua não apenas do próprio sujeito político e do cidadão que possui essa dupla inscrição, mas a do escravo, do colono, dos trabalhadores na comunidade política. Essa divisão, que possui como face mais visível o conceito de povo e a atual situação da crise migratória, fornece as bases da constituição política mais fundamental do Ocidente.

Em 1776, A Declaração da Independência já ecoava: “Consideramos essas verdades como autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”. As declarações seguintes – A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e a Declaração das Nações Unidas em 1948, ainda que num enfoque mais legalista – não mudaram o tom, os direitos do homem eram apenas declarados e reconhecidos, já que evidentes em si mesmos.

Lynn Hunt, num estudo sobre a gênese dos direitos humanos coloca em questão a centralidade da autoevidência desde a Declaração da Independência elaborada por Thomas Jefferson. O texto final não fez qualquer referência ao rei, à nobreza ou à igreja, extirpava quaisquer privilégios do nascimento e estava carregado de expressões generalizadas de “homem”, “todo homem”, “cidadão”, “todo cidadão”, “povo”, “sociedade”, sufocando a única referência ao povo francês (HUNT, 2009).

Passados quase dois séculos, as garantias afirmadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, resvalaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos firmada pela ONU em 1948. Mas Hunt questiona qual a importância desses documentos se não excederam as

intenções políticas que marcaram seu nascimento, se não obstou a instauração de muitos governos e constituições que não resguardavam os direitos ali consagrados (HUNT, 2009).

O campo de incidência do conceito de homem, como sujeito de direitos universais e autoevidentes, mostrava-se, para muitos que os proclamavam, paradoxalmente restrito. Alguns poucos eram considerados “todos os homens” e os escravos, os negros livres, minorias religiosas e mulheres não estavam entre os tais. Thomas Jefferson, senhor de escravos e Lafayette, aristocrata, representam a perplexidade com que alguns direitos foram concebidos em locais tão improváveis. “Não devemos esquecer as restrições impostas aos direitos pelos homens do século XVI, mas parar por aí, dando palmadinhas nas costas pelo nosso próprio ‘avanço’ comparativo, é não compreender o principal” (HUNT, 2009, p. 17).

Mas se são autoevidentes, porque deveriam ser proclamados e só o eram em momentos e em lugares específicos? Como tratá-los como universais se não eram reconhecidos em todos os lugares? A autoevidência dispensa discussão (HUNT, 2009).

Importa considerar em que medida as análises de Lynn Hunt traduzem uma retroprojeção ou realmente dizem algo sobre o aspecto simbólico do direito. Que o direito deva preservar uma dimensão simbólica, isso é inegável, mas em que momento essas fronteiras se excedem e adentram no campo de um Estado do espetáculo e de um “discurso ininterrupto que a ordem presente faz sobre si própria, o seu monólogo elogioso” (DEBORD, 2005, p. 15)? O paradoxo da autoevidência dos direitos humanos e a sua concepção como objeto de certo consenso deve permitir investigar o esquema da exceção como constituinte da estrutura de poder do Ocidente, no qual os direitos humanos se inserem.

Desde a segunda metade do século XX, os direitos humanos tornam-se a medida jurídica reparatória da desumanidade permitida pelo direito, de modo que, desde o pós-guerra, os direitos humanos tornam-se consenso e panaceia nos discursos políticos. Nesse sentido é que a tentativa de colocar o conceito de estado de exceção para pensar os direitos humanos e seu correspondente nacional, os direitos fundamentais, presta-se a romper com uma pretensa “autoevidência” e questionável consonância a fim de se repensar criticamente a condição dos direitos humanos na estrutura política e no campo do direito público.

A fragilidade da instituição dos direitos humanos já pode ser vislumbrada desde a sua propagação e da identificação da lógica que lhe dava subsistência. A literatura jurídica faz uma distinção entre os direitos



e humanos e os direitos fundamentais a fim de distinguir a proteção dos mesmos direitos quando vistos sob uma ótica nacional ou internacional.

Do ponto de vista do direito estatal, a proteção dos direitos humanos, ditos fundamentais, é intermediada pela categoria da cidadania. Aqueles que não pudessem se ver tutelados pelo Estado, os que não pudessem recorrer ao status de cidadão para ter seus direitos assegurados, poderiam ter a seu dispor os direitos humanos. A possibilidade de se exigir tais direitos, contudo, demonstrava a nudez e a retórica do discurso dos direitos humanos, os quais se tornavam inexecutáveis quando não vinculados a algum Estado que lhes pudessem assegurar. Nesse ponto, a crítica arendtiana já se mostrava mordaz, tanto quanto embaraçosa:

Os Direitos do Homem, supostamente inalienáveis, mostraram-se inexecutáveis — mesmo nos países cujas constituições se baseavam neles — sempre que surgiam pessoas que não eram cidadãos de algum Estado soberano. A esse fato, por si já suficientemente desconcertante, deve acrescentar-se a confusão criada pelas numerosas tentativas de moldar o conceito de direitos humanos no sentido de defini-los com alguma convicção, em contraste com os direitos do cidadão, claramente delineados (ARENDDT, 1998, p. 327).

Hannah Arendt denuncia um vazio embrionário no qual ecoam os direitos humanos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já apontava dualidade ínsita a tais direitos, a cisão entre o humanitário e o político. Essa lógica estava contida no enunciado da declaração, já que deixa dúvida a interpretação sobre se a expressão “Direitos do Homem e do Cidadão” designaria duas categorias distintas, ou se se referia ao pressuposto de que a proteção do ser humano implica o pertencimento a um Estado Nacional via cidadania (ARENDDT, 1998). Como afirma Agamben, o “paradoxo, aqui, é justamente a figura – o refugiado – que deveria ter encarnado por excelência os direitos do homem assinala, pelo contrário, a crise radical desse conceito” (AGAMBEN, 2015a).

Agamben coloca, nesse sentido, a “centralidade (e a ambiguidade) da noção de ‘cidadania’ no pensamento político moderno” (AGAMBEN, 2010a, p. 126), pois, no âmbito da biopolítica a separação dentro-fora, tal como o humano-cidadão, conduzem a uma separação entre o humano e o político. Desse modo, a vida deixada à mercê do poder soberano encontra-se no espaço da pura exceção: o campo.

Não apenas a cisão entre o homem e o cidadão, mas também a frágil integração de grande quantidade de pessoas que sequer possuem as mínimas condições de subsistência digna, dão mostras da atualidade biopolítica. Não são os marginalizados e os mortos a esmo nos tribunais de rua que vitimam negros e pobres nas favelas brasileiras, nem as vidas que se esvaem nas filas de hospitais lotados e sem condições materiais de atendimento que encarnam exclusivamente a figura do *homo sacer*, pois é hoje o *homo sacer*, assim como refugiado, a figura que surge não como exceção, mas como regra e paradigma do sujeito/objeto político abandonado “a uma violência tanto mais eficaz quanto anônima e cotidiana” (AGAMBEN, 2015a, p. 104). Isso significa que o problema não se resolve com uma integração, mas com uma destituição.

A raiz biopolítica da abordagem da cidadania, como enunciada por Marshall<sup>34</sup>, mostra porque a cidadania não incomodou o capitalismo, pois não se trata mais de garantir da ordem, mas gerir a desordem. Marshall defende a engenharia institucional, não para resguardar a igualdade absoluta, mas para o gerenciamento da desigualdade para eliminar o seu produto mais desagradável, a pobreza. Não se trata de alterar a estrutura, não é este o propósito, mas elevar a sua base a fim de garantir que todos fossem, no mínimo, cavalheiros, civilizados (MARSHALL, 1977). Essa visão traduz o processo de subjetivação descrito por Foucault, a produção de sujeitos dóceis, úteis e produtivos, preservando a subsistência do sistema.

Nesse ponto, Agamben mostra que os direitos humanos inscrevem, enfim, a vida nua na estrutura da soberania. Isso porque, o nascimento como determinante na consolidação da nacionalidade e da cidadania torna-se objeto da autoridade soberana e a vida fica à mercê do poder soberano de suspender direitos, “a soberania é, de fato, precisamente esta ‘lei além da lei à qual somos abandonados’” (AGAMBEN, 2010a, p. 64). Agamben nos convoca, assim, a pensar a realidade atual tomando as categorias adequadas a sua compreensão. Portanto, é “esta estrutura de

---

<sup>34</sup> Thomas Marshall foi um sociólogo inglês de matriz liberal, que escreveu sobre a cidadania nos anos de 1950. Era um teórico da estratificação social que concebia a cidadania como um status social, em cuja base estaria o reconhecimento de direitos. Esse autor desenvolve seu conceito de cidadania desde uma visão evolucionista da aquisição de direitos, estabelecendo uma relação entre a igualdade política e a desigualdade econômica e como, por meio do acesso aos direitos civis, os cidadãos puderam ver seus direitos políticos e sociais também assegurados. Para Marshall, a cidadania “é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade” (MARSHALL, 1977, p. 76)

*bando* que devemos aprender a reconhecer nas relações políticas e nos espaços públicos em que ainda vivemos” (AGAMBEN, 2010a, p. 110).

Eis a exigência de uma reflexão sobre a força de *lei* – vigência sem aplicação e aplicação sem vigência – como formas assumidas pela teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben. A falta de prescrição confere mais força à lei. É o puro nada da revelação, a lei que vige sem significar, em outros termos, uma inexequibilidade da lei (AGAMBEN, 2010a, p. 56). Agamben pergunta “Qual é, de fato a estrutura do bando soberano, senão aquela de uma lei que vigora, mas não significa?” (AGAMBEN, 2010a, p. 57), isto é, de uma lei relegada ao ponto zero de seu conteúdo?

Esse abandono da lei significa permanecer no niilismo, mas Agamben quer mais que isso, quer levar ao extremo a experiência do abandono, o que implica pensar o fato político e social sem a forma de um relacionamento. Ele adverte, porém, que a

tarefa que o nosso tempo propõe ao pensamento não pode consistir simplesmente no reconhecimento da forma extrema e insuperável da lei como vigência sem significado. Todo pensamento que se limite a isto não faz mais que repetir a estrutura ontológica que definimos como paradoxo da soberania [...]. Uma pura forma de lei é apenas a forma vazia da relação; mas a forma vazia da relação não é mais uma lei, é sim uma zona de indiscernibilidade entre lei e vida, ou seja, um estado de exceção (AGAMBEN, 2010a, p. 64).

A violência praticada nos porões da história oficial, como pano de fundo da construção da racionalidade do eixo ocidental, adentrou no próprio espaço de produção de sua racionalidade. É nessa ocasião, no ápice do reflexo de sua violência, que a crise será reconhecida. Nesse vértice, a “crítica da violência – crítica do poder” desenvolvida por Walter Benjamin pretende desconstruir o fundamento tradicional conferido ao direito como edifício humano construído para a instituição da justiça, já que o que lhe importa são as conclusões jurídicas e a preservação de sua coerência, que nem sempre coincidirão com a justiça ou a verdade (AGAMBEN, 2010c). O direito, a fim de garantir sua autopreservação, estaria constituído por uma necessária relação com a violência, aliás, com as duas violências: violência instituidora e violência mantenedora do direito.

De outro lado, apresenta-se a visão foucaultiana do poder no Ocidente. Se, de um lado, Walter Benjamin concebe-o como sinônimo de

violência, de outro, porém, verificar-se-á que o poder não se exaure no nível do direito nem da violência, existe ainda um lado positivo produtor de individualidade que lhe confere subsistência. Agamben apresenta exatamente essa interseção entre o modelo institucional e o biopolítico do poder, o estado de exceção.

Daí emerge a concretização da vitória do *animal laborans*<sup>35</sup>, que substitui a política pelo consumo, de sorte que a imortalidade, enquanto anseio político de permanência no mundo, é substituída pela imortalidade do ciclo vital (ARENDDT, 1999). O conceito de cidadão é suplantado pela figura do consumidor que concebe o Estado como um prestador de serviço público eficiente. O *animal laborans* é o portador da “vida nua”, isto é, vida não predicada politicamente, guiada pela mera sobrevivência. Trata-se da inclusão da vida por sua própria exclusão (AGAMBEN, 2010a).

O controle sobre a vida e a sua captura para além do direito é o que marca a atividade do poder soberano exercida sobre a vida nua que se converte em objeto de poder. Observar a relação da “vida nua” com a política participa da análise das regiões indeterminadas que se estabelecem na modernidade, pois “a politização da vida nua como tal constituiu o evento decisivo da modernidade que assinala uma transformação radical das categorias político-filosóficas do pensamento clássico” (AGAMBEN, 2010a, p. 12). Na biopolítica o estado de exceção encontra seu significado, pois nesse horizonte é que se pode tentar compreender a política atual. Nessa nova região de luta política, agigantase a figura de um estado de polícia que tende a controlar minunciosamente a população emergindo a vida nua como a vida do indivíduo exposta ao controle da atividade estatal e que passa a integrar os cálculos do poder.

Aqui, “a velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida” (FOUCAULT, 1999b, p. 131). O

---

<sup>35</sup> A vitória do *animal laborans* (vivente que trabalha) na sociedade moderna significa, para Arendt, a aproximação entre o homem e o animal, já que nessa sociedade o que impera não é a ação, enquanto atividade propriamente humana, mas o labor, como atividade que em nada nos diferencia dos animais. O *animal laborans* é aquele que se encarrega do processo vital. Enquanto o *homo faber* se encarrega da fabricação e, assim, trabalha e atua sobre os objetos, o *animal laborans* se confunde com eles e quando produz a matéria produz também a si mesmo. A produção para o consumo e a separação entre meios e fins é aniquilada pelo *animal laborans*. Uma sociedade assim constituída é uma sociedade de operários, que erige a vida como valor supremo e seu propósito é prolongá-la e torná-la mais fácil (ARENDDT, 1999).

conteúdo da decisão soberana transita do poder sobre a morte (tanatopolítica) para o poder sobre a vida (biopolítica). A vida ocupa o centro da atenção do poder e é sobre o “fazer viver” que ele encontrará a sua fundamentação<sup>36</sup>.

Na estrutura biopolítica está a sujeição dos corpos e o controle da população como sustentáculos do desenvolvimento do capitalismo. Além da potencialização dos corpos para melhorar os modos de produção, o capitalismo também exigia que os corpos fossem dóceis e úteis, seu intento era torná-lo objeto sadio e eficaz para o sistema (FOUCAULT, 1999b). O homem torna-se um ser vivo, cuja existência deve ser prolongada ao máximo e sobre a qual se deve investir tecnologias do poder a fim de impedir o desperdício da força de trabalho.

De outro lado, porém, o discurso neoliberal sustenta-se em detrimento de um excedente populacional irrelevante para as engrenagens do sistema. O campo de concentração era o depósito do material humano supérfluo. A inutilidade econômica é que permitia os horrores do campo, pois a ninguém interessava essas pessoas (ARENDR, 1998). Se não têm valor econômico, que outro valor lhes importa? Posto que sejam “economicamente supérfluos e socialmente onerosos” (ARENDR, 1998, p. 498), a superfluidade como condição do domínio totalitário é forjada pelo campo.

O cenário atual não parece ter escapado a essa moldura. A produção de excedente humano é, portanto, o resultado da elevação do campo a paradigma biopolítico, afinal, a emergência das tecnologias de saber e poder dá condições para o surgimento na história da “simultânea possibilidade de proteger a vida e de autorizar o seu holocausto” (AGAMBEN, 2010a, p. 11).

Eis o retrato da vida do Homo Sacer, uma vida que pode ser morta, não por um poder que faz morrer, mas por um poder que deixa morrer sem que isso represente um homicídio. As mortes, tornadas números (ou cifra oculta), desnudam e maculam o discurso jurídico de garantias e direitos que se veem permanentemente suspensos em determinadas regiões. A necessidade de combate ao tráfico e a tomada de território dos domínios da criminalidade, que sofre maior controle (seletivo) repressivo do sistema jurídico, decretam a anomia imposta pela biopolítica. Do mesmo modo, as vidas relegadas ao descaso pelo sistema público de saúde são lançadas à invisibilidade e acobertadas por discursos, tais como

---

<sup>36</sup> Agamben vai mais fundo para expor a forma específica da biopolítica do século XX: “já não fazer morrer, nem fazer viver, mas fazer sobreviver” (AGAMBEN, 2010c, p 155).

o “Princípio da reserva do possível”, que evidenciam o paradigma do campo.

Hoje, a miséria que devasta as populações periféricas do sistema capitalista global, a situação precária dos imigrantes, a agonia dos refugiados, as invasões bárbaras, o extermínio impune e consentido – de um contingente cada vez maior de pessoas metralhadas, degoladas e incendiadas nas valas imundas das democracias de mercado – expõem a sua face mais visível (PHILIPPI, 2009, p. 15).

Essa biopolítica do controle dos corpos nutre-se da propagação do medo, tornando o corpo humano um objeto integrante dos cálculos da segurança pública, porquanto todos são potencialmente ofensivos. O intento é o controle massivo da população por meio da instauração do panóptico como modelo normal de vigilância social. Encontrar a região em que o papel institucional do poder e a biopolítica convergem para a vida nua, enquanto ponto fundamental da política moderna participa da tentativa de Agamben de corrigir ou integrar a tese de Foucault, descortinando o espaço no qual se instaura o estado de exceção: o espaço da vida nua que invade o campo político (AGAMBEN, 2010a).

O campo é o espaço inaugural de completa impossibilidade de se identificar o que é o público e onde começa a vida privada. O extermínio dos judeus foi fruto de operações de polícia e não de decisões políticas, assim também, a entrada no campo não dependia de um critério político, mas daquilo “que tinha de mais privado e incomunicável: o sangue e o corpo biológico. E, no entanto, precisamente estes funcionam, agora, como critérios políticos decisivos” (AGAMBEN, 2015a, p. 110). Os cadastros biométricos, as câmeras de vigilância, no Brasil, o RCN<sup>37</sup> e inúmeras outras tecnologias de controle de massa mostram a tendência política – que assinala a aproximação entre soberania e polícia – de se considerar todo cidadão como terrorista virtual. O público e privado, o corpo biológico e o corpo biopolítico não podem mais se diferenciar.

Após descrever o processo que marca a política no Ocidente e que tende a se aprofundar cada vez mais, Agamben passa para a investigação

---

<sup>37</sup> O RCN (Registro Civil Nacional) resultou da aprovação de projeto de lei elaborado pelo Tribunal Superior Eleitoral que reúne dados como RG, CPF, título de eleitor e até antecedentes criminais. O seu fundamento, além da facilidade, é a segurança.

do estado de exceção, mostrando que não se trata hoje de um golpe tão direto à democracia, mas de um paulatino esvaziamento e deformação de suas instituições que deve ser questionada para além da dimensão moralista a que comumente se recorre.

### 1.3. O ESTADO DE EXCEÇÃO NA HISTÓRIA A CONTRAPELO

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade (BENJAMIN, 2005, p. 226).

Em um ensaio de 2007, Agamben questiona: “De quem e do que somos contemporâneos? E, antes de tudo, o que significa ser contemporâneo?”. No rastro de uma filosofia nietzscheniana do martelo, Agamben afirma a intempetividade do contemporâneo. Pertence ao seu tempo aquele que não coincide inteiramente com este, “mas exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que outros, de perceber e apreender o seu tempo” (p. 58-59). Não é, porém, um nostálgico<sup>38</sup>, mas aquele que reconhece seu irrevogável pertencimento a seu momento histórico.

Agamben apresenta, então, uma segunda definição e ainda mais incisiva, “contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro” (AGAMBEN, 2009, p. 62). Essa particular experiência do tempo presente, que desnuda as trevas que lhe envolvem e contempla a sua obscuridade, deixa antever a figura do estado de exceção como aquela que se apresenta numa história da tradição dos oprimidos. Uma tal abordagem “a contrapelo da história” desvenda os monumentos de barbárie da cultura posta sob os panos quentes de discursos de progresso manifestados de diversas formas (inclusive no interior do discurso da constitucionalização dos direitos, ou no

---

<sup>38</sup> O contemporâneo identifica o presente como arcaico. O arcaico é aquilo que remete à *arké*, à origem. “Mas a origem não está situada apenas num passado cronológico: ela é contemporânea ao devir histórico e não cessa de operar neste, como o embrião continua a agir nos tecidos do organismo maduro e a criança na vida psíquica do adulto” (AGAMBEN, 2009, p. 69). É por essa razão que a via de um acesso ao presente assume a forma de uma arqueologia. A contemporaneidade por excelência é o tempo messiânico, o “tempo-de-agora” no qual o todo é a todo momento posto em questão. Cada momento da história se apresenta como prefiguração do presente messiânico (AGAMBEN, 2009).

desenvolvimentismo econômico), versões religiosas que não ousam dizer seu nome.

Walter Benjamin defende que a história seja escrita do ponto de vista dos vencidos, isto é, a partir da tradição dos oprimidos. Na sua sétima tese sobre o conceito de história, ele aponta que o método com o qual rompeu o materialismo histórico foi exatamente aquele da empatia, pois, com quem o historiador estabelece empatia senão com o vencedor?

Todos os que até hoje venceram participam do cortejo triunfal, em que os dominadores de hoje espezinham os corpos dos que estão prostrados no chão. Os despojos são carregados no cortejo, como de praxe. Esses despojos são o que chamamos bens culturais. O materialista histórico os contempla com distanciamento. Pois todos os bens culturais que ele vê têm uma origem sobre a qual ele não pode refletir sem horror. Devem sua existência não somente ao esforço dos grandes gênios que os criaram, como à corvéia anônima dos seus contemporâneos. *Nunca houve um monumento da cultura que não fosse também um monumento da barbárie.* E, assim como a cultura não é isenta de barbárie, não o é, tampouco, o processo de transmissão da cultura. Por isso, na medida do possível, o materialista histórico se desvia dela. Considera sua tarefa escovar a história a contrapelo (BENJAMIN, 2005, p. 225, grifo nosso).

A pobreza de experiência como perda do referencial simbólico impede que a própria história represente essa voz dos que se encontram sob os escombros da cultura. A emergência e a relevância que os discursos acerca da lei da anistia, justiça de transição, direito a memória e do aumento de comissões da verdade a fim de se poder falar a respeito de uma história dos vencidos é uma evidência da escassez de discursos alternativos e da pobreza da experiência da barbárie. Desenterrar os corpos representa uma luta pela superação de uma crise que, em grande medida, se reconhece como “crise da relação com o passado” (AGAMBEN, 2013b, p. 352).

A história da América Latina tão despojada e massacrada quanto silenciada se reproduziu em espaços inadmissíveis: na própria Europa. O espaço de exceção territorialmente delimitado nas colônias perdeu seus referenciais territoriais, produzindo vida matável indistintamente. O assombro com os episódios que alcançaram os baluartes da razão “não



gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história da qual emana semelhante assombro é insustentável” (BENJAMIN, 2005, p. 226).

Atender a esse apelo obscuro da nossa época é o que Agamben chama de ser contemporâneo. A proposta da investigação arqueológica do estado de exceção contribui para a compreensão da realidade que nos envolve, afinal, “a arqueologia e não a futurologia é a única via de acesso ao presente” (AGAMBEN, 2013b, p. 351), de forma que o olhar sobre o passado se apresenta como sombra de uma interrogação sobre o agora.

Reconhecendo a pertinência do diagnóstico benjaminiano, Agamben tenta responder ao significado de viver em um estado exceção e como, do ponto de vista do direito, se deu essa “profunda transformação que se havia produzido na constituição material, isto é, na vida política das assim chamadas democracias nas quais vivemos” (AGAMBEN, 2006). A ambiguidade constitutiva da ordem jurídica, a relação entre o direito e a anomia, norma e vida é articulada pelo estado de exceção. Assegura-se, assim, o funcionamento da máquina governamental, constituída pela “dúplice estrutura da ordem jurídico-política do Ocidente, que parece basear-se ao mesmo tempo num elemento normativo e jurídico em sentido restrito, e também num elemento anômico e extra-jurídico” (AGAMBEN, 2005, p. 8).

Em *Estado de exceção*, a relação entre direito e anomia mostra-se como constituinte do próprio direito, apontando essa natureza dúplice da ordem jurídica, em que fato e direito se tornam indistintos. O estado de exceção expõe essa configuração e mantêm unidas essas figuras contraditórias no bojo do sistema jurídico.

Assim, Agamben parte do diagnóstico de que a “cultura política do ocidente não se dá conta de haver perdido por inteiro os princípios que a fundam” (AGAMBEN, 2011a, p. 33) e se lança à busca da genealogia do estado de exceção enquanto constituinte da ordem jurídica.

A tese central é a de que o estado de exceção tende a deixar de ser uma medida excepcional e limitada para se tornar o paradigma de governo na política contemporânea, esfumando, assim, as fronteiras entre democracia e absolutismo. O que resta da política e o que e do agir político nesse cenário é o que persiste como indagação (AGAMBEN, 2011a).

### **1.3.1. Algumas considerações sobre a teoria agambeniana do estado de exceção**

Antes de tratar de seus elementos constitutivos, importa abordar o

estado de exceção partindo do que ele não é e desde já desfazer eventuais equívocos que possam obscurecer a compreensão do conceito agambeniano de estado de exceção. Essas considerações devem servir para assegurar uma inteligibilidade mínima que impeça a divergência acerca do fenômeno de se fala. A opção pelo termo “estado de exceção” não é neutra, afinal “a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento” (AGAMBEN, 2011a, p. 15) ou, ainda, o seu momento poético.

### 1.3.1.1. *Uma categoria paradigmática*

*Homo Sacer* é o primeiro volume de uma série de investigações genealógicas sobre paradigmas teológicos, políticos e biopolíticos, que, para Agamben, têm exercido importante influência sobre o desenvolvimento e a ordem política global das sociedades ocidentais. Por essa razão é que essa primeira obra trará uma série de premissas que serão desenvolvidas nas obras posteriores (AGAMBEN, 2006). Segundo o autor, cuida-se da primeira parte de um livro maior que compreenderá um tipo de “arqueologia da biopolítica sob a forma de diversos estudos sobre a guerra civil, a origem teológica da *oikonomia*, o juramento e o conceito de vida (*zoé*)” (AGAMBEN, 2006, p. 131).

O livro *Estado de exceção* integra essas investigações dando-lhe continuidade como o denuncia a identificação “Homo sacer, II, 1” presente em sua contracapa. Isso traz algumas implicações, a primeira delas é que o estado de exceção é concebido como o desenvolvimento de uma arqueologia do direito em larga medida tributária do método foucaultiano<sup>39</sup>. Portanto, **não diz respeito a uma categoria histórica identificável**. Não se trata de encontrar um momento histórico originário capaz de desvelar a verdadeira natureza da exceção ou a sua mais profunda e essencial configuração. Assim, muito embora as figuras do *homo sacer*, do mulçumano, do estado de exceção, do campo, etc. tenham uma existência histórica positiva, eles são “tratados em dichas investigaciones como paradigmas, cuya función era la de constituir y hacer inteligible la totalidad de un contexto histórico-problemático más

---

<sup>39</sup> Agamben herda o método arqueológico de Michel Foucault, mas se apropria dele de um modo particular. Em *Sigantura Rerum*, Agamben trata do conceito de paradigma, da teoria das assinaturas e de relação entre história e arqueologia (AGAMBEN, 2010d). A partir do paradigma, Agamben convida a refletir sobre a realidade desde uma perspectiva que transcende a dimensão cronológica, mas que tematiza modelos e exemplos.

vasto” (AGAMBEN, 2010d, p. 11).

Nesse ponto, o resgate do pressuposto metodológico de Agamben fornece importantes contribuições para a compreensão do estado de exceção. O que se pretende por meio dessas incursões paradigmáticas é identificar algumas figuras que funcionam como exemplos, ou seja, laboratórios que forneçam suporte para o entendimento de contextos mais amplos. Isso exige o tratamento da exceção na perspectiva da dinâmica na qual ela está implicada e na lógica que ela se configura sem um apego demasiado a forma de sua existência histórica. Nesse aspecto, Agamben menciona que a expressão “plenos poderes’ com que, às vezes, se caracteriza o estado de exceção, refere-se à ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei” (AGAMBEN, 2011a, p. 17).

Uma interpretação literal do estado exceção não permitiria a sua leitura desde a perspectiva do Judiciário, na medida em que se defrontaria com o necessário agigantamento do executivo que aparece nos exemplos históricos tratados no livro. Mesmo nesse sentido, Agamben afirma que a “expressão ‘plenos poderes define *uma das possíveis* modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção, mas não coincide com ele” (AGAMBEN, 2011a. p. 17, grifo nosso).

A proeminência da face executiva do poder político como um todo<sup>40</sup> aponta para o fato de que ao invés de razão e norma o que há é contingência e exceção, ao invés de direito, anomia. O que está aqui posto é a percepção de que o direito é decisão, na medida em que aquilo que não é lei, mas tem força de lei, convive com a norma em suspensão. Uma jurisprudência autorreferente é um exemplo de como o estado de exceção pode se materializar concretamente para além da visão exclusiva do Poder Executivo.

### 1.3.1.2. *Uma teoria geral*

Outra relevante distinção diz respeito ao conceito de estado de exceção como uma teoria geral que **não se confunde com modelos estáticos ou legalmente prescritos, tais como a ditadura, o estado de**

---

<sup>40</sup> Se a crítica de Agamben se restringisse a esse aspecto a reação imediata a exceção seria a preservação ou o resgate da separação dos poderes numa perspectiva institucional, o que equivaleria a defesa da retomada da teoria liberal dos pesos e contrapesos. Não é a essa concepção – ainda refém do modelo liberal – que Agamben conduz, mas a uma crítica muito mais radical da tradição política ocidental que nos impele a indagação sobre o futuro das democracias de massa.

**sítio ou o próprio estado de exceção.** Investigar o modo de funcionamento da máquina jurídico-política, deve exceder a mera menção a um direito especial, tal como o direito da guerra. Seu desenvolvimento teórico atinge uma dimensão mais estrutural, que exige a retomada do conceito de Estado ou mesmo de direito, pois o estado de exceção “enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar ou seu conceito-limite” (AGAMBEN, 2011a, p. 15).

O filósofo italiano aponta a confusão feita por Schmitt entre ditadura e exceção como o que lhe impediu de resolver as aporias da teoria. Isso porque, “o estado de exceção não se define, segundo o modelo ditatorial, como uma plenitude de poderes, um estado pleromático do direito, mas, sim, como um estado kenomático, um vazio e uma interrupção do direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 75). Assim, os Estados totalitários do século XX não devem ser compreendidos como uma ditadura, já que nem Hitler nem Mussolini tomaram o poder de forma ilegal, mas permitiram que a constituição vigorasse em suspensão. O paradigma que determinou tais governos

foi sutilmente definido como “Estado dual” – a constituição legal de uma segunda estrutura, amiúde não formalizada juridicamente, que podia existir ao lado da outra graças ao estado de exceção. O termo “ditadura” é totalmente inadequado para explicar o ponto de vista jurídico de tais regimes, assim como, aliás, a estrita oposição democracia/ditadura é enganosa para uma análise dos paradigmas governamentais hoje dominantes (AGAMBEN, 2011a, p. 76).

O mais autêntico e obscuro paradigma genealógico do estado de exceção para Agamben seria o *iustitium*<sup>41</sup> romano. O *iustitium* não podia

---

<sup>41</sup> Agamben dedica um capítulo para tratar do *iustitium*, um instituto do direito romano que significa literalmente “interrupção, suspensão do direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 68), isto é, não se suspendia a mera administração da justiça, mas o direito como um todo para o enfrentamento do *tumultus*: “Quando tinha notícia de alguma situação que punha em perigo a República, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia aos cônsules (ou a seus substitutos em Roma, *interrex* ou pró-cônsules) e, em alguns casos, também aos pretores e aos tribunos da plebe e, no limite, a cada cidadão, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado [...]. Esse *senatus-consulto* tinha por base um decreto que declarava o *tumultus* (isto é, a situação de emergência em Roma, provocada por uma guerra externa, uma

ser compreendido pela referência à ditadura, mas tratava-se da interrupção e suspensão da própria ordem jurídica. Na medida em que não se trata de um estado de direito, mas de um estado sem direito, os atos cometidos nesse vazio escapam a toda determinação jurídica. Ele afirma que caso “se quisesse, a qualquer preço, dar um nome a uma ação realizada em condições de anomia, seria possível dizer que aquele que age durante o *iustitium* não executa nem transgredir, mas inexecuta o direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 78).

A referência ao estado de exceção permite a Agamben explorar os benefícios de trabalhar com um conceito-limite<sup>42</sup>. Eis que “Um dos paradoxos do estado de exceção quer que, nele, seja impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução” (AGAMBEN, 2010a, p. 62).

### 1.3.1.3. *Um produto da tradição democrática.*

A história do desenvolvimento do estado de exceção é sugestiva não só pelo seu desprendimento da situação de guerra, mas, sobretudo, por que “o estado de exceção moderno é **uma criação da tradição democrático-revolucionária e não da tradição absolutista**” (AGAMBEN, 2011a, p. 16, grifo nosso).

Importa considerar que não foi o nazismo que criou os campos de concentração, mas eles foram frutos da lei marcial e do estado de exceção proclamados na vigência de governos social-democráticos. As medidas protetivas destinadas a preservar a segurança do Estado e que autorizavam o internamento foram tomadas no âmbito do estado de sítio.

Mais uma vez, o que se evidencia é a escusa continuidade entre democracia e totalitarismo.

### 1.3.1.4. *Uma deslocalização*

O estado de exceção transcende a oposição topográfica (dentro/fora). “Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura

---

insurreição ou uma guerra civil) e dava lugar, habitualmente, à proclamação de um *iustitium*” (AGAMBEN, 2011a, p. 106).

<sup>42</sup> Schmitt afirma que “O conceito-limite não é um conceito confuso, como na feia terminologia da literatura popular, mas um conceito da esfera extrema; isso quer dizer que sua definição não se encaixa num caso normal, mas sim num caso limite. O fato de se entender o Estado de exceção como um conceito genérico da doutrina de Estado, e não como qualquer situação emergencial ou Estado de sítio [...]” (SCHMITT, 1996, p. 88).

topológica do estado de exceção” (AGAMBEN, 2011a, p. 57). **Não é nem fato, como o supõe a teoria da necessidade, e nem direito.** Ele diz respeito à suspensão total ou parcial da própria ordem jurídica de modo que não lhe é nem interior, nem exterior,

o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam [...]. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou de sua deslocalização) (AGAMBEN, 2011a, p. 39).

Nessa linha, é um equívoco considerar o estado de exceção como uma esfera contra a qual luta o Estado de direito. A exceção é aquilo que se mantém não em oposição, mas em complementariedade com o direito. A anomia funda o direito e com ele mantém uma necessária relação.

Outra delimitação negativa encontra-se na tese da necessidade. O estado de exceção não é uma questão de fato e de domínio de um estado de necessidade como o faz grande parte da teoria do direito público. A “contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania” (AGAMBEN, 2011a, p. 11) já tinha sido identificada por Schmitt, mas é ainda em larga medida negada como um “genuíno problema jurídico”, perdendo-se nas malhas incertas do político e do jurídico. Para Agamben, “É essa terra de ninguém entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida” que se insere a sua pesquisa (AGAMBEN, 2011a, p. 12), abrindo, talvez, o espaço para se responder à pergunta: “o que significa agir politicamente?” (AGAMBEN, 2011a, p. 12).

Para a tradição jurídica que reconhece a necessidade como o fundamento do estado de exceção, o adágio latino *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei) permite que o juízo sobre a existência do estado de necessidade confira legitimidade ao estado de exceção. Esse brocardo deve ser compreendido “em dois sentidos opostos: ‘a necessidade não reconhece nenhuma lei’ e ‘a necessidade cria sua própria lei’” (AGAMBEN, 2011a, p. 40).

A teoria da necessidade esteve sempre associada ao desaparecimento da obrigatoriedade, ao poder de tornar lícito o ilícito, de forma que a teoria da necessidade coincide com a teoria da exceção, pois a “necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular da aplicação literal da norma” (AGAMBEN, 2011a, p. 41).

Essa situação se altera com os modernos que passam a assegurar a teoria da necessidade uma relação mais próxima com a ordem jurídica a ponto de, com Santi Romano, assumir a radicalidade de identificar a necessidade como o mais originário fundamento da lei.

o estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se pois – ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional – como uma medida "ilegal", mas perfeitamente "jurídica e constitucional", que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica) (AGAMBEN, 2011a, p. 44).

Para Santi Romano, a fonte do direito é a necessidade e, mesmo que a lei seja a mais perfeita manifestação da norma jurídica, não coincide com ela. Assim, uma situação que decorra da necessidade, ainda que se apresente como ilegal do ponto de vista do Estado, não é antijurídica. Isso porque o direito, para ele, é determinado pelo ser e não pelo dever ser (ROMANO, 2008). Mas a aporia identificada por Agamben

contra a qual fracassa, em última instância, toda a teoria do estado de necessidade, diz respeito à própria natureza da necessidade, que os autores continuam, mais ou menos inconscientemente, a pensar como uma situação objetiva (AGAMBEN, 2011a, p. 46).

Daí o mérito de Schmitt de reconhecer que, no limite, o direito é decisão. A discussão em torno do conceito de necessidade e seu significado político controverso pode ser compreendido a partir da afirmação de Schmitt:

Em geral, não se briga por causa de um conceito, pelo menos não na história da soberania. Briga-se por causa da sua aplicação concreta, e isso significa brigar para saber quem toma as decisões em caso de conflito, para saber no que se constitui o interesse público ou estatal, a segurança e a ordem públicas, *le salut public* etc. [...]. Não se pode determinar com clareza precisa quando ocorre um caso emergencial, como também não se pode enumerar o que pode ser feito nesses casos, quando

se trata realmente de um caso emergencial extremo que deva ser eliminado [...]; assim se evidenciará claramente quem é o soberano. Ele não só decide sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo (SCHMITT, 1996, p. 88).

Nesse sentido, a necessidade muito antes de uma pretensa existência objetiva é fundamentalmente decisão. Para Schmitt, nem a norma e nem o fato são determinantes e a decisão é que se configuraria como um elemento puro, já que, encarada “normativamente, a decisão nasceu do nada” (SCHMITT, 1996, p. 106) e partindo do fato é central não existirem decisões meramente declaratórias. A objetividade é o limite no qual esbarra a teoria da necessidade. Schmitt, porém, mostra a sua verdadeira face e mostra o seu fundamento mais profundo, a decisão pura.

Agamben ainda assevera que “não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo indecível de fato e de direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 47). Assim, para Agamben,

são falsas todas aquelas doutrinas que tentam vincular diretamente o estado de exceção ao direito, o que se dá com a teoria da necessidade como fonte jurídica originária, e com a que vê no estado de exceção o exercício de um direito do Estado à própria defesa ou a restauração de um originário estado pleromático do direito (os "plenos poderes") (AGAMBEN, 2011a, p. 78-79).

O estado de exceção também não é o exercício de um direito ou uma configuração específica de direito que se amolde à necessidade, mas uma ausência de direito. Nesse vértice, é possível identificar a perda da distinção entre o público e o privado. No vazio de direito que a exceção expõe não há mais como distinguir direita e esquerda, público e privado e as tradicionais categorias políticas perdem a sua inteligibilidade.

Isso já está apresentado pelo *iustitium*, na medida em que ele “parece questionar a própria consistência do espaço público; porém, de modo inverso, a do espaço privado também é imediatamente neutralizada” (AGAMBEN, 2011a, p. 76). No âmbito de uma economia autorreferencial instaurada pela exceção a única lógica que subsiste é a lógica econômica. Afinal, a exceção refere-se a um processo no qual o impolítico (vida nua) se politiza e o político se “economiciza”, de sorte



que a economia política é erigida como referência de toda a comunidade política, transformada numa grande *oikos*.

### 1.3.1.5. Pertencimento ao âmbito do direito constitucional

A teoria do estado de exceção **pertence ao direito constitucional e não ao direito penal**. Agamben, tomando como ponto de análise o *iustitium*, mostra que a ordem jurídica como um todo é posta em questão durante o estado de exceção. Este se apresenta como uma forma de legítima defesa do Estado, sendo que não apenas uma parcela do ordenamento, mas todo o direito é aglutinado pela excepcionalidade que o funda.

A existência de um duplo nível de legalidade jurídico-penal<sup>43</sup>, como marca do delito político não pode, nesse sentido, constituir senão um dos desdobramentos da exceção, mas não compreende a amplitude que ela envolve. Segundo Agamben, na exceção é impossível distinguir entre o irmão e o inimigo e a guerra civil tende a coincidir com a guerra global que toma a forma do terrorismo, não apenas do terrorismo que confronta o Estado, mas também o promovido pelo próprio Estado (AGAMBEN, 2015b). Agamben demonstra a aproximação do estado de exceção com a guerra civil, a insurreição e a resistência:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos

---

<sup>43</sup> A ideia de um duplo nível de legalidade foi formulada por Mario Sbriccoli e desenvolvida por Massimo Meccarelli, que destaca a “incompatibilidade entre o horizonte da legalidade e o direito penal político” (MECCARELLI, 2009, p. 1). Esse duplo registro de legalidade refere-se às normas que se excepcionam à lei penal ordinária numa lógica mais sistemática que emergencial a fim de que o Estado se defenda do inimigo dito público (MECCARELLI, 2009). Nesse sentido, há uma legislação penal ordinária que convive com as excepcionais medidas tomadas em face do inimigo e do terrorista.

Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos (AGAMBEN, 2011a, p. 13).

Não há, pois, um duplo registro de legalidade na medida em que os limites entre a regra e a exceção já não podem mais ser traçados com precisão. O inimigo que ameaça de fora o Estado não pode ser definido, pois já não há dentro e fora e todos tornam-se virtualmente *homines sacri*.

### 1.3.1.6. *Lacuna fictícia*

O estado de exceção **não se confunde com as lacunas do direito**. Não se refere à ausência de normas para regular uma situação de fato que o juiz deve corrigir, por meio do recurso a expedientes previstos pelo direito positivo como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

A lacuna que se abre pela exceção é fictícia e decorre da separação entre a norma e a sua aplicação. Enquanto a lacuna diz respeito a “carência no texto legislativo” (AGAMBEN, 2011a, p. 48), a suspensão do direito possibilitada pela exceção concerne a carência de normalidade do fato. Afinal, o estado de exceção é a figura que se estabelece quando a normalidade está comprometida. Se a norma pressupõe normalidade, a exceção abre o vazio na ordem jurídica e permite que medidas sejam adotadas para retomar a situação de normalidade, na qual o direito torna-se aplicável. Por isso, a “lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação” (AGAMBEN, 2011a, p. 48).

Trata-se, pois, de um vazio que se produz, uma anomia induzida. Mas quando a anomia deságua para além das fronteiras do caso excepcional e inunda o império do direito, o totalitarismo mostra a sua face. A fim de que a democracia seja preservada, medidas antidemocráticas são adotadas. Esse fenômeno paradoxal é representado pelo caso nazista: assim que o poder lhe foi entregue, Hitler suspendeu – pela promulgação de um decreto nunca revogado – os artigos referentes às liberdades individuais na Constituição Alemã, instituindo um estado de exceção que durou doze anos: o Terceiro Reich (AGAMBEN, 2011a).

### 1.3.2. **Máquina jurídico-política**

Desembaraçando de todos os particularismos que mais servem a uma investigação histórica do que filosófica, o que resta de elemento constitutivo do estado de exceção, mais que a indefinição entre os poderes

do Estado, é a força de ~~lei~~ que se traduz por uma lei que vige, mas não significa e pela aplicação sem vigência. Ambas afirmando um núcleo de suspensão da ordem jurídica para assegurar a sua existência. É uma lacuna fictícia que se abre no campo do direito público “com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal” (AGAMBEN, 2011a, p. 48).

A força de ~~lei~~ pode ser vislumbrada a partir da distinção apresentada por Schmitt entre normas de direito e normas realização do direito na caracterização da ditadura comissária. Isso porque, o estado de exceção radicaliza a separação entre a norma e sua aplicação.

Ele 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 tem valor de lei adquirem sua "força". No caso extremo, pois, a 'força-de-lei' flutua como um elemento indeterminado [...] 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~~). (AGAMBEN, 2011a, p. 61).

O conceito “força-de-~~lei~~” representa exatamente essa separação entre lei em sentido formal e a aplicação da lei. Esse conceito autoriza que atos que não sejam lei adquiram sua força. Assim, mais que a confusão entre os poderes, é o desprendimento da “força-de-~~lei~~” da lei e que flutua para ser reivindicada seja pela autoridade estatal, seja por forças revolucionárias. O que resta, quando o estado de exceção se torna a regra é a pura “força-de-~~lei~~” que manifesta o não-lugar da exceção:

como se a suspensão da lei liberasse uma força ou um elemento místico, uma espécie de mana jurídico [...], de que tanto o poder quanto seus adversários, tanto o poder constituído quanto o poder constituinte tentam apropriar-se. A força-de-lei separada da lei, o imperium flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a ideia de uma espécie de "grau zero" da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência e apropriar-se do estado de exceção ou, no mínimo, assegurar-se uma relação com ele (AGAMBEN, 2011a, p. 79-80).

De outro lado, a vigência sem significado da lei ou a lei que vige como simples forma é representada pela suspensão da ordem jurídica. Agamben aponta as dificuldades das pesquisas nesse campo, já que as pesquisas de Hannah Arendt sobre a condição humana não se referiram diretamente ao fenômeno do totalitarismo<sup>44</sup> e Foucault não avançou nos estudos da biopolítica para chegar até sua máxima expressão, o campo de concentração.

A relação de bando, como estrutura da *arché*, não apenas na tradição jurídico-política, mas também na ontologia não pode ser ignorada. A máquina jurídico-política do Ocidente em sua articulação entre lei e anomia, *autoritas* e *potestas*, é operado pelo estado de exceção. Decisivo, porém, é o seu desenvolvimento moderno, “quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e de indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal” (AGAMBEN, 2011a, p. 131)

Agamben retoma a tese schmittiana do soberano como aquele que decide sobre o estado de exceção para destacar o problema genuinamente jurídico que lhe envolve, não se tratando de uma mera questão de fato ou pertencente ao campo do estado de necessidade.

Agamben destaca o processo de transformação do papel do Parlamento nas democracias por meio da atribuição de plenos poderes ao Executivo, não apenas de forma excepcional, mas sistemática. Esse processo, que teria passado a assumir o estatuto de técnica de governo por meio da necessidade e urgência tornadas constantes, delega ao Executivo um poder legislativo que teria sido progressivamente sendo destituído do parlamento. A atuação do Parlamento como mero ratificador dos decretos executivos com força de lei, teria se tornado comum, evidenciando que “uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo” (AGAMBEN, 2011a, p. 19).

As teses fundamentais da doutrina do estado de exceção são apresentadas por Agamben conforme desenvolvido por Schmitt nos livros “A ditadura” de 1921 e “Teologia política” de 1922, cuja relação deve ser compreendida como a tentativa de inscrição do estado de exceção no direito. Em *Teologia política*, o problema da exceção se apresenta como

---

<sup>44</sup> Essa não é uma leitura dominante acerca da *Condição Humana* de Hannah Arendt. Celso Lafer, no posfácio à 10ª edição, afirma a continuidade das obras *As origens do totalitarismo* e *A condição humana*.

o problema da soberania. No primeiro livro, por sua vez, o estado de exceção aparece sob a forma da ditadura, a partir da qual “distinguem-se a ‘ditadura comissária, que visa a defender ou a restaurar a constituição vigente, e a ‘ditadura soberana’, na qual, como figura da exceção, ela alcança, por assim dizer, sua massa crítica ou seu ponto de fusão” (AGAMBEN, 2011a, p. 53). A ditadura comissária ou constitucional é temporária e é concebida com um meio para assegurar a ordem constitucional. Por seu turno, a ditadura soberana ou inconstitucional é permanente, vez que se revela com um fim em si mesma.

A distinção schmittiana entre ditadura comissária e ditadura soberana não suprime o “círculo vicioso segundo qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam a sua ruína” (AGAMBEN, 2011a, p. 20).

Analisando o tratamento de Schmitt e Rossiter acerca do estado de exceção, Agamben identifica o estado de exceção com a ditadura constitucional e o problema de sua proximidade da ditadura soberana. A diferença que Schmitt já teria identificado, somente de grau e não de espécie, afirma o temor do próprio Rossiter de que essas práticas temporárias se tornem regra. O

fim da República de Weimar mostra, ao contrário e de modo claro, que uma ‘democracia protegida’ não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente a instauração de um regime totalitário (AGAMBEN, 2011a, p. 29).

Determinante é que a indução à emergência e à exceção transcendeu o argumento estritamente bélico e assumiu cada vez mais uma feição econômica, certificando a passagem da guerra à economia. A Primeira Guerra mundial concebida como um estado de exceção permanente continua presente, mas transita para a esfera da economia. Nesse sentido, “é significativo que a emergência militar então desse lugar à emergência econômica por meio de uma assimilação implícita entre guerra e economia” (AGAMBEN, 2011a, p. 26). E assim,

sob a pressão do paradigma do estado de exceção, é toda a vida político-constitucional das sociedades ocidentais que, progressivamente, começa a assumir uma forma que, talvez, só hoje tenha

atingido seu pleno desenvolvimento (AGAMBEN, 2011a, p. 27).

A abertura e suspensão do direito é em grande medida determinada pelo discurso da segurança, revelando a tendência “em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo” (AGAMBEN, 2011a, p. 27-28).

A história do artigo 48 da Constituição de Weimar é um grande exemplo, já que em várias ocasiões “o governo usou o artigo 48 para enfrentar a queda do marco, confirmando a tendência moderna de fazer coincidir emergência político-militar e crise econômica” (AGAMBEN, 2011a, p. 29).

Se anteriormente era a salvaguarda da segurança e da ordem pública que justificavam que os direitos fundamentais fossem suspensos, o desenvolvimento do estado de exceção passa a estar fundamentado na salvaguarda da própria Constituição, isto é, a suspensão da Constituição para a sua própria garantia. A teoria do estado de exceção no plano democrático esteve amparada ou no texto da própria constituição, ou num pretense direito de necessidade, ou, ainda “sobre uma lacuna do direito que deve ser preenchida por disposições excepcionais [o que] mostra que a teoria do estado de exceção não é de modo algum patrimônio exclusivo da tradição antidemocrática” (AGAMBEN, 2011a, p. 30).

A Primeira Guerra teria dado início “a generalização dos dispositivos governamentais de exceção” (AGAMBEN, 2011a, p. 33). Mas a transição da exceção bélica para a emergência econômica se deu por meio do recurso à emergência seja no período da grande depressão nos EUA, seja em relação a queda do marco alemão, com o uso do linguajar da guerra. O paralelismo entre a emergência militar e a emergência econômica caracteriza a política no século XX e essa transição foi autorizada pelo vocabulário da crise.

Para Agamben, a tradição jurídica se divide entre aqueles que “procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico e aqueles que o consideram exterior a esse ordenamento” (AGAMBEN, 2011a, p. 38)<sup>45</sup>. Os que o consideram pertencente à ordem jurídica assim

---

<sup>45</sup> Agamben mostra que embora do ponto de vista formal o estado de exceção exista em todos os ordenamentos, há uma dualidade nas Constituições no que reputa a previsão ou não do estado de exceção. Para Schmitt, trata-se de uma pretensão inócua regulamentar o que necessariamente lhe escapa.

o fazem por compreender a necessidade como fonte autônoma do direito, ou por o compreenderem como uma espécie de direito subjetivo, como parte do direito do estado à autoconservação. Outros consideram o estado de exceção como exterior ao direito, já que a necessidade no qual se funda é extrajurídica.

Agamben parte do debate entre Benjamin e Schmitt, iniciado com a publicação do ensaio benjaminiano “crítica da violência: crítica do poder”, no qual Benjamin pretende invocar uma violência fora do direito, muito próxima a ideia de uma greve geral soreliana. É a figura de uma terceira violência, que rompesse com a dialética entre violência instituidora e violência mantenedora do direito, que Benjamin remete denominando-a de violência pura, ou divina. Trata-se de uma autêntica violência revolucionária, que não se presta a instituir ou conservar, mas depor o direito.

Schmitt responde num sentido diverso, ele tenta inscrever a exceção no direito através da figura da decisão soberana sobre a exceção. O que Benjamin faz é justamente mostrar que a separação entre o poder soberano e o seu exercício impede que o soberano decida e à impossibilidade de se distinguir norma e exceção só resta a violência, ou, a força ~~de lei~~.

o que é igualmente essencial para a ordem jurídica é que essa zona [...] coincide com uma figura extrema e espectral do direito, em que ele se divide em uma pura vigência sem aplicação (a forma de lei) e em uma aplicação sem vigência: a força de lei (AGAMBEN, 2011a, p. 93).

O que fica exposto, assim, é a secreta solidariedade entre anomia e direito<sup>46</sup>, o fato de que é a força e não a norma o seu fundamento mais íntimo.

É como se o universo do direito [...] se apresentasse, em última instância, como um campo de forças percorrido por duas tensões conjugadas e opostas: uma que vai da norma a anomia e a outra

---

<sup>46</sup> Agamben argumenta que “Esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios, assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela devesse manter-se necessariamente em relação com uma anomia” (AGAMBEN, 2011a, p. 79).

que, da anomia, leva a lei e a regra. Daqui resulta um duplo paradigma que marca o campo do direito com uma ambiguidade essencial: de um lado, uma tendência normativa em sentido estrito, que visa a cristalizar-se num sistema rígido de normas cuja conexão com a vida é, porém, problemática, senão impossível (o estado perfeito de direito, em que tudo é regulado por normas); de outro lado, uma tendência anômica que desemboca no estado de exceção ou na ideia do soberano como lei viva, em que uma força de lei privada de norma age como pura inclusão da vida (AGAMBEN, 2011a, p. 110-111).

O célebre artigo 48, §2º da Constituição do Reich alemão de 11 de agosto de 1919 (Constituição de Weimar) tornou-se emblemático, já que desnuda o paradoxo de sua fundamentação: pela salvaguarda da constituição esta se vê suspensa.

O presidente do Reich pode, caso a segurança pública e a ordem sejam gravemente perturbadas ou ameaçadas, tomar as decisões necessárias para o restabelecimento da segurança pública, se necessário com o auxílio das forças armadas. Com este fim pode provisoriamente suspender (*ausser Kraft setzen*) os direitos fundamentais contidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 (*apud* AGAMBEN, 2011a, p.174).

A confusão efetuada não apenas pela teoria, mas pela prática política do Ocidente, no sentido que fazer coincidir *auctoritas* e *potestas* na figura da soberania foi percebida por Carl Schmitt. No âmbito do direito privado, a *auctoritas* deriva de *augeo* e de autor, referindo-se aquilo que não apenas aperfeiçoa, mas dá origem a um ato, tal como a *auctoritas* do tutor que confere validade jurídica ao ato do incapaz. Trata-se justamente daquela “força” que lança o ato no mundo jurídico atribuindo-lhe validade.

A *auctoritas* pertence a tradição biopolítica e a *potestas* a jurídica. Na esfera do direito público, a *auctoritas* representava a prorrogativa do Senado romano de ratificar as decisões populares. Apresenta-se como o outro sujeito, isto é, uma terceira instância que condiciona a juridicidade, pois a “validade jurídica não é um caráter originário das ações humanas, mas deve ser comunicada a elas por meio de um ‘poder que confere



legitimidade” (AGAMBEN, 2011a, p. 121).

A *potestas*, por sua vez, concerne ao poder jurídico pertencente aos magistrados e ao povo. “*Auctoritas* e *potestas* são claramente distintas e, entretanto, formam juntas um sistema binário” (AGAMBEN, 2011a, p. 120). A *auctoritas* aparece como o poder que confere legitimidade, ela “parece agir como uma força que suspende a *potestas* onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor. É um poder que suspende e reativa o direito, mas não tem vigência formal como direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 121). O que Agamben apresenta como conclusão provisória é que

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica de *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *auctoritas* (AGAMBEN, 2011a, p. 130).

A máquina jurídico-política, compõe-se dessa dupla polaridade que se articula por meio da exceção que mantém indefinidos o direito e a anomia, o jurídico e o biopolítico, a *potestas* e a *auctoritas*, vigência da lei e força de lei, poder constituído e poder constituinte. A exceção que ocupa o centro da máquina é vazio, mas tão eficaz quanto fictício e o destino desse processo é a guerra civil mundial.

Superadas essas questões, emerge a tese central de que o fenômeno do estado de exceção não pode ser devidamente compreendido senão pela sua identificação como paradigma ou técnica de governo, sendo o governo compreendido como “modo de funcionamento do aparato biopolítico do nosso tempo” (AGAMBEN, 2014a, p. 24).

A teoria do estado de exceção não é um objetivo em si, mas deve se inscrever no contexto das tecnologias de governo (AGAMBEN, 2014a). A advertência é de que exceção tende a se tornar uma prática normalizada em função do clima generalizado de insegurança, garantindo a permanência de um fenômeno transitório. Eis o ápice da crise política. A tese de que o estado de exceção, destinado a se limitar no espaço e no tempo, converte-se em técnica de governo, impele a uma busca estrutural da configuração do próprio governo. Essa busca será objeto da obra *O reino e a glória*, tema do tópico seguinte.

#### 1.4. TEOLOGIA POLÍTICA E TEOLOGIA ECONÔMICA

“Todos os conceitos expressivos da moderna doutrina do Estado são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 1996, p. 109).

Constatar que o estado de exceção se tornou o modo habitual do governo na atualidade exigiu de Agamben uma investigação sobre a natureza e estrutura dessa forma de governo na qual se inscreve a exceção. Em *O reino e a glória*, Agamben desenvolve precisamente a genealogia teológica da economia e do governo, reconstruindo a história do paradigma teológico-econômico do qual deriva “a biopolítica moderna até o atual triunfo da economia e do governo sobre qualquer outro aspecto da vida social” (AGAMBEN, 2011b, p. 13).

A hegemonia da *oikonomia* sobre a política na contemporaneidade está tematizada aqui. A gestão da vida, dos homens e das coisas desde uma racionalidade econômica já se mostrava problematizada desde a sua primeira obra, *O homem sem conteúdo*, no qual Agamben mostra como a relação entre *poiesis* e *práxis*, potência e ato, tendeu à convergência.

Segundo a opinião corrente, todo fazer do homem – tanto o do artista e do artesão quanto o do operário e do homem político é *práxis*, isto é, manifestação de uma vontade produtora e de um efeito concreto. O fato de que o homem tenha sobre a terra um estatuto produtivo significaria, então, que o estatuto de sua habitação na terra é um estatuto prático (AGAMBEN, 2013d, p. 117).

A esfera pública, da liberdade e da verdade representada pela *poiesis* estava separada da esfera privada e da necessidade, exposta pela *práxis*, cujo princípio é a vontade e que erige o trabalho à condição de valor central da atividade humana (CASTRO, 2013). Agamben, a partir de Hannah Arendt, afirma que tal ascensão do trabalho inicia-se com Locke, quando este “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 com Marx, que faz dele a expressão da humanidade mesma do homem” (AGAMBEN, 2013, p. 120). É resultante a vitória do *animal laborans* que perpassa a investigação. Marx, ao afirmar que a produção humana é também autoprodução coloca o trabalho e não a racionalidade como qualificador do humano.

Hannah Arendt descreve as três atividades que compõem a *vita*

*activa*: o labor, o trabalho e a ação. A primeira condição humana, a do labor, concerne à própria vida humana em sua dimensão biológica e suas necessidades vitais, sua finalidade é assegurar a sobrevivência. O trabalho refere-se às criações humanas que permitem que o homem mantenha uma relação artificial com o mundo que o circunda, assegurando-lhe a permanência e durabilidade, seu produto é o artefato. A “condição humana do trabalho é a mundanidade” (ARENDDT, 1999, p. 15). Mas a única atividade propriamente humana é a ação como atividade política por excelência, que faz do homem capaz de história.

A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde a condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na terra e habitam no mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non*, mas a *conditio per quam* – de toda vida política (ARENDDT, 1999, p. 15).

O equívoco na tradução latina em tomar o político como social<sup>47</sup>, teve sua consumação com o Estado moderno, no qual a decisiva divisão entre o público e o privado é definitivamente suplantada pela emergência do social, que constitui a expansão da figura doméstica nacional.

O pensamento científico que corresponde a essa nova concepção já não é a ciência política e sim a <<economia nacional>> ou a <<economia social>> ou, ainda, a *Volkswirtschaft*, todas as quais indicam uma espécie de <<administração doméstica coletiva>>; o que chamamos de <<sociedade>> é o conjunto de famílias economicamente organizadas de modo a constituírem o fac-símile de uma única família sobre-humana, e sua forma política de organização é denominada <<nação>> (ARENDDT, 1999, p. 37-38).

---

<sup>47</sup> Hannah Arendt menciona o equívoco da antiga tradução do *zoon politikon* de Aristóteles como *animal socialis* e que teria sido aceita como tradução consagrada: “o homem é, por natureza, político, isto é, social” (ARENDDT, 1999, p. 32).

Nesse sentido, o próprio termo “economia política” seria uma contradição em termos na Antiguidade, na medida em que tenta conjugar dois elementos necessariamente opostos. Nem o econômico pode se relacionar com a política e nem a política pode se relacionar com a economia sem se anular, afinal, Agamben assevera que para Aristóteles a economia “se distingue da política, assim como a casa (*oikia*) se distingue da cidade (*pólis*)” (AGAMBEN, 2011b, p. 31).

O reino da liberdade, da *pólis*, se opunha ao reino da liberdade, da *oikos*. Hannah Arendt ao justificar essa distinção em *A condição humana* mostra que na Antiguidade grega, essa distinção correspondia às duas esferas: a esfera privada e a esfera pública. A esfera privada referente ao campo da necessidade e da economia, voltada apenas para a sobrevivência e a esfera pública, terreno da liberdade, da publicidade e do discurso. Hannah Arendt trata do social e da sociedade de massas apontando a indistinção entre o privado e o público, na qual se tem uma economia política, incoerente em seus próprios termos e que transpõe a lógica econômica da casa a toda a sociedade.

Nesse sentido, o terreno da necessidade, da subsistência, do *animal laborans* estende-se a toda a sociedade, delineando o que mais tarde Foucault abordaria desde o ponto de vista do que ele chama de biopolítica. Esse é o sentido do advento do social na modernidade, na qual “as duas esferas constantemente recaem uma sobre a outra como ondas no perene fluir do próprio processo da vida” (ARENDR, 1999, p. 42-43).

Agamben aborda a primazia do econômico e procura identificar a razão pela qual “o poder foi assumindo, no Ocidente, a forma de uma *oikonomia*, ou seja, de um governo dos homens” (AGAMBEN, 2011b, p. 9). O autor retoma as investigações foucaultianas da governabilidade ampliando o horizonte de sua investigação para o âmbito da teologia cristã medieval dos primeiros séculos. Desdobramento da teologia econômica é a visão da história como um desenrolar não político, mas econômico.

A economia é uma preocupação recorrente em Agamben, que a aborda de forma mais direta em *O reino e a glória* e *Altíssima pobreza*. O autor pretende pensar o homem como um ser sem obra e como sujeito sem tarefas a cumprir<sup>48</sup>. Isso não significa que o ser humano seja

---

<sup>48</sup> Nesse sentido é que se assenta a perspectiva ética de Agamben. Em *A comunidade que vem*, no tópico sobre a ética ele afirma: “O fato do qual deve partir todo discurso sobre a ética é que o homem não é nem há de ser ou realizar nenhuma essência, nenhuma vocação histórica ou espiritual, nenhum destino

desprovido de fundamento, como seria a perspectiva de Foucault. Para Agamben, trata-se de um fundamento paradoxal, em aberto, em potência, cuja potência só se realiza no comum. Ela se executa na linguagem e depende da comunicação com o outro, não o tipo de comunicação democrático-espetacular que pretende promover um suposto consenso. A experiência linguística a que Agamben faz referência não se confunde com uma pretensa razão comunicativa, mas refere-se a uma experiência da linguagem e, portanto, do próprio pensamento. Afinal, em última instância, a linguagem é a morada da potência.

A captura daquilo que é constitutivo do humano como um ser sem obra é um dos produtos centrais do capitalismo e o que o torna improfanável<sup>49</sup>. Ele atinge o que permite ao humano produzir a história. Esse é o desfecho da primazia do econômico. A economia apresenta apenas a tarefa a cumprir, a antítese do ser sem obra. O ser sem obra, em potência, é o único capaz de história, política e ética.

#### **1.4.1. Assinaturas teológicas no paradigma governamental**

Um dos autores fundamentais para a autocompreensão ocidental foi Max Weber. A partir dele boa parte da tradição filosófica compreende a história do Ocidente na perspectiva de um processo de secularização, isto é, de desencantamento do mundo. Agamben mostra que essa secularização não significa o fim da teologia, mas a transposição de seus conceitos e categorias para a esfera secular. Não há, portanto, uma desteologização, ao contrário, “a teologia continua presente e atuante no moderno de maneira eminente” (AGAMBEN, 2011b, p. 16). Trata-se de uma remissão do político ao teológico, que funciona como uma assinatura, uma insígnia que não deixa de identificar um pertencimento

ou seja, algo que, em um signo ou conceito, marca-os e excede-os para remetê-los a determinada interpretação ou determinado âmbito, sem sair,

---

biológico. Somente por isso algo como uma ética pode existir: pois é claro que se o homem fosse ou tivesse que ser esta ou aquela substância, este ou aquele destino, não haveria nenhuma experiência ética possível – haveria apenas tarefas a realizar” (AGAMBEN, 2013, p. 45).

<sup>49</sup> Ainda que essa conclusão remeta a um aparente pessimismo, Agamben toma um percurso distinto daquele que identifica na atualidade a expropriação de algo que deve ser retomado. Se por um lado a sociedade do espetáculo nos expropriou do comum, por outro, ela nos permite a experiência da linguagem enquanto tal, uma autêntica experiência linguística que resta inventar e profanar.

porém, do semiótico, para constituir um novo significado ou um novo conceito. As assinaturas transferem e deslocam os conceitos e os signos de uma esfera para outra (nesse caso, do sagrado para o profano, e vice-versa), sem redefini-los semanticamente (AGAMBEN, 2011b, p. 16).

O reconhecimento das assinaturas teológicas orientou Agamben a defesa de um messianismo que leva à profanação e à definitiva ruptura com a separação entre coisas humanas e divinas. Nesse processo, o método arqueológico de Agamben adequa-se a essa perspectiva de uma potência profanatória reivindicada em sua obra. Isso porque, “a arqueologia é uma ciência das assinaturas, e devemos ser capazes de seguir as assinaturas que deslocam os conceitos ou orientam sua interpretação para âmbitos diversos” (AGAMBEN, 2011b, p. 128).

Nesse sentido, a fim de apresentar a governabilidade moderna como uma secularização do providencialismo teológico, que sai da esfera divina e se desdobra integralmente na história humana, o filósofo italiano demonstra os dois registros nos quais se inscreve a tradição ocidental: a teologia política e a teologia econômica. “Os dois paradigmas convivem e entrecruzam-se a ponto de formar um sistema bipolar” (AGAMBEN, 2011b, p 81) que constitui a máquina jurídico-política do Ocidente.

Uma das teses que procurará demonstrar é que da teologia cristã derivam dois paradigmas políticos em sentido amplo, antinômicos, porém funcionalmente conexos: a teologia política, que fundamenta no único Deus a transcendência do poder soberano, e a teologia econômica, que substitui aquela pela ideia de uma *oikonomia*, concebida como uma ordem imanente – doméstica e não política em sentido estrito – tanto da vida divina quanto da vida humana. Do primeiro paradigma derivam a filosofia política e a teoria moderna da soberania; do segundo, a biopolítica moderna até o atual triunfo da economia e do governo sobre qualquer outro aspecto da vida social (AGAMBEN, 2011b, p.13).

Seguindo a interpretação de Antonio Negri, é possível ler *O reino e a glória* como uma articulação de duas investigações complementares. A primeira tematiza o Reino, apontando as relações entre soberania, governo e teologia. A segunda se volta para a Glória, isto é, as formas

modernas da liturgia do poder nas democracias espetaculares.

The first (Il Regno) finishes the operation started by the German philosopher Carl Schmitt, which is the reduction of policy to political theology, and thus is joined coherently to *Stato di eccezione*, however by moving from the analysis of the nature of sovereignty toward the practice of government. The second part (La Gloria) is instead an analysis of “consensus in the modern state,” a phenomenon here assumed in terms of sacred history. And if in the past consensus was inscribed in the forms of “acclamation” and enthusiasm, today it is presented as alienation of/in the states of “democratic” public opinion (NEGRI, 2008, p. 96).

A investigação sobre o “reino” acompanha a trajetória do termo grego *oikonomia* desde sua acepção na Antiguidade grega – “administração da casa”<sup>50</sup> (AGAMBEN, 2011b, p. 31) – até a sua compreensão como gestão das coisas e dos corpos que constitui a governabilidade moderna e a racionalidade econômica autorreferencial na contemporaneidade. A destituição da dimensão ontológica da política é investigada a partir da constituição desse termo nos primeiros séculos da teologia cristã, não no sentido de procurar nesse período um privilégio causal, mas a fim de “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” (AGAMBEN, 2011b, p. 9).

A admissão das pessoas do Pai, do Filho e do Espírito Santo no âmbito de uma religião monoteísta dependeu do desenvolvimento de uma doutrina que preservasse e conciliasse a unidade da substância com a pluralidade do que ficou reconhecido como modos de ser, ou “hipóstases” da divindade. A teologia da trindade se desenvolveu no âmbito da afirmação da igreja contra o paganismo, o politeísmo, a negação da divindade de Cristo pelos monarquianistas ou do Espírito Santo pelos pneumáticos, etc. Dentre tantas controvérsias, a doutrina da trindade

---

<sup>50</sup> Agamben explica que se tratava da organização e disposição das coisas no sentido de conferir ordem, designando, assim, “uma prática e um saber não epistêmico que, em si mesmos, até podem parecer não conformes ao bem e só devem ser julgados no contexto das finalidades que perseguem” (AGAMBEN, 2011b, p. 33)

surge como um símbolo de fé assentado no reconhecimento da unidade de Deus e das três hipóstases divinas: o Pai, o Filho e o Espírito Santo. Tais pessoas apresentam-se não como substância, mas como relação. Segundo Agamben, foi justamente a economia do dispositivo que permitiu compreender as pessoas da trindade desde uma disposição econômica e não como uma fratura ontológica.

No terceiro capítulo de *Teologia política*, Carl Schmitt apresenta a tese segundo a qual “Todos os conceitos expressivos da moderna doutrina do Estado são conceitos teológicos secularizados” (SCHMITT, 1996, p. 109). A polêmica com Peterson<sup>51</sup>, que alega a impossibilidade de uma teologia política, surge dessa afirmação schmittiana. Os teólogos da trindade foram os que, num primeiro momento, negaram com maior vigor a teologia política. A partir deles, Peterson defende a incompatibilidade entre a teologia política e a teologia trinitária. Nesse sentido, na medida em que a teologia trinitária põe fim ao problema político do monoteísmo, algo como uma teologia política só poderia existir no paganismo e no judaísmo que se articulam em torno de uma teocracia (AGAMBEN, 2011b). Agamben, portanto, se coloca ao lado da afirmação de Peterson para dizer que “é dessa tese que partimos contra Schmitt – que a teologia cristã é, desde sua origem, econômico-gerencial e não político-estatal” (AGAMBEN, 2011b, p. 80).

Intriga Agamben que dois autores católicos e “apocalípticos da contrarrevolução” divirjam sobre esse ponto (AGAMBEN, 2011b). Ambos partilhavam a compreensão da história como uma suspensão do *eschaton*. O Reino de Deus ainda não teria chegado porque um evento o retarda. Para Schmitt tal evento condicionante da vinda do Reino é o advento do império, para Peterson, a conversão dos judeus.

Ambos os autores pretendem fundamentar na fé cristã uma política; mas enquanto para Schmitt a teologia política fundamenta a política em sentido mundano, o “agir político” que está em questão em Peterson é, como veremos, a liturgia (remetida ao seu significado etimológico de práxis pública) (AGAMBEN, 2011b, p. 28).

Peterson opõe à teologia política a teologia econômica situada no desenvolvimento do dogma da trindade e o faz apontando o papel

---

<sup>51</sup> Erik Peterson foi um teólogo protestante que se converteu ao catolicismo. Entre 1935 e 1970 Carl Schmitt e Erik Peterson travaram um debate em torno do tema da secularização.



estratégico constante em uma citação do teólogo capadócio do século IV, Gregório di Nazianzo, que diferencia a monarquia de um, da monarquia do Deus trino (AGAMBEN, 2011b). Mas, da mesma citação de Gregório, Schmitt afirma uma tese distinta. A possibilidade de um deus unitrino decorreu da inserção da fratura entre ser e agir de Deus. Essa cisão interna que, num único Deus, dispõe a trindade é tomada por Schmitt como a introdução de uma “teoria da guerra civil (‘uma autêntica estasiologia teológico-política’) no coração da doutrina trinitária e, dessa forma, estaria ainda usando uma paradigma teológico-político, que remete à oposição amigo/inimigo” (AGAMBEN, 2011b, p. 24).

Gregório, porém, afirma que a cisão no ser de Deus é conciliada não por uma guerra interna, mas por uma gestão que se resolve por um paradigma econômico e não político.

O *logos* da “economia” encontra, assim, em Gregório, a função específica de evitar que, através da Trindade, seja introduzida em Deus uma fratura estasiológica, ou seja, política. Dado que também uma monarquia pode ocasionar uma guerra civil, uma *stasis* interna, só o deslocamento de uma racionalidade política para uma “econômica” – no sentido que procuraremos esclarecer – pode proteger contra esse perigo (AGAMBEN, 2011b, p. 26).

Mas há algo mais nesse debate do que o que está claramente apresentado. Se há sempre um não dito em toda obra de pensamento, “compreender o que está reconditadamente em jogo no debate significa esforçar-se para expor o não dito” (AGAMBEN, 2011b, p. 19). Para Agamben, isso significa “compreender a teologia da história a que eles remetem de maneira mais ou menos tácita” (AGAMBEN, 2011b, p. 20).

A investigação sobre a origem da teologia trinitária revelou uma *pudenda origo*, uma origem vergonhosa da teologia, em função da necessária referência a *oikonomia* como dispositivo por meio do qual o dogma da trindade e do governo providencial do mundo adentram na teologia cristã sem entrar em confronto com o monoteísmo. Segundo Agamben, a remoção consciente do termo no horizonte teológico, como o faz Peterson, atestaria essa afirmação (AGAMBEN, 2011b).

O desenvolvimento da teologia trinitária se apresenta a Peterson como uma evidência da impossibilidade de um paradigma político-teológico. Essa teologia trinitária é que dá origem ao paradigma teológico econômico. A *oikonomia* (administração) aparece como o artifício

estratégico na conciliação da trindade com o monoteísmo, é como Deus administra e governa, com o auxílio do ministério dos anjos, a vida divina e o mundo criado (AGAMBEN, 2011b,).

O ânimo neoliberal que experimentamos na atualidade é, como mostra Agamben, muito bem verificado nas querelas teológicas tão comumente tomadas por inócuas. As escavações arqueológicas do paradigma gerencial e não epistêmico da economia demonstram a originária implicação do impolítico no político, da vida nua na soberania, da exceção no direito e da economia na política. Assim, Agamben mostra como o desenvolvimento conceitual, ainda no âmbito cristão, vai atribuir à *oikonomia* um significado de exceção, de forma que os

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 (AGAMBEN, 2011b, p. 64).

A genealogia do termo *oikonomia* na teologia mostra não a alteração (teológica) do sentido do termo, mas uma transferência da denotação de um campo a outro “que aos poucos começa perceber-se como um novo sentido” (AGAMBEN, 2011b, p. 35). O termo *oikonomia* ganha particular relevância como dispositivo estratégico por meio do qual o paradigma trinitário começa a ser inserido até ganhar centralidade da teologia, mas é “opinião corrente que Paulo foi o primeiro a atribuir ao termo *oikonomia* um significado teológico” (AGAMBEN, 2011b, p. 35).

A confusão entre a *oikos* e a *polis* já começa a se estabelecer desde a idade helenística por meio da recíproca contaminação entre os vocabulários político e econômico. A contemporaneidade da mutação do vocabulário político com o período de Paulo teria influenciado os seus escritos. Por essa razão, “o léxico da *ekklésia* paulina é ‘econômico’ e não político; e os cristãos são, nesse sentido, os primeiros homens integralmente ‘econômicos’” (AGAMBEN, 2011b, p. 38).

Segundo Agamben, nas cartas paulinas o sentido de economia é o de “encargo”. Cuida-se de uma missão a cumprir, exigindo a fidelidade a um propósito e não uma ação livre como em uma gestão de negócios, pois “Deus confiou ao messias a *oikonomia* da plenitude dos tempos, levando a cumprimento a promessa da salvação. [...] trata-se de ser fiel ao encargo de anunciar o mistério da redenção que estava oculto na vontade de Deus e agora chega à sua realização” (AGAMBEN, 2011b, p. 37). Assim, ainda

que se relacione com o mistério da salvação, o termo *oikonomia*, por si só, não designa o plano da salvação como será posteriormente utilizado.

Decisiva, porém, é a inversão programática daquilo que Paulo chama de “economia do mistério” para um “mistério da economia”. A economia deixa de ser meio e execução do mistério da vontade divina, para ser ela mesma o mistério. A economia do mistério revela e manifesta o plano divino da salvação, prefigurado em rituais, imagens e celebrações em todo o Velho Testamento, por meio da encarnação do filho. A alteração da expressão paulina em “mistério da economia”, aliada à elevação da *oikonomia* a operador do nascente paradigma trinitário “investe o termo de nova densidade” (AGAMBEN, 2011b, p. 50).

O sentido teológico de *oikonomia* designa, portanto, a “processão das pessoas no interior da divindade” e a atividade salvífica. Se de um lado a manutenção da percepção da unidade de Deus a despeito das três pessoas da trindade se dá por meio da administração (*oikonomia*) da casa divina, de outro, aparece o sentido – relevante para a filosofia da história – da economia como manifestação histórica do mistério divino. Os dois significados “são apenas dois aspectos de uma única atividade de gestão ‘econômica’ da vida divina, que se estende da casa celeste para sua manifestação terrena” (AGAMBEN, 2011b, p. 50).

O mistério da economia “não é de natureza ontológica, mas prática” (AGAMBEN, 2011b, p. 68). Nesse sentido, ao tentar fugir do politeísmo, a teologia trinitária acaba por cindir em Deus essência e vontade, natureza e ação, ser e práxis. Não se trata de uma fratura no ser de Deus, mas do gerenciamento de suas formas. Não se opera uma cisão da substância, mas de grau. A doutrina da providência tentará, sem sucesso, recompor a cisão entre o paradigma econômico e o ontológico. “A ética em sentido moderno, com seu séquito de aporias insolúveis, nasce, nesse sentido, da fratura entre ser e práxis que se produz no final do mundo antigo e encontra na teologia cristã seu lugar eminente” (AGAMBEN, 2011b, p. 68).

Com a divisão entre ser e práxis, correspondente à cesura entre natureza divina e humana em Cristo, abre-se uma divergência entre a racionalidade da teologia e a da economia ao mesmo tempo em que persiste entre as duas uma solidariedade.

A distinção patrística entre teologia e economia é tão resistente que a reencontramos nos teólogos modernos como oposição entre trindade imanente e trindade econômica. A primeira refere-se a Deus como Ele é em si mesmo e diz-se também, por

consequente, “trindade de substância”; a segunda refere-se, por sua vez, a Deus em sua ação salvífica, através da qual Ele se revela aos homens (por isso também é denominada “trindade de revelação”). A articulação entre essas duas trindades, ao mesmo tempo distintas e inseparáveis, é a tarefa aporética que a *oikonomia* trinitária deixa como herança à teologia cristã, em particular à doutrina do governo providencial do mundo, que se apresenta por isso como máquina bipolar, cuja unidade sempre corre o risco de naufragar e deve ser, a cada vez, reconquistada (AGAMBEN, 2011b, p. 77).

A repercussão política da separação entre o ser e agir de Deus é seu desdobramento entre o reino e governo. Retomando o debate entre Schmitt e Peterson, Agamben destaca a mais importante contribuição de Peterson. Mais que o reconhecimento da impossibilidade de uma teologia política no cristianismo, foi “ter sabido identificar a analogia entre o paradigma político liberal que separa reino e governo e o paradigma teológico que distingue *arché* e *dynamis* em Deus” (AGAMBEN, 2011b, p. 88).

O princípio de que Deus reina, mas não governa é parte da herança do gnosticismo na política moderna. Isso porque, a concepção da oposição entre o reinado divino e o governo do mundo, entre inoperosidade e operosidade, entre transcendência e imanência, permite que Deus não participe do governo do mundo e, portanto, não lhe possa ser atribuído o mal que assola o mundo. Mas uma vez que a separação entre o reino e governo não seja absoluta, a cisão entre um Deus estranho ao mundo e um Deus que governa será recomposta por um artifício econômico. Deste modo,

o reino do primeiro deus forma com o governo do demiurgo um sistema funcional, precisamente como, na *oikonomia* cristã, o deus que assume a obra da salvação [Cristo], mesmo sendo uma hipótese anárquica, cumpre na realidade a vontade do pai (AGAMBEN, 2011b, p. 94).

Duas imagens ganham contornos a partir dessas cesuras, a distinção entre a titularidade do poder e de seu exercício, assim como a potência que cria (poder constituinte) e a que conserva (poder constituído) o poder. Nessa perspectiva, “o mundo é governado através da

coordenação de dois princípios, a *auctoritas* (ou seja, um poder sem execução efetiva) e a *potestas* (ou seja, um poder de exercício)” (GELÁSIO *apud* AGAMBEN, p. 118). Está assim prefigurado o modelo da realeza profana que “reina, mas não governa” (AGAMBEN, 2011b, p. 84).

A partir do aristotelismo, a teologia cristã desenvolve a fratura ontológica entre transcendência e imanência. A conciliação entre transcendência e imanência é estabelecida por Aristóteles a partir de um conceito econômico, o de “ordem”: “*taxis*, ordem, é o dispositivo que torna possível a articulação da substância separada e do ser, de Deus e do mundo. Nomeia a relação aporética entre eles” (AGAMBEN, 2011b, p. 98). Daí que o conceito de ordem funciona aqui como uma assinatura que remete à máquina do governo divino do mundo (AGAMBEN, 2011b) e que estará presente no desenvolvimento da ciência econômica, como se verá adiante.

Agamben afirma que o “modelo teológico da separação entre o poder e seu exercício está na distinção, em Deus, entre potência absoluta e potência ordenada” (AGAMBEN, 2011b, p. 120). Para as modernas técnicas de governo, é

essencial não tanto a ideia de uma ordem predeterminada, mas a possibilidade de gerir a desordem; não a necessidade irrevogável do destino, mas a constância e a calculabilidade de uma desordem; não a ininterrupta cadeia das conexões causais, mas as condições da manutenção e da orientação de efeitos em si puramente contingentes (AGAMBEN, 2011b, p. 140).

O paradigma teológico do governo está inserido no funcionamento da máquina governamental que compreende dois polos distintos e coordenados, o da providência (providência geral) e o do destino (providência particular). “A atividade de governo é, ao mesmo tempo, providência, que pensa e ordena o bem de todos, e destino, que distribui o bem aos indivíduos, compromissando-os na cadeia das causas e dos efeitos” (AGAMBEN, 2011b, p. 146). No plano do destino, o governo designa uma atividade não violenta, isto é, uma atividade que está em consonância com a as necessidades da natureza, de modo que “governo divino e autogoverno da criatura coincidem” (AGAMBEN, 2011b, p. 148). É o livre fluir natural das coisas que gerem a si mesmas. Agamben questiona, porém, que

se tal identidade entre ordem natural e governo fosse tão absoluta e indiferenciada, o governo seria uma atividade nula, que, dada a impressão original da natureza no momento da criação, coincidiria simplesmente com passividade e *laissez-faire* (AGAMBEN, 2011b, p. 148-149).

O governo do mundo liga, portanto, o destino com a providência, eis a sua economia. O poder que intervêm é o mesmo poder capaz de operar o milagre<sup>52</sup>, de modo que, se de um lado o destino é aquele que se inscreve na ordem da natureza, por outro, a providência se explica a partir da esfera da graça.

Nessa esfera, Deus pode intervir suspendendo, substituindo ou estendendo a ação das causas segundas. As duas ordens, porém, são funcionalmente vinculadas, no sentido em que é a relação ontológica de Deus com as criaturas – em que ele é, ao mesmo tempo, absolutamente íntimo e absolutamente impotente – que funda e legitima a relação prática de governo com elas, em cujo interior (ou seja, no âmbito das causas segundas) seus poderes são ilimitados (AGAMBEN, 2011b, p. 150).

Importante considerar que “a ontologia dos atos de governo é uma ontologia vicária” (AGAMBEN, 2011b, p. 158). Assim como na economia da salvação o poder do filho é um poder em nome do pai, na esfera profana o poder do monarca é um poder vicário em relação a Cristo. Os atos de Cristo são, pois, atos do pai e os atos do monarca são atos que representam a vontade de Cristo. O poder Soberano é, assim, um poder que “faz as vezes de”, revelando “seu caráter absolutamente insubstancial e ‘econômico’” (AGAMBEN, 2011b, p. 156).

A separação de poderes das democracias modernas reproduz a economia nesses dois sentidos complementares: Primeiro, pois é o poder vicário em relação ao povo como sujeito soberano. Segundo, conforme a teoria da soberania não cansa de ressaltar, o poder é uno e os três poderes

---

<sup>52</sup> Em *Teologia Política* Schmitt equipara a decisão soberana ao milagre, já que este representa a intervenção divina, colocando em suspenso a ordem natural das coisas no mundo. Nesse sentido, o milagre aparece como paradigma teológico do estado de exceção.

são, em verdade, três funções. Com efeito, a tripartição de poderes, tal como a doutrina da trindade – única substância composta por três hipóstases distintas (Pai, Filho e Espírito Santo) –, cinde em seu interior a mera gestão e exercício de um poder que, em substância, permanece o mesmo. Isso mostra que a “vocação econômico-governamental das democracias contemporâneas não é um acidente de percurso, mas parte integrante da herança teológica de que são depositárias” (AGAMBEN, 2011b, p. 159).

A investigação sobre o reino e o governo pode ser resumida na seguinte passagem:

O que nossa investigação mostrou é que o verdadeiro problema, o arcano central da política, não é a soberania, mas o governo, não é Deus, mas o anjo, não é o rei, mas o ministro, não é a lei, mas a polícia – ou seja, a máquina governamental que eles formam e mantêm em movimento (AGAMBEN, 2011b, p. 299).

Retomando o ponto colocado por Peterson que define os desdobramentos políticos do cristianismo a partir da liturgia e não da teologia política, como compreendia Schmitt, Agamben se volta à segunda parte da pesquisa, destinada à Glória e a sua relação com a economia. O problema que orienta essa genealogia teológica da política é “por que o poder precisa da glória? Se é essencialmente força e capacidade de ação e governo, por que assume a forma rígida embaraçosa e ‘gloriosa’ das cerimônias, das aclamações e dos protocolos?” (AGAMBEN, 2011b, p. 10).

O ritualismo e o recurso exagerado ao simbolismo nada mais mostram que a fraqueza real do poder. O ritual sinaliza o poder e, portanto, o excesso de sinalização e o maior investimento simbólico demonstra a carência de fato do poder. A sôfrega necessidade da glória pelo poder decorre do vazio do trono e a necessidade do espetáculo nas democracias modernas reafirma a tese agambeniana da absoluta falta de legitimidade dos poderes na atualidade.

Trata-se, aqui, de expor o perene vazio ao qual está lançada a máquina governamental<sup>53</sup>, produtora do político, cujo núcleo é vazio. A

---

<sup>53</sup> Edgardo Castro se detém sobre duas das as diversas máquinas às quais se refere Agamben, a máquina antropológica e a governamental, apontado as notas constitutivas do conceito agambeniano de máquina: a) é um dos sentidos do termo “dispositivo”, “um dispositivo de produção de gestos, de condutas, de

máquina governamental do Ocidente se move sobre dois polos que, em *Estado de exceção*, se apresentam como *auctoritas* e *potestas*, soberania e governo ou, por outros termos, reino e glória. A segunda parte da pesquisa, destinada à glória, pressupõe o reconhecimento da democracia consensual como aquilo de Guy Debord chamou de “sociedade do espetáculo” e, a partir das assinaturas teológicas a que ela remete, lança luz sobre as liturgias e aclamações divinas que refletem de modo paradigmático o papel do consenso e da opinião pública:

A sociedade do espetáculo – se denominarmos assim as democracias contemporâneas – é, desse ponto de vista, uma sociedade em que o poder em seu aspecto “glorioso” se torna indiscernível com relação à *oikonomia* e ao governo. Ter identificado integralmente Glória e *oikonomia* na forma aclamativa do consenso é antes a prestação específica das democracias contemporâneas e de seu *government by consent* [governo por consentimento] cujo paradigma original não está escrito no grego de Tucídides, mas no árido latim dos tratados medievais e barrocos sobre o governo divino do mundo (AGAMBEN, 2011b, p. 10).

As investigações arqueológicas conduzem Agamben a uma inquietante crítica aos modelos comunicativos – que na introdução da obra ele denomina de pseudofilosóficos – e sua escusa afinidade com os modelos autoritários aclamativos (que hoje se vestem como opinião pública). Os dispositivos da aclamação desvelam, assim, a proximidade entre poder e liturgia. Agamben retoma, a partir de Mommsen e Peterson, o “valor jurídico das aclamações do direito público romano” (AGAMBEN, 2011b, p. 188), que resultavam em decisões jurídicas. A aclamação não era uma mera simplificação do procedimento eleitoral, mas atestava o consenso do povo, indicando o vínculo entre o direito e liturgia (AGAMBEN, 2011b).

O significado político das aclamações teria sido, segundo Agamben, abordado por Schmitt, o qual

---

discursos”; b) define-se nos termos de uma bipolaridade; c) “produz zonas de indiscernibilidade, nas quais é impossível distinguir qual dos dois conceitos articulados se trata. Assim, por exemplo, a máquina jurídico-política do Ocidente produz essas zonas onde não se pode distinguir entre o animal e o humano: os campos”; d) e “o centro dessas máquinas está vazio” (CASTRO, 2012, p. 105).



opõe a votação individual em escrutínio secreto, própria das democracias contemporâneas, à expressão imediata do povo reunido, própria da democracia ‘pura’ ou direta, e, ao mesmo tempo, vincula constitutivamente povo e aclamação (AGAMBEN, 2011b, p. 189).

Schmitt, como crítico da democracia liberal, adota o ponto de vista da democracia pura e direta para apontar o limites e equívocos da democracia de Weimar.

A liturgia cristã primitiva relaciona elementos de doxologia e de celebração eucarística, ambos concorrendo para o propósito de santificação dos fiéis, ambos com uma significação sacrificial: a eucaristia indicando o sacrifício messiânico de Cristo, executor da economia da salvação, e as doxologias como sacrifícios de louvor a Deus pelos fiéis. Esse é o sentido da relação entre a *oikonomia* e liturgia (AGAMBEN, 2011b). As aclamações atestam a feição pública do culto cristão, já que o “termo *leitourgia* (de *laos*, “povo”) significa etimologicamente ‘prestação pública’, e a Igreja sempre insistiu em sublinhar o caráter público do culto litúrgico, em oposição às devoções privadas” (AGAMBEN, 2011b, p. 193).

Interessante destacar a assinatura identificada na *ekklésia*. Peterson destaca a publicidade conferida à liturgia por meio das aclamações doxológicas, como o representa a aclamação: *Amen*. O povo conjuga dois termos, o *laos* e o *ochlos*. O *laos* designa o povo em seu aspecto político, o povo eleito de Deus. O *ochlos*, por sua vez, tem um significado impolítico e remete ao povo marcado pelo pecado original, “traduzido, em geral, em latim por *turba*; na Vulgata, além de *turba* e *populus*, encontram-se os termos *plebs* e *multitudo*; *massa*, que seria uma boa tradução para *ochlos*” (AGAMBEN, 2011b, p. 194). A ambiguidade do termo povo da tradição cristã remete à ambiguidade que ele enfrenta na teoria política<sup>54</sup>, afinal, os “dois termos (*laos* e *ochlos*), que na Septuaginta e no Novo Testamento designam o povo, são contrapostos e articulados como *populus* e *multitudo* na tradição do direito público” (AGAMBEN, 2011b, p. 193)

O *amen* – que na liturgia cristã é aclamação de consenso por excelência – e a liturgia como um todo, permitem que o *ochlos* politize-

---

<sup>54</sup> Sobre a ambiguidade do termo povo no direito público vide o tópico 1.2. *A fratura biopolítica originária*.

se e converta-se em *laos*. Assim, segundo a tese de Peterson, o elemento doxológico-aclamatório constitui “o próprio fundamento jurídico do caráter ‘litúrgico’, ou seja, público e ‘político’, das celebrações cristãs” (AGAMBEN, 2011b, p. 193). A comunidade cristã mostra que é, ao mesmo tempo, pública e privada.

Agamben prossegue investigando o significado das insígnias e dos símbolos do poder. Os trajes, as roupas e os rituais cerimoniais, mais que luxo, revelam uma “verdadeira esfera constitutiva da soberania” (AGAMBEN, 2011b, p. 196), passando a assumir uma função cada vez mais performativa.

O performativo é de fato um enunciado linguístico que é também, em si próprio, imediatamente, um fato real, na medida em que seu significado coincide com uma realidade que ele mesmo produz [...]. Não é por acaso, portanto, que as esferas do direito e do performativo estejam sempre intimamente vinculadas e que os atos do soberano sejam aqueles em que o gesto e a palavra sejam imediatamente eficazes (AGAMBEN, 2011b, p. 200-201).

Decisivo é que o enunciado performativo transcende o símbolo e designa uma autêntica assinatura. As insígnias do poder tiveram um importante papel na formação do poder imperial. As aclamações são centrais nas cerimônias imperiais e na liturgia e fazem coincidir, sem resíduos, elementos jurídicos e religiosos. Agamben cita o que afirma Alföldi sobre a veste purpúrea do imperador “o que funda juridicamente a soberania já não é a *auctoritas* dos *optimates* ou o *consensus* do povo, mas sim esse símbolo consagrado do poder” (ALFÖLDI *apud* AGAMBEN, 2011b, p. 207).

Agamben resgata, nesse sentido, as pesquisas de Kantorowicz acerca da aclamação litúrgica, a *Laudes regiae*, que começa com “*Christus vincit, Christus regnat, Christus imperat* [Cristo vence, Cristo reina, Cristo impera]” (AGAMBEN, 2011b, p. 209), na qual a aclamação assume o papel de mero reconhecimento. O filósofo italiano aponta que o que está em jogo nessa pesquisa de Kantorowicz é a teologia política que a aproxima de seu livro de 1946 sobre os *Dois corpos do rei*.

Assim como neste se tratava de reconstruir, através da história da ideia de um corpo místico do rei, a formação de um verdadeiro ‘mito do Estado’,

também naquele estava em jogo a reconstrução da ideologia imperial através da história de uma aclamação em que elementos litúrgicos e elementos profanos estavam indissolivelmente entrelaçados (AGAMBEN, 2011b, p. 212).

As aclamações são tomadas por Kantorowicz como indispensáveis na estratégia emotiva dos regimes fascistas. Assim, a defesa de Peterson de uma teologia econômica em contraposição à teologia política e sua pretensão de colocar a liturgia como contribuição cristã para a política é colocado novamente em questão. Isso porque, a “tentativa de excluir a própria possibilidade de uma ‘teologia política’ cristã, para fundar na glória a única dimensão política legítima da cristandade, confina perigosamente com a liturgia totalitária” (AGAMBEN, 2011b, p. 213).

O que os estudos de Kantorowicz e de Alfödi mostram é que a relação entre o teológico e o político inserem-se numa via de mão dupla e a “glória é precisamente o lugar em que esse caráter bilateral (ou biunívoco) da relação entre teologia e política aparecem com mais evidência” (AGAMBEN, 2011b, p. 213).

A glória é o instrumento que põe em funcionamento a máquina bipolar política e teológica, articulando reino e governo, *auctoritas* e *potestas* e ao mesmo tempo, encobrendo o vácuo que está no centro dessa máquina, a inoperosidade que ela captura. Se a “a trindade econômica (o Governo) pressupõe a trindade imanente (o Reino), que a justifica e funda” (AGAMBEN, 2011b, p. 228), a glória permite a aproximação entre o reino e o governo de tal modo que a doxologia assume uma função dialética por meio da qual “no espelho da glória as duas trindades parecem refletir-se uma na outra, só em seu esplendor ser e economia, Reino e Governo parecem, por um instante, coincidir” (AGAMBEN, 2011b, p. 229).

A estética à qual se vinculava o fascismo foi reconhecida por Walter Benjamin, que propunha em oposição à estética fascista a politização da arte. A estética pretende cobrir e enobrecer, com seu esplendor e seus cânticos, a pura força do poder, pois “o centro da máquina é vazio, e a glória nada mais é que o esplendor que emana desse vazio, o *kabod* inesgotável que revela e, ao mesmo tempo, vela a vacuidade central da máquina” (AGAMBEN, 2011b, p. 231).

O que Agamben pretende mostrar é que “assim como as doxologias litúrgicas produzem e reforçam a glória de Deus, as aclamações profanas não são um ornamento do poder político, mas o fundam e justificam” (AGAMBEN, 2011b, p. 251). Essa glória se vincula de modo especial

com a inoperosidade, pois com o fim de toda obra somente o que resta é a glória do eterno sábado, que é o advento do Reino. O dia do Juízo Final é a cessação de todas as atividades e o fim de todo governo do mundo é a própria inoperosidade. Mas ao problema que decorre de um Deus absolutamente inoperoso é resolvido pela separação do poder e do seu exercício.

Um deus totalmente ocioso é um deus impotente, que abdicou de qualquer governo do mundo, e é isso que os teólogos não podem aceitar de forma alguma. Para afirmar o desaparecimento total de todos os poderes, eles separam-no de seu exercício e afirmam que o poder não desaparece, mas que, simplesmente, deixa de ser exercido, assumindo assim a forma imóvel e resplandecente da glória (em grego, *doxa*) (AGAMBEN, 2007, p. 41).

A glória, portanto, é o que permite que o poder subsista a despeito da finitude do governo. A vida eterna, sem governo, é uma vida de glória. Por isso, “o vazio é a figura soberana da glória” (AGAMBEN, 2011b, p. 267) e a máxima expressão do valor do trono, como descrevem os historiadores, é quando este encontra-se vazio, pois a sua pura majestade fica então em evidência. “Portanto, o trono vazio não é um símbolo da realeza, mas da glória” (AGAMBEN, 2011b, p. 267).

Não é apenas a inoperosidade divina, mas também a humana que é tornada motor da máquina governamental. O homem enquanto ser sem obra é objeto da captura do dispositivo governamental.

Essa inoperosidade é a substância política do Ocidente, o nutrimento glorioso de todo poder. Por isso, festa e ociosidade afloram sem cessar nos sonhos e nas utopias políticas do ocidente e, da mesma maneira, neles naufragam continuamente (AGAMBEN, 2011b, p. 268).

O desfecho da pesquisa sobre a glória traz a inquietante questão da proximidade entre a democracia de massas e o fascismo que se unem como no *amen*. A aclamação no âmbito dos regimes autoritários se aproxima do consenso nas democracias espetaculares, produto da orientação midiática da opinião pública. O povo-nação e o povo-comunicação se diferenciam ao mesmo tempo em que se relacionam pela doxologia. O governo do consenso revela-se, assim, como forma

aclamatória das majorias (AGAMBEN, 2011b).

o Estado holístico fundado na presença imediata do povo aclamante e o Estado neutralizado resolvido nas formas comunicativas sem sujeito contrapõem-se apenas em aparência. Eles nada mais são que as duas faces do mesmo dispositivo glorioso em suas duas formas: a glória imediata e subjetiva do povo aclamante e a glória midiática e objetiva da comunicação social (AGAMBEN, 2011b, p. 280).

Muito embora as cerimônias e liturgias hoje tenham se reduzido ao mínimo, a glória não desaparece, mas desloca-se para o campo da opinião pública e se “isso é verdadeiro, o problema hoje tão debatido da função política da mídia nas sociedades contemporâneas assume novo significado e nova urgência”, pois

O que ficava confinado às esferas da liturgia e dos cerimoniais concentra-se agora na mídia e, por meio dela, difunde-se e penetra em cada instante e em cada âmbito, tanto público quanto privado, da sociedade. A democracia contemporânea é uma democracia inteiramente fundada na glória, ou seja, na eficácia da aclamação, multiplicada e disseminada pela mídia além do que se possa imaginar (AGAMBEN, 2011b, p. 278).

As conclusões do oitavo capítulo apontam que a democracia dos teóricos do agir comunicativo é uma democracia gloriosa, muito próxima da democracia espetacular descrita por Guy Debord.

#### 1.4.2. A mão invisível

Agamben, Hannah Arendt e Foucault convergem quanto a abordagem decisiva da primazia do econômico sobre a política. O *animal laborans* arendtiano, no seio da ascensão do social não deixa de remeter à figura do *homo oeconomicus* que Foucault menciona em seu curso *O nascimento da biopolítica no Collège de France*.

Para Foucault,

o *homo oeconomicus* é aquele que obedece ao seu interesse, e aquele cujo interesse é tal que, espontaneamente, vai convergir com o interesse

dos outros. O *homo oeconomicus* é, do ponto de vista de uma teoria do governo, aquele em que não se deve mexer. Deixa-se o *homo oeconomicus* fazer. É o sujeito ou o objeto do *laissez-faire* (FOUCAULT, 2008, p. 369).

Diferentemente da ausência de governo a que essa leitura poderia remeter, o *homo oeconomicus* conduz a uma nova razão governamental. A governamentalidade integra a máquina bipolar do Ocidente, que articula reino e governo. Agamben aprofunda a relação entre direito, economia e política tratados por Foucault, a partir do surgimento do *homo oeconomicus*, e investiga genealogia do paradigma governamental.

Se Foucault identifica no pastorado cristão uma íntima relação com o surgimento da problemática do governo em geral, Agamben expande os limites cronológicos da sua genealogia aos primeiros séculos da teologia cristã. A pesquisa de Agamben situa-se “no rastro das pesquisas de Michel Foucault sobre a genealogia da governamentalidade, mas procura, ao mesmo tempo, compreender as razões internas por que elas não chegaram a seu cumprimento” (AGAMBEN, 2011b, p. 9).

Em *O reino e a glória*, a pesquisa iniciada pelo projeto *Homo Sacer* alcança uma provisória realização, afinal, para Agamben, “não podemos entender o triunfo da economia hoje em dia se não o entendermos ao mesmo tempo como o triunfo do paradigma gerencial da *oikonomia* teológica” (AGAMBEN, 2005, p. 9). Assim é que Agamben fecha suas investigações sobre a teologia política e teologia econômica com um apêndice sobre a economia dos modernos.

O filósofo italiano retrata o paradigma providencial que retoma importância nos debates teológicos na segunda metade do século XVII. O governo providencial e sua relação entre natureza e graça<sup>55</sup> são tratados na perspectiva das causas gerais e particulares, isto é, da providência geral e particular (AGAMBEN, 2011b).

Agamben resgata um texto de Malebranche de 1680, no qual ele diferencia no sujeito da ação providencial as vontades gerais, que resultam de leis gerais, e as vontades particulares, que, por não respeitarem tais leis, também podem ser compreendidas como milagres (AGAMBEN, 2011b). As causas gerais constituem a providência e as

---

<sup>55</sup> A graça é o instrumento por excelência do governo providencial do mundo, o qual constitui o “resultado de um difícil equilíbrio entre a ação do governante (a graça, em suas diferentes figuras) e o livre-arbítrio dos indivíduos governados” (AGAMBEN, 2011b, p. 284).

particulares, o milagre. Nesse sentido, “o paradigma do governo providencial não é o milagre, mas a lei, não a vontade particular, mas a geral” (AGAMBEN, 2011b, p. 286).

Segundo Agamben, porém, Malebranche expõe algo decisivo, qual seja, a função da cristologia no governo providencial como a do governante de um reino cujo legislador é Deus. Os milagres passam a funcionar não mais como resultantes da vontade particular divina, mas como frutos da lei geral de Deus que atribui aos anjos e a Cristo o governo do mundo, podendo estes agir, inclusive, em aparente conflito com as leis gerais. Desse modo, o milagre não é uma violação das leis gerais, mas o resultado da delegação do poder soberano aos anjos e a Cristo.

O que está em questão não é o problema abstrato da onipotência ou da impotência de Deus, mas a possibilidade de um governo do mundo, ou seja, de uma relação ordenada entre leis gerais e causas ocasionais particulares. Se Deus, como titular da soberania, agisse do início ao fim segundo vontades particulares, multiplicando ao infinito suas intervenções milagrosas, não haveria nem governo nem ordem, mas apenas um caos e, por assim dizer, um pandemônio de milagres. Por isso, como soberano, Ele deve reinar e não governar, fixar as leis e as vontades gerais e deixar ao jogo contingente das causas ocasionais e das vontades particulares sua mais econômica execução (AGAMBEN, 2011b, p. 291).

Agamben afirma que a repercussão e influência da obra de Malebranche e dos debates sobre a graça para a obra de Rousseau no desenvolvimento dos conceitos de vontade geral e vontade particular estão bem documentadas e revelam a transposição de toda a máquina governamental da providência da teologia para a política (AGAMBEN, 2011b). A política moderna herda esse paradigma teológico do *Contrato social*.

A relação entre soberania e governo, tão relevante para o pensamento de Rousseau, está assentada na ideia de que a soberania se refere à autoridade suprema detentora do poder legislativo (vontade geral) e o governo é a dimensão executiva, objeto da economia política (AGAMBEN, 2011b). Essa distinção, contudo, não toca a substância do poder supremo. O poder supremo é indivisível, apenas a sua disposição interna é que se diferencia. Para Agamben, o atual domínio do governo e

da economia

sobre uma soberania popular esvaziada de qualquer sentido, isso significa talvez que as democracias ocidentais estejam pagando as consequências políticas de uma herança teológica que, por intermédio de Rousseau, assumiram sem se dar conta (AGAMBEN, 2011b, p. 298-299).

A confusão entre governo e poder executivo seria uma das mais nefastas consequências, uma vez que permitiu “que a reflexão política moderna se extraviasse por detrás de abstrações e mitologemas vazios como a Lei, a vontade geral e a soberania popular, deixando sem resposta precisamente o problema político decisivo” (AGAMBEN, 2011b, p. 299), o da máquina governamental.

Agamben não fala em termos de uma derivação da economia dos modernos da economia aristotélica e medieval, mas apresenta algumas assinaturas a que elas remetem. A mão invisível de Adam Smith talvez seja a mais importante assinatura teológica na economia moderna.

A ordem regente da natureza foi formulada por Lineu como “economia da natureza”. A disposição das coisas e das criaturas pelo Criador soberano define a ordem natural das coisas e mostra a coerência da compreensão da natureza com o paradigma teológico-providencial. Um importante indício é a relevância do conceito de “ordem” tanto no governo divino do mundo, quanto na constituição da economia da natureza para os fisiocratas, isto é, tanto para a patrística quanto para os economistas (AGAMBEN, 2011b).

Nesse sentido, Quesnay compreendia a “economia animal” não como uma ciência social, mas como um ramo da fisiologia, na medida em que ela “é definida nos termos de uma ordem imanente que remete vigorosamente a um paradigma de governo. Segundo ele, a economia animal não designa o animal” (AGAMBEN, 2011b), mas a ordem. Assim,

para Quesnay, economia significa ordem e a ordem funda o governo. [...] Aqui, assim como em Tomás, a ordem funciona como uma assinatura que serve para estabelecer uma relação entre a ordem teológica do universo e a ordem imanente das sociedades humanas, entre as leis gerais da providência e da natureza e o conjunto dos fenômenos particulares (AGAMBEN, 2011b, p. 304).



Essa percepção naturalista a que o liberalismo econômico faz constante referência é claramente vislumbrado na figura das leis espontâneas e naturais do mercado. Este estaria regido pela oferta e demanda como mecanismos que asseguram o equilíbrio natural da economia. O *laissez-faire* pressupõe a harmonia natural das relações de mercado e a própria justiça a que tais relações conduzem se naturaliza<sup>56</sup>. Retira-se, pois, qualquer revestimento político da economia, que sequer é hoje referida como economia política. A economia passa, então, a designar uma ciência tão técnica quanto se supõe ser natural e exato o seu objeto.

Agamben mostra como a economia política passa a traduzir racionalmente o paradigma econômico providencial. Isso é explícito na *Teoria dos sentimentos morais* de Smith, apontando o sentido da investigação genealógica sobre a imagem da “mão invisível” (AGAMBEN, 2011b).

Nessa imagem grandiosa, em que o mundo criado por Deus se identifica com o mundo sem Deus, e contingência e necessidade, liberdade e servidão se esfumam uma na outra, o centro glorioso da máquina governamental aparece em plena luz. A modernidade, eliminando Deus do mundo, não só não saiu da teologia, mas, em certo sentido, nada mais fez que levar a cabo o projeto da *oikonomia* providencial (AGAMBEN, 2011b, p. 310).

Para além da dimensão providencial expressa na figura da mão invisível, cuja associação torna-se muito clara pela referência comum dos teólogos à “mão” como imagem do governo divino do mundo, Foucault ressalta outro aspecto da figura, a “invisibilidade” (FOUCAULT, 2008).

Na aula de 28 de maio de 1979, Foucault aborda a relação entre o direito, a política e a economia por meio da genealogia do *homo oeconomicus* e do sujeito de interesse como modelos dos sujeitos sociais. No contexto de expansão da análise econômica para diversas esferas da

---

<sup>56</sup> Uma das conclusões da pesquisa desenvolvida por Thomas Piketty em *O capital no século XXI* é que “a dinâmica da distribuição da riqueza revela uma engrenagem poderosa que ora tende para a convergência, ora para a divergência, e não há qualquer processo natural ou espontâneo para impedir que prevaleçam as forças desestabilizadoras, aquelas que promovem a desigualdade” (PIKETTY, 2014, p. 27).

vida social, inclusive do comportamento, que implique uma administração utilitária e uma disposição ótima dos recursos está a possibilidade de “uma generalização do objeto econômico, até a implicação de toda conduta que utilizasse meios limitados a uma finalidade entre outras” (FOUCAULT, 2008, p. 366).

Conquanto o *homo oeconomicus* só venha a ser devidamente delineado com os economistas neoclássicos, Foucault situa no empirismo inglês, a partir de Locke, a constituição de uma filosofia que faz surgir o sujeito de interesses. O interesse nasce como uma vontade absolutamente subjetiva que, no plano jurídico, será apresentado como o princípio contratual (FOUCAULT, 2008).

O sujeito de direito no âmbito do contratualismo permite, assim, subsistir o sujeito de interesses. Isso porque, ainda que persista o respeito ao contrato acima do interesse imediato individual, não é porque o sujeito de interesse cede lugar ao sujeito de direito, mas porque o respeito ao contrato é interessante. “Ou seja, se se respeita o contrato, não é porque há contrato, mas porque se tem interesse em que haja contrato” (FOUCAULT, 2008, p. 373).

Outro ponto destacado por Foucault é que o sujeito de direito e o sujeito de interesse obedecem a lógicas distintas. O sujeito de direito obedece à lógica do contrato, que exige dele renúncias em favor dos direitos alheios. O sujeito de interesses, por sua vez, move-se na lógica do mercado, que não põe limites à satisfação dos interesses.

Além dessa heterogeneidade, tais sujeitos relacionam-se de modo distinto com o poder político (FOUCAULT, 2008). Essa relação pode ser compreendida a partir da figura que melhor representa a lógica do *homo oeconomicus*, a mão invisível de Adam Smith.

Costuma-se dizer também que se deve ver nessa mão invisível como que o resto de um pensamento teológico da ordem natural. Smith seria o indivíduo que teria mais ou menos implicitamente, com essa noção de mão invisível, estabelecido o lugar vazio, mas apesar de tudo secretamente ocupado, de um deus providencial que habitaria o processo econômico, quase, digamos, como o Deus de Malebranche ocupa o mundo inteiro (FOUCAULT, 2008, p. 379).

A “mão”, como a imagem comumente atribuída pela teologia à providência divina, revela o sentido da liberdade – muito próximo de

licenciosidade no neoliberalismo —<sup>57</sup> e sua vocação naturalista. Na perspectiva de uma compreensão ordenada do mercado, que se define a semelhança de uma estrutura providencial, a liberdade representa estar livre de coerções, um *laissez faire*. O *homo oeconomicus* é precisamente esse sujeito livre. Essa visão é muito próxima da dos teóricos do direito natural clássico, que defendiam o “governo das leis e não dos homens”, não no sentido de “afirmar a soberania da lei sobre a natureza, mas, ao contrário, apenas seu caráter ‘natural’, ou seja, não violento” (AGAMBEN, 2010a, p. 41). Trata-se de um governo que se identifique com autogoverno, não impedindo o seu desenvolvimento natural.

Mas, segundo Foucault, Adam Smith se refere aos sujeitos que, buscando seus próprios interesses, acabam favorecendo também toda a sociedade. Os agentes econômicos devem de fato se preocupar apenas com seus próprios interesses a fim de que o bem geral seja alcançado. Aliás, na medida em que não pode ser calculado por estratégias econômicas, a preocupação com o bem comum causa mais efeitos deletérios que produtivos. Eis o sentido do princípio da invisibilidade. Ele obsta aos agentes econômicos perseguirem o bem coletivo, pois a “mão” assegura que seu egoísmo, seus interesses e projetos individuais se articulem com todos os outros, garantindo o bem comum<sup>58</sup>. Ao governo cabe, tão somente, não interferir nesse intento.

Em outras palavras, há dois elementos que são absolutamente acoplados um ao outro. Para que haja certeza de proveito coletivo, para que seja certo que o maior bem seja alcançado pelo maior número de pessoas, não apenas é possível, mas é absolutamente necessário que cada um dos atores seja cego a essa totalidade. Deve haver uma

---

<sup>57</sup> A pretensa liberdade e diminuição do Estado defendida no neoliberalismo opera no nível do discurso e sua incompatibilidade com a prática neoliberal será abordada mais adiante. Por ora, cumpre observar a aparência de naturalidade e espontaneidade que é atribuída a economia e ao mercado como fundamento da generalização da economia a todos os campos da vida social, isto é, da economicização da vida.

<sup>58</sup> Segundo Piketty, o princípio do crescimento equilibrado que beneficiaria a todos invadiu o pensamento econômico do século XX, influenciado pelo pós-guerra na França, que ficou conhecido como os “trinta Gloriosos” e pelas pesquisas de Kuznets. “A filosofia da época podia ser resumida em apenas uma frase: ‘Growth is a rising tide that lifts all boats’ (‘O crescimento é como a maré alta: levanta todos os barcos’)” (PIKETTY, 2014, p. 18).

incerteza no plano do resultado coletivo para cada um, de maneira que esse resultado coletivo positivo possa ser efetivamente alcançado. A obscuridade, a cegueira são absolutamente necessários a todos os agentes econômicos (FOUCAULT, 2008, p. 380).

Não apenas na dimensão privada, mas o governo também deve se abster de tentar ter uma visão totalizante do processo econômico, pois a economia tem uma visão de curto alcance. A economia só é capaz de ver ao alcance dos projetos individuais, daí que “O *homo oeconomicus* é a única ilha de racionalidade possível no interior de um processo econômico” (FOUCAULT, 2008, p. 383). Ora, o *homo oeconomicus*, será compreendido como o empresário de si mesmo, o seu próprio capital, e somente em relação aos seus próprios projetos deve empreender os seus esforços. Qualquer tentativa do poder soberano de compreender a totalidade da economia estaria destinada ao fracasso, pois ela não é possível (FOUCAULT, 2008).

Em *Os fundamentos da liberdade*, Hayek afirma essa tese de que “As opiniões e desejos do povo são formados por indivíduos que agem visando a seus próprios objetivos; e o povo se beneficia do que outros aprenderam mediante a experiência individual” (HAYEK, 1983, p. 120). Por essa razão, o sentido de liberdade que ele apresenta, longe de designar a liberdade política, indica a liberdade individual, de poder ver-se livre de coerções.

Assim, forma-se o *homo juridicus*, que diz ao soberano: eu tenho direitos e “tu não tens o direito de tocar neles” ou “confiei-te meus direitos para este ou aquele fim” (FOUCAULT, 2008, p. 384). O *homo oeconomicus*, por outro lado, diz “Tu não deves porque não podes. E tu não podes no sentido de que ‘tu és impotente’” (FOUCAULT, 2008, p. 384).

Nesse ponto, Foucault afirma algo que, longe de divergir do pensamento agambeniano da genealogia teológica da *oikonomia*, a confirma:

A economia é uma disciplina atéia; a economia é uma disciplina sem Deus; a economia é uma disciplina sem totalidade; a economia é uma disciplina que começa a manifestar não apenas a inutilidade, mas a impossibilidade de um ponto de vista soberano, de um ponto de vista do soberano sobre a totalidade do Estado que ele tem de governar (FOUCAULT, 2008, p. 383).

Foucault destaca aqui não apenas essa dimensão providencial que está representada pela “mão”, mas, sobretudo, o fato desta ser “invisível”. A recusa à totalidade pela economia, que afirma a dimensão natural da mão, não significa a superação do modelo teológico, pois, como afirma Agamben, nessa altura “a teologia pode acabar em ateísmo e o providencialismo, em democracia, porque Deus fez o mundo como se este fosse sem Deus e o governa como se este governasse a si mesmo” (AGAMBEN, 2011b, p. 310).

Ainda que negue a presença de Deus, a invisibilidade que a economia exige preserva o paradigma teológico econômico. A ausência e a impossibilidade de um soberano econômico apontam para aquilo de Hannah Arendt denomina de governo de ninguém. O governo de ninguém não remete à ausência de governo, mas à sua necessária contingencialidade. Não se trata, pois, do fim da razão de Estado, mas do reconhecimento de uma nova razão governamental. Foucault assevera que

A economia política de Adam Smith, o liberalismo econômico, constitui uma desqualificação desse projeto político de conjunto e, mais radicalmente ainda, uma desqualificação de uma razão política que seria indexada ao Estado e a sua soberania (FOUCAULT, 2008, p. 386).

Desse modo, o liberalismo por meio da mão invisível pretende desqualificar a soberania política. O soberano não deve interferir no mercado, porque ele não pode e não pode porque é incapaz de fazê-lo. A possibilidade de uma soberania exigiria, assim, um novo campo e um novo saber. Daí que a sociedade civil desponta como aquela que resolve o problema da ingovernabilidade dos agentes econômicos e permite a vigência das tecnologias de governabilidade.

Um governo onipresente, um governo a que nada escapa, um governo que obedece às regras do direito, mas um governo que respeita a especificidade da economia, será um governo que administrará a sociedade civil, que administrará a nação, que administrará a sociedade, que administrará o social (FOUCAULT, 2008, p. 403).

A leitura que Foucault faz da sociedade civil se aproxima da

emergência do social a que Hannah Arendt faz referência ao abordar a centralidade da economia política. Ambos, ainda que por meio diversos, convergindo em afirmar o ocaso da política em favor de tecnologias do social, que compreendem uma gestão biopolítica dos corpos humanos, da vida, dos comportamentos.

Agamben aponta que, diferentemente do que afirma Schmitt, não é a teologia política – presente na origem genealógica da soberania dinástica – mas é a teologia econômica o fundamento paradigmático das democracias contemporâneas. A perspectiva do princípio de invisibilidade no âmbito da teologia econômica, da qual deriva a biopolítica moderna e o governo, revela que o tempo da economia é o tempo de agora<sup>59</sup> e sua escassa atuação é milagrosa, excepcional e emergencial. O que teríamos experimentado com o “advento do econômico” e do social é a normalização da exceção, abrindo espaço para a contínua decisão. Por isso, a primazia do econômico coincide com a primazia do governo.

A primazia do econômico se define como a expansão da racionalidade econômica, que abandona seu posto de meio, para encontrar-se no terreno dos fins, vertendo-se em espetáculo. A autorreferencialidade da economia retira o sentido da diferenciação entre o público e o privado e o indivíduo torna-se protagonista da lógica de uma responsabilidade individual. A economicização, num registro do ocaso do político, faz referência a primazia do indivíduo, do *homo oeconomicus* voltado ao cuidado de si, na medida em que o seu corpo é o seu próprio capital.

Contemplar o estado de exceção desde a invasão da vida e das relações humanas pelo econômico permite colocar a questão sobre o papel de garantia da moralidade pública atribuído ao Judiciário. Trata-se de um poder jurídico, político ou moral? Importa aqui considerar que o processo de economicização e de juridicização caminham juntos, de sorte que a centralidade da economia é coincidente com a centralidade do direito.

Partindo da compreensão de que vivemos em um estado de exceção no qual impera a economicização da vida, qual o papel que o pós-

---

<sup>59</sup> O tempo de agora da emergência econômico-governamental é aquilo que está pressuposto no estado de emergência a que se refere Walter Benjamin e contra o qual é preciso construir um corresponde conceito de história. Não é por acaso que o estado de emergência efetivo assume o sentido messiânico do tempo de agora em que cada instante se revela como tempo da vinda do messias. O tempo “do fim” torna-se um tempo de “agoras”. Walter Benjamin não sugere uma consumação da história, mas uma suspensão do tempo.

positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo, mediante a aproximação do direito e da moral, exercem nesse contexto?





## CAPÍTULO 2. TEORIA PÓS-POSITIVISTA E NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO NO BRASIL

O pós-positivismo será abordado como representante da teoria contemporânea do direito no Brasil, na qual estão compreendidas as teorias ditas neoconstitucionalistas. O uso eventual do termo “pós-positivismo” no singular não ignora a sua pluralidade<sup>60</sup>. Aliás, reconhecendo a ausência de um consenso mesmo entre os pós-positivistas sobre as dimensões específicas das teorias que postulam a filiação a essa corrente teórica, admite-se que, em termos gerais, há pontos de convergência capazes de reuni-las sob o rótulo de pós-positivismo. Nesses termos é que a(s) teoria(s) que se reclamam pós-positivistas e neoconstitucionalistas serão abordadas na pesquisa.

Ressalte-se que a identificação do pós-positivismo com o neoconstitucionalismo<sup>61</sup> não é plenamente consensual. Embora Antônio Cavalcante Maia considere que pós-positivismo é o nome que a cultura jurídica nacional deu ao que na Espanha e Itália é denominado de neoconstitucionalismo (MAIA, 2012), Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto apontam que nem todo pós-positivista é um neoconstitucionalista, já que entre os tais haveria uma distinta reação diante do protagonismo judicial na esfera constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Por outro lado, pode-se ainda considerar o neoconstitucionalismo como um paradigma constitucional e o pós-positivismo como paradigma jusfilosófico que lhe dá amparo, mas não se confunde com ele<sup>62</sup>. Diversas correntes justeóricas arrogam-se neoconstitucionalistas, inclusive autores positivistas são considerados seus integrantes. Deste modo, conforme a

---

<sup>60</sup> Segundo Daniel Sarmiento, “há espaço tanto para visões comunitaristas, que buscam na moralidade positiva e nas pré-compreensões socialmente vigentes o norte para a hermenêutica constitucional, endossando na seara interpretativa os valores e cosmovisões hegemônicos na sociedade, como para teorias mais próximas ao construtivismo ético, que se orientam para uma moralidade crítica, cujo conteúdo seja definido através de um debate racional de idéias, fundado em certos pressupostos normativos, como os de igualdade e liberdade de todos os seus participantes” (SARMENTO, 2009, p. 5).

<sup>61</sup> O neoconstitucionalismo não se confunde com o novo constitucionalismo que se forma na América Latina e que se ergue sobre o paradigma do Estado Plurinacional. O novo constitucionalismo se orienta num sentido de dar voz a novos atores sociais, promovendo a descolonização. São referências as Constituições da Bolívia e do Equador, que dão particular relevância aos direitos das populações tradicionais.

<sup>62</sup> Nesse sentido, BARROSO, 2007, FERNANDES; BICALHO, 2011.

distinção de Fernandes e Bicalho, reconhece-se um *neoconstitucionalismo positivista*<sup>63</sup> e um *neoconstitucionalismo antipositivista* ou *pós-positivista*, dentre os quais se situam Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Écio Oto Ramos Duarte, Susanna Pozzolo, Daniel Sarmento, Antônio Cavalcanti Maia, Eduardo Ribeiro Moreira, etc.

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo serão tomados em linhas gerais e de forma não exaustiva a partir de seu próprio discurso e abordados como sinônimos. Para tanto, o sentido do neoconstitucionalismo que converge com o pós-positivismo é o de uma teoria do direito de viés antipositivista. Neste capítulo será apresentada a teoria pós-positivista, assim como os elementos que forneçam subsídios para ulterior questionamento, mas, por opção metodológica, reservaremos o capítulo final para a sua crítica.

## 2.1. NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO

O estágio atual da ciência jurídica vive a era do pós-positivismo, o que Norberto Bobbio denominava estado principiológico ou sistema jurídico de princípios na acepção moderna de Robert Alexy e Edward [Sic!] Dworkin<sup>64</sup>.

O pós-positivismo é aclamado pela “doutrina” jurídica e pelos tribunais, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal. É comum aos manuais dedicar algum espaço para anunciar a superação de todas as calamidades do jusnaturalismo e do juspositivismo, resultando no atual momento em que a Constituição ocupa o ápice do ordenamento e se irradia por todo ele. Os princípios jurídicos, agora também são normas e,

---

<sup>63</sup> Os positivistas adeptos do neoconstitucionalismo são, em geral, positivistas inclusivos. De todo modo, sendo o neoconstitucionalismo concebido como sinônimo de constitucionalismo, não há qualquer empecilho ou contradição em um neoconstitucionalismo positivista. Sobre a coincidência entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo vide DIMOULIS, Dimitri. Crítica do Neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em direito da UFBA**. n. 22, ano 2011.1, pp. 179-203.

<sup>64</sup> Trecho curioso de um dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Esse trecho encontra-se presente *ipsis litteris*, conforme busca rápida pelo site do tribunal, em 5 acórdãos e em 101 decisões monocráticas entre os anos de 2006 e 2008, todos de relatoria do então ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em fevereiro de 2016.

vemo-nos, por fim, livres de um “retorno a Auschwitz”<sup>65</sup> (BITTAR, 2013, p. 579). A jurisprudência nacional tem uma clara afinidade com essas teorias, como o atesta o constante recurso aos princípios, à ponderação e a embasamentos teóricos de viés pós-positivista na fundamentação das decisões.

A profusão de trabalhos acadêmicos e citações jurisprudenciais que anunciam as boas novas da “despurificação” do direito dá a ideia de que finalmente teríamos encontrado a justa medida entre o engessamento do legalismo e a abertura à justiça e às transformações sociais pelos princípios. A euforia trazida por visões que chegam a afirmar “que o desenvolvimento do neoconstitucionalismo apontará o paradigma jurídico deste início de século” (MOREIRA, 2008, p. 247), indica os rumos da teoria do direito no Brasil. Se não há uma unanimidade na aceitação, vez que existem autores que criticam<sup>66</sup> tanto a novidade da corrente – por se tratar de “uma nova denominação utilizada para designar velhas práticas e crenças do mundo jurídico” (DIMOULIS, 2011, p. 198) – quanto a sua adequação, é possível dizer que há uma centralidade do debate em torno do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo na teoria do direito brasileiro.

As teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas, que têm como núcleo o postulado da normatividade dos princípios, se projetam num cenário ainda difuso. Constituem um modelo teórico em elaboração que ainda carece de consenso sobre sua natureza, “há, sim, um movimento, uma dinâmica, uma pretensa viragem teórica que tende a consolidar determinado padrão de linhas” (CORRÊA, 2011, p. 8), daí a pertinência do título da coletânea de artigos sobre o tema, organizado por Miguel Cabonell, ser “Neoconstitucionalismo(s)”. O pós-positivismo surge como uma dita “superação do legalismo” (BARROSO, 2008, p. 42), no contexto de um “modo antijuspositivista de se aproximar do direito” (POZZOLO, 2010, p. 77). Os pós-positivistas tendem, nesse sentido, a ver o positivismo como incapaz de descrever e explicar a realidade do direito, o que provaria a “crise do positivismo e sua derrocada” (FIGUEIRA; BICALHO, 2011, p. 112).

Na Europa, o marco histórico no desenvolvimento do pós-positivismo teria sido o constitucionalismo, que definiu seus contornos principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, tendo como expoentes europeus a Itália e a Alemanha, seguidos de Portugal e

---

<sup>65</sup> Bittar assume uma compreensão do pós-positivismo dentro de um recorte procedimental, calcado numa teoria discursiva habermasiana.

<sup>66</sup> Dimitri Dimoulis, Humberto Ávila, Barberis.

Espanha<sup>67</sup>. Os precedentes do totalitarismo e da ditadura teriam favorecido o delineamento desse novo constitucionalismo cada vez mais correspondente ao Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2007), de forma que a expansão do modelo democrático levou o constitucionalismo a vincular-se aos postulados da democracia.

As longas e densas constituições que ganharam espaço no segundo pós-guerra, com a positivação e especificação de uma ampla gama de princípios e direitos fundamentais, fomentou o desenvolvimento de um modelo de Estado Constitucional, no qual a Constituição passa a ser concebida como expressão de um ideal moral universal que sustenta todo o sistema jurídico (POZZOLO, 2010). Isso impulsionou uma nova reflexão sobre a normatividade do direito a sua legitimação social e moral (DUARTE, 2010).

Segundo o argumento neoconstitucionalista, a sua novidade decorre de uma ruptura com o modelo de Estado de Direito ou Estado Legislativo em direção a um Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional, no qual se faz presente um catálogo de direitos fundamentais – e mecanismos de controle de constitucionalidade – capaz de ampliar a atuação do direito sobre a vida social, consolidando um perfil com “mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador” (VALE, 2007, p. 68)<sup>68</sup>. Os riscos da subserviência ao legalismo e ao formalismo, assim como da separação entre direito e moral, próprios do positivismo jurídico teriam sido provados pelas experiências políticas do século XX – nazismo e fascismo, –<sup>69</sup> que estabeleceram a crise desse modelo de ordenação social.

---

<sup>67</sup> Importa considerar que o termo “neoconstitucionalismo” não integra o debate constitucional alemão. Cuida-se de um conceito formulado na Itália e na Espanha (SARMENTO, 2009).

<sup>68</sup> Conforme trecho frequentemente citado de Luis Pietro Sanchís, o neoconstitucionalismo se identifica por mais “princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços extensos em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário e por último coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórias, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas” (SANCHÍS *apud* MAIA, 2012, p. 42).

<sup>69</sup> Esse é o argumento conhecido como *Redutio ad Hitlerum* comumente invocado pelo pós-positivismo em favor da inserção da moral no direito, especialmente por meio dos princípios. Esse argumento não tem respaldo

Além disso, a emergência de uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetada, atravessada por novos problemas relacionados a bioética, realidade digital, globalização, crise ambiental, etc., demandou uma compreensão da lei não mais como uma figura estática, mas eivada de conflitos e interesses em disputa. O sistema jurídico contemporâneo passa a servir “como escoadouro para os inúmeros problemas presentes nas complexas sociedades contemporâneas” (MAIA, 2012, p. 51).

Nesse contexto, amplia-se o número de casos extremos, que ameaçam as compreensões sobre o direito e a justiça. Fala-se, assim, da passagem de uma sociedade homogênea para uma sociedade plural (MOREIRA, 2008), que torna mais comuns os casos difíceis (*hard cases*) postos à apreciação judicial. Uma alteração social dessa monta exigiria, por conseguinte, uma adequação da agenda da teoria do direito que atendessem a essa nova realidade. O pós-positivismo, portanto, concentra-se justamente naquilo que aparecia em atenção secundária para o positivismo. Segundo Calsamiglia, o pós-positivismo “cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211).

No Brasil, o marco histórico foi a Constituição de 1988 que além de seu extenso rol de direitos fundamentais, afirma o ideal de um “Estado Democrático” num contexto pós-ditadura. Barroso afirma que “sob a constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração” (BARROSO, 2007, p. 4). Daniel Sarmento destaca que após a Constituição de 1988 seguiram-se dois momentos: o primeiro, voltado para uma espécie de positivismo de combate, amparava-se na defesa da força normativa da constituição. Essa primeira reação é concebida como a de um constitucionalismo da efetividade, no qual a jurisdição era um importante espaço cujo ator principal é o juiz. O resultado desse movimento foi o de imprimir no senso comum o significado da constituição como norma<sup>70</sup>

---

histórico e nem filosófico, como será demonstrado no terceiro capítulo desta dissertação. Por ora, importa apresentar o pós-positivismo dentro de sua própria lógica, ainda que flagrantemente equivocada.

<sup>70</sup> Barroso defende que um dos marcos do neoconstitucionalismo foi o reconhecimento de força normativa à Constituição. Ele faz a curiosa afirmação de que uma “das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica” (BARROSO, 2007, p. 5). Segundo ele, antes disso, as Constituições tinham um status meramente político.

(SARMENTO, 2009).

O segundo momento foi o da chegada das teorias pós-positivistas no Brasil, a partir da teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, que

fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. Também deve ser salientada a ampla penetração, no âmbito de algumas pós-graduações em Direito, a partir de meados dos anos 90, do pensamento de filósofos que se voltaram para o estudo da relação entre Direito, Moral e Política, a partir de uma perspectiva pós-metafísica, como John Rawls e Jürgen Habermas. E ainda merece destaque o aprofundamento no país dos estudos de hermenêutica jurídica, a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro linguístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da norma) (SARMENTO, 2009, p. 8).

Nesse momento, o debate jurídico passa a contar com a argumentação moral exigida pela aplicação dos princípios constitucionais, dotados de normatividade. A quantidade de trabalhos sobre a teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade, direitos fundamentais – principalmente os sociais – cresce muito. Os princípios deixam de ser concebidos como normas meramente programáticas e a sua eficácia ganha relevância nos debates jurídicos, marcados “pela preocupação com valores e democracia, repleta de novas categorias, importadas sobretudo do Direito germânico, como o ‘mínimo existencial’, a ‘reserva do possível’ e a ‘proibição do retrocesso’” (SARMENTO, 2009, p. 8).

Bonavides considera que a crítica promovida pelo pós-positivismo é capitaneada por Dworkin<sup>71</sup>, no sentido de postular o tratamento dos princípios como integrantes do direito e capazes de impor obrigação legal<sup>72</sup>. Nesse projeto de formação e desenvolvimento da doutrina pós-

---

<sup>71</sup> No mesmo sentido: BARROSO, 2001, p. 21.

<sup>72</sup> Segundo Paulo Bonavides, Dworkin, por meio do tratamento dos princípios como regra, teria superado os dogmas da regra suprema (*master rule*),

positivista, Bonavides destaca Friedrich Müller<sup>73</sup> – na Alemanha, que teria rompido com o formalismo normativista de Kelsen – e Dworkin, na trajetória anglo-americana, teria abalado o positivismo hartiano pela conexão entre direito e moral. Robert Alexy<sup>74</sup> também é apresentado como central no debate pós-positivista na medida em que estabelece os critérios de distinção entre princípios e regras e as formas de se lidar com os conflitos e colisões entre os tais (BONAVIDES, 2008). Também são comumente citados como pioneiros no debate do pós-positivismo Gustavo Zagrebelsky, John Rawls, Albert Calsamiglia, Jürgen Habermas e Manuel Atienza<sup>75</sup>. Quanto ao neoconstitucionalismo, ele se desenvolveu da Europa e Itália e teve influência no Brasil a partir da divulgação da obra *Neocosntitucionalismos(s)* de Miquell Carbonell. Também aqui são referências no debate Dworkin, Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Peter Häberle, Luigi Ferrajoli<sup>76</sup>, Carlos Santiago Nino e Susanna Pozzolo, a primeira a utilizar o termo neoconstitucionalismo. Muitos desses jamais se intitularam pós-positivistas ou neoconstitucionalistas.

O pós-positivismo no Brasil, porém, não se atém aos modelos dos autores estrangeiros de que são tributários, razão pela qual será dispensado o trabalho de estudo desses autores dentro de seus contextos e em comparação com a sua apropriação pela teoria jurídica no Brasil. Em verdade, como reconhece Barroso, o neoconstitucionalismo no Brasil efetua um sincretismo metodológico “inevitável e desejável” em função

---

da discricionariedade do juiz e o da teoria positivista da obrigação legal (BONAVIDES, p. 265).

<sup>73</sup> No direito alemão, Dimoulis cita Müller que se auto intitula pós-positivista a fim de se diferenciar da teoria clássica da interpretação do positivismo, assim como Alexander Somek e Nikolaus Forgó, estes, porém, num sentido oposto ao de Müller, consideram-se “pós-positivistas” por sua visão crítica do realismo jurídico norte americano. De qualquer modo, nenhum deles utiliza o termo no sentido que lhe é atribuído no Brasil (DIMOULIS, 2006).

<sup>74</sup> Barroso considera ainda como pioneiros nesse debate John Rawls e Albert Calsamiglia (BARROSO, 2007, p. 4, nota de rodapé). Friedrich Müller também é referenciado por alguns como parte desse movimento (SOUZA, 2011; CONTE, 2008), muito embora, como ressalta Dimoulis, esse autor seja um crítico do moralismo (DIMOULIS, 2006).

<sup>75</sup> Antônio Cavalcanti Maia afirma que “Jürgen Habermas e Manuel Atienza, são indiscutivelmente pós-positivistas – construindo duas poderosas obras de desmonte do paradigma positivista” (MAIA, 2012, p. 28).

<sup>76</sup> Ferrajoli é um crítico da aproximação conceitual entre moral e direito proposta pelo neoconstitucionalismo e, nesse sentido, chega a considerá-lo uma forma de jusnaturalismo.

da impossibilidade de se “utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros” (BARROSO, 2007. p. 9, nota de rodapé).

### 2.1.1. Algumas definições sobre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo no Brasil

O neoconstitucionalismo é compreendido como um novo paradigma que repercute na teoria e na prática dos tribunais, referindo-se, segundo Carbonell, a duas questões: aos fenômenos evolutivos que repercutem no paradigma do Estado constitucional, assim como à teoria do direito que a ele corresponde (CARBONELL, 2003). Uma teoria, aliás, que não se pretende apenas descritiva, mas que compreende uma dimensão moral e política.

Comanducci<sup>77</sup> elaborou uma classificação do neoconstitucionalismo bastante difundida e citada em quase todos os trabalhos sobre o tema. Ele aborda o neoconstitucionalismo a partir dos três sentidos em que Bobbio refere-se ao positivismo: teoria, ideologia e método de análise.

Segundo Comanducci, o neoconstitucionalismo, em sua dimensão **teórica**, é concorrente do positivismo, na medida em que este não mais atenderia à situação dos sistemas jurídicos contemporâneos, em particular, “el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas dei juspositivismo teórico de matriz decimonónica” (COMANDUCCI, 2003, p. 83). Para o autor, o neoconstitucionalismo se caracteriza pela existência de uma

Constitución ‘invasora’, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley (COMANDUCCI, 2003, p. 83).

No plano **ideológico**, o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo por colocar o objetivo de limitação do poder em segundo plano e fixar seu propósito na garantia dos direitos fundamentais.

---

<sup>77</sup> Comanducci se considera um defensor do positivismo metodológico, isto é, considera possível descrever o direito como ele é.



“El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación” (COMANDUCCI, 2003, p. 85).

Na dimensão **metodológica** está presente a visão, contrária ao positivismo, da “tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral” (COMANDUCCI, 2003, p. 87). Segundo o autor, o neoconstitucionalismo metodológico se contrapõe tanto à tese das fontes sociais do direito, quanto a da separação conceitual entre direito e moral reivindicadas pelo positivismo.

O critério é relevante, na medida em que permite distinguir a teoria neoconstitucional de suas versões apologéticas e da versão que defende a aproximação conceitual entre direito e moral. Esse critério, no entanto, não é imune a críticas. Consideramos que, nos termos em que é apresentada pelo autor, a classificação é imprecisa.

Em primeiro lugar, a teoria contra a qual o neoconstitucionalismo teórico contende é aquela de um positivismo do século XIX, próximo do modelo da escola da exegese e que desde então não tem feito muitos adeptos. Ora, a descrição do direito neoconstitucionalista, como o apresenta Comanducci nada mais é que constitucionalismo, o que não justifica o prefixo “neo”. Como o próprio autor reconhece, “la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días” (COMANDUCCI, 2003, p. 88). Isso porque, o neoconstitucionalismo teórico acaba por se referir a um modelo descritivo do direito próprio do positivismo jurídico. A tese da descrição não compreende qualquer conteúdo *a priori* sobre o direito. O século XIX, por óbvio, correspondeu a uma certa descrição do direito que não é a mesma de hoje porque o direito a ser descrito é distinto. Seja a ordem jurídica legicêntrica ou principiológica, a atividade descritiva é a mesma.

Nesse aspecto, o neoconstitucionalismo teórico que dependa da criação de um tal espantinho – modelo positivista que não mais corresponde aos atuais desdobramentos da teoria – para se sustentar acaba por se confundir com o neoconstitucionalismo ideológico.

Quanto à dimensão metodológica, a recusa da tese dos fatos sociais acabaria por colocar o neoconstitucionalismo entre as correntes jusnaturalistas, o que não corresponde à posição mais aceita entre os pós-positivistas no Brasil, justamente por muitos se referirem à “viragem linguística” como marco filosófico da teoria. Daniel Sarmiento e Souza Neto argumentam no mesmo sentido de grande parte dos demais autores que

O pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 201).

A tripartição de Comanducci designa variações relevantes da teoria neoconstitucionalista. Isso não obsta uma readequação dessa classificação – sobretudo considerando o seu debate no contexto brasileiro<sup>78</sup> –, não a fim de negar o mérito e as contribuições dessa diferenciação e nem menosprezar o seu uso por outros autores, mas para readequá-la a uma concepção mais próxima da realidade brasileira.

Sem pretender negar a grande diversidade de correntes e perspectivas que podem ser encampadas sob o rótulo neoconstitucionalista, apenas será feito aqui um recorte que opta por uma entre as diversas concepções possíveis. Por essa razão, pós-positivismo e/ou neoconstitucionalismo serão tratados na medida em que possam ser tomados como sinônimos. Assim, o neoconstitucionalismo será concebido partir da classificação de Comanducci, mas de um modo um pouco distinto, no sentido de um neoconstitucionalismo como teoria antipositivista do direito, congregando elementos teóricos e metodológicos. Envolve, portanto, desdobramentos teóricos e fáticos distintos, mas reciprocamente implicados, que podem ser resumidos:

- i) Superação do jusnaturalismo e juspositivismo;
- ii) Redução da diferença entre as dimensões descritivas e prescritivas da teoria;
- iii) Distinção (qualitativa ou não) entre duas espécies normativas: princípios e regras aos quais corresponde subsunção/ponderação, antinomia/colisão;
- iv) Força normativa, supremacia constitucional e constitucionalização do direito;
- v) Centralidade dos casos difíceis e, portanto, dos princípios;
- vi) Nova interpretação, baseada na hermenêutica e argumentação;

---

<sup>78</sup> A confusão entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo é uma particularidade brasileira.

- vii) Deslocamento de poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário;
- viii) Reaproximação entre direito, política e moral.

Essas características serão trabalhadas adiante a partir das considerações sobre o antipositivismo e as reformulações pós-positivistas no âmbito da teoria da norma e da teoria da interpretação.

### *2.1.1.1. Antipositivismo*

Paulo Bonavides é considerado o primeiro a utilizar o termo “pós-positivismo” no Brasil e o admite como uma terceira via que começa a ganhar contorno na segunda metade do século XX. Para ele, o pós-positivismo reage “tanto a doutrina do Direito Natural quanto a do velho positivismo ortodoxo” (BONAVIDES, 2008, p. 264), aliciando os melhores elementos das duas teorias, a fim de romper com o dualismo Direito Natural-Direito Positivo e conjugar a segurança jurídica com os valores de justiça. No mesmo sentido, Barroso afirma que a “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo” teria gerado as reflexões que atualmente dão corpo ao pós-positivismo<sup>79</sup>, o qual compreenderia aspectos da nova hermenêutica e da teoria dos direitos fundamentais (BARROSO, 2001, p. 19).

Convém expor os critérios para se identificar o positivismo jurídico, a fim de se compreender em que medida o positivismo<sup>80</sup> se tornou obsoleto ou deve ser reformado, segundo o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. O positivismo jurídico será abordado partir de três teses, conforme as apresenta Dimitri Dimoulis e André Coelho (DIMOULIS, 2006; COELHO, 2016):

---

<sup>79</sup> Em outro texto, o autor afirma que “a quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo” (BARROSO, 2007, p. 4). O mesmo entendimento é o de: POZZOLO, 2010, FERNANDES; BICALHO, 2011, MAIA, 2012, DUARTE, 2010. MOREIRA, 2008, ALVES JUNIOR, 2002. Mas também aqui não é possível vislumbrar um consenso, pois alguns autores, geralmente os críticos, identificam o pós-positivismo com o jusnaturalismo. Como aqui será tomada a autocompreensão do pós-positivismo, este será concebido como uma teoria jusmoralista distinta tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo.

<sup>80</sup> O positivismo compreende várias correntes internas e admite um amplo debate. Aqui o positivismo será tomado a partir das características comuns que reúnem todas essas correntes no mesmo rótulo positivista.

a) *Tese da descrição*: a teoria do direito de viés positivista compreende que a sua função é descrever o direito como ele é – natureza e funcionamento – e não como ele deveria ser. Embora seja uma atividade relevante, a avaliação sobre o direito não diz respeito a teoria do direito.

b) *Tese dos fatos sociais, ou das fontes sociais*: essa tese serve de critério para diferenciar o positivismo jurídico do jusnaturalismo<sup>81</sup>. Nesse sentido, ela sustenta que o direito decorre de condutas humanas e não de mandamentos divinos, provenientes da natureza, da razão humana ou presentes na natureza objetiva das coisas. Assim, direito é apenas o criado pelos homens (direito positivo) e posto pelas autoridades competentes – não necessariamente o Estado ou o legislador, cada sociedade e cada sistema jurídico possui a sua respectiva fonte social autorizada de produção jurídica –, não se reconhecendo ao direito natural qualquer participação na definição do direito.

c) *Tese da não conexão necessária entre direito, moral e política*: segundo o positivismo, não há uma vinculação conceitual necessária entre o direito, a moral e a política. Afirmar que há uma separação conceitual não é o mesmo que negar a influência da moral e da política para a produção de normas jurídicas ou mesmo para a aplicação do direito. Ora, a moral e a política certamente participam do processo de criação e interpretação do direito, mas em nível conceitual, não é correto que a definição do direito inclua a moral ou a política, de modo que validade jurídica não coincide com validade moral.

O pós-positivismo promove um abrandamento da diferenciação entre a descrição e a avaliação do direito, afirmando que a teoria não apenas descreve, mas forma o direito, atribuindo ao trabalho do jurista um caráter não apenas cognitivo, mas também criativo. Conforme o argumento de Susanna Pozzolo, “a doutrina neoconstitucionalista, em definitivo, é também, senão sobretudo, uma política constitucional: que, indica não como o direito é, mas, como o direito deve ser” (POZZOLO, 2010, p. 78) e, portanto, mais que descrever, ela avalia e justifica o direito.

No *Curso de Filosofia do Direito* de Guilherme Almeida e Eduardo Bittar é possível entender a função da tese positivista da separação conceitual entre direito, política e moral. No capítulo em que abordam a relação entre o direito e a moral, Almeida e Bittar afirmam que o direito pode caminhar ou não em consonância com os ditames morais de uma sociedade, caso em que o direito poderá ser moral ou imoral. Segundo ele,

---

<sup>81</sup> A esse positivismo que faz face ao jusnaturalismo Dimoulis denomina de positivismo *latu sensu*.

O curioso é dizer que o **direito imoral**, apesar de contrariar sentidos latentes axiologicamente na sociedade, ainda assim é um Direito exigível, que obriga, que deve ser cumprido, que submete a sanções pelo não cumprimento de seus mandamentos, ou seja, que pode ser realizado. Este, no entanto, é mais desejável (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 441, grifo nosso).

Para o positivismo, a constatação de que o direito é aquele posto pelas autoridades competentes, observado pelos seus destinatários e compreendido como exigível trata-se de um juízo de fato, ou seja, uma descrição do direito que é. Por outro lado, esse direito existente pode não ser, como afirmam os autores, desejável. Assim, a um juízo de fato (a identificação de um fenômeno social como direito), segue-se um juízo de valor (moral/imoral).

Antes de ser avaliado como moral ou imoral, os autores reconhecem que se trata de um direito reconhecido como tal. Almeida e Bittar, porém, mesmo após essa afirmação, acabam confundindo essas duas instâncias – o direito que *é* e o direito que *deve ser* – e afirmam em seguida que a “moral é e deve sempre ser, o fim do Direito. Com isso, pode-se chegar à conclusão de que Direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito” (ALMEIDA; BITTAR, 2005, p. 444).

Nesse aspecto, torna-se possível identificar o sentido do antipositivismo invocado pelos pós-positivistas. Se mesmo o positivismo reconhece a relação contingente entre o direito, a moral e a política<sup>82</sup>, o neoconstitucionalismo antipositivista diverge em nível conceitual com o positivismo, achatando a separação entre ser e dever ser ou entre descrição e prescrição do direito e atribuindo à validade jurídica uma dimensão moral. Nessa linha, Sarmento e Souza Neto afirmam que

Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao

---

<sup>82</sup> Mesmo os positivistas exclusivos só defendem a tese da absoluta diferenciação entre a validade moral e a validade jurídica no referido plano da validade, o que não compreende o conteúdo do direito, que pode eventualmente possuir conteúdos que se identificam com conteúdos morais e nem o plano da aplicação .

intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no marco da ordem jurídica vigente. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, mas elas se tornam mais tênues e porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de Justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério” (SARMENTO, 2009, p. 5).

Numa dimensão conceitual, a redução das diferenças entre e descrição a prescrição podem se dar no campo da *validade* do direito, hipótese em que, como afirma Bittar, o direito injusto ou imoral não merece ser designado como direito. Mas pode também, como defendido por Sarmiento e Souza Neto, atingir o plano da *interpretação*<sup>83</sup>, caso em que o direito compreenderá uma pretensão de correção, exigindo do intérprete que adote a solução mais justa. A recusa da tese da separação compreende, ainda, o pragmatismo que “impulsiona o paradigma neoconstitucionalista à inclusão, também, da dimensão política do direito” (DUARTE, 2010, p. 65).

Nesse ponto, destaca-se outro aspecto relevante que separa positivistas e pós-positivistas, a teoria da decisão/interpretação. O pós-positivismo se propõe a sanar o “vácuo de justiça entre a confecção da norma e sua aplicação” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 115), deixado pelo positivismo. Assim, sobreleva-se a hermenêutica e a teoria da argumentação como importantes expoentes no anseio de superação da discricionariedade decorrente do positivismo jurídico.

A relação entre o direito e a moral no pós-positivismo será desenvolvida em seguida. Neste momento, é importante destacar que o antipositivismo invocado pelo paradigma neoconstitucionalista deve pressupor a contraposição às teses que definem o positivismo jurídico. No caso em questão, as teses da descrição e da separação entre o direito e a moral.

### 2.1.1.2. *Relação entre direito, moral e política*

O confronto do neoconstitucionalismo com a tese positivista da

---

<sup>83</sup> Muitas vezes não se reconhece essa divisão entre plano da validade e plano da interpretação do direito, de modo que muitos dos pós-positivistas simplesmente compreendem que direito é direito justo, sem maiores considerações sobre os planos da validade e da interpretação.

autonomia entre o direito, a moral e a política constitui o cerne da teoria, que, nesse ponto, é objeto de uma defesa, muitas vezes apaixonada, por parte de alguns pós-positivistas. Calsamiglia afirma que na “agenda postpositivista ésta es una de las tesis más discutidas pues autores como Fuller y Dworkin sostienen que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el derecho” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 210). O motivo pelo qual o debate se acentua se deve a algumas circunstâncias históricas e sociais.

Os regimes totalitários – nazismo e fascismo – que marcaram a Europa no século XX não se instauraram à revelia da ordem jurídica, as Constituições estavam vigentes e assim permaneceram mesmo durante a solução final. No fim do segundo pós-guerra, com a repercussão mundial dos crimes cometidos durante o nazismo e o Julgamento de Nuremberg dos principais criminosos de guerra – os quais costumavam alegar em sua defesa que estavam apenas cumprindo ordens – formou-se um entendimento de que o positivismo, com o seu postulado da separação entre o direito e a moral, teria permitido os horrores do nazismo.

A neutralidade valorativa do teórico do direito, assim como a possibilidade de que qualquer conteúdo, mesmo que injusto ou imoral, pudesse ser considerado direito teria desarmado os juristas de resistirem às leis injustas e de se posicionarem contra elas. Gustav Radbruch, com a distribuição de um panfleto a seus alunos intitulado *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, foi um dos principais expoentes na defesa da ideia de que o direito injusto não é direito:

Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de Justiça [...]. Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana<sup>84</sup>, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas (RADBRUCH, 1997, p. 416).

Para além desse precedente histórico invocado pelos antipositivistas, outro fator importante decorre do advento de um contexto social cada vez mais plural, que passa a abranger referências como:

---

<sup>84</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos impulsionou o movimento de constitucionalização de direitos fundamentais, tornando desnecessário o recurso a direitos naturais suprapositivos.

“sociedade informacional”, globalização, “sociedade de risco”, revolução biotecnológica, “sociedade hipercomplexa”, etc. As várias transformações sociais são cada vez mais urgentes, transindividuais e transnacionais. A isso se acresce a velocidade das informações, das transações comerciais, das descobertas científicas, colocando o direito frente a um novo contexto, de um mundo que se move com mais rapidez do que o mundo jurídico.

O pós-positivismo se propõe pensar e aplicar o direito dentro dessa nova realidade, reagindo contra a “pureza do direito” e inserindo em seu conceito uma justificação ético-moral, além da eficácia social e validade formal das normas (DUARTE, 2010), de modo a aproximar a dimensão da legalidade da dimensão da legitimidade.

Nesse sentido, é possível vislumbrar no movimento antipositivista dois enfoques de fundamentação externa do direito – destinadas a sua legitimação – que fazem coro em desfavor à tese da não conexão necessária entre o direito, a moral e a política, proposta pelo positivismo: uma de cunho idealista, que exige a adaptação do direito a imperativos de justiça, bem-comum e moralidade; outra de vértice sociológico, aponta a necessidade de que o direito acompanhe a evolução da sociedade por meio de uma maior flexibilidade dos imperativos normativos (DIMOULIS, 2006). Nesse sentido, o pós-positivismo encarna um discurso de emancipação social pela flexibilização das normas e da abertura introduzida no direito pelos princípios. O peso e a dimensão dos princípios são fixados no caso concreto, pois “uma axiologia pluralista (de cunho construtivista) requer uma deontologia flexível (de cunho principialista)” (FIGUEIROA *apud* FIGUEIRA; BICALHO, 2011, p. 123).

Margarida Maria Lacombe Camargo afirma, nesse sentido, que

O pós positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade, a duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a Justiça [...]. Poderíamos indicar aqui os nomes de Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy [...]. Em outra banda encontram-se autores que abraçam o pragmatismo, como é o caso de Friedrich Müller, Peter Häberle e Castanheira Neves (CAMARGO, 2003, p. 137-138).



Conforme argumenta Calsamiglia, o raciocínio moral tem um relevante papel no raciocínio jurídico, havendo, portanto, uma relação intrínseca entre direito e moral, que adentra no ordenamento por meio de princípios morais positivados, pois “en muchas constituciones modernas se introducen conceptos muy abstractos que requieren decisiones para atribuirles significado y el tipo de justificación es una justificación moral” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 215).

Outro ponto, identificado por Calsamiglia é que a teoria parte do reconhecimento das exigências sociais que demandam mais que um papel passivo dos juristas. As teorias pós-positivistas não apenas reconhecem os problemas reais e as dificuldades que se apresentam ao intérprete, como se destinam a formular instrumentos que, de fato, o habilitem a lidar da melhor forma possível os problemas sociais. Para Calsamiglia, as “teorías del derecho tienen como función la mejor comprensión del derecho y deben ofrecer instrumentos adecuados para construir una tecnología para resolver mejor los problemas sociales” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 218).

Segundo Susanna Pozzolo, a “positivação dos princípios, efetivamente, é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito um a tendência intrínseca à satisfação do ideal moral” (POZZOLO, 2010, p. 82), assim o discurso jurídico e o discurso moral se aproximam e a justiça passa a representar um critério de validade.

A leitura moral da Constituição, resultante de uma interpretação construtiva dos valores constantes do regime democrático, termina por realizar, concomitantemente, a redução do discurso jurídico (raciocínio jurídico) ao discurso moral (raciocínio moral) (DUARTE, 2010, p. 68).

Embora alguns pós-positivistas defendam a moralidade como critério de validade do direito, é certo que em sua grande parte, os pós-positivistas centram os seus esforços no âmbito da interpretação, procurando oferecer parâmetros e critérios para a aplicação concreta do direito.

Assim, produz-se uma abertura valorativa que perpassa não apenas o momento de criação da norma, como de sua aplicação. Essa abertura é especialmente possibilitada pelos princípios que inserem uma “pretensão de correção” no direito orientado por valores e objetivos políticos – como

a redução das desigualdades sociais. Écio Oto Ramos Duarte argumenta que o neoconstitucionalismo postula uma “ampliação [sic] do conteúdo da *grundnorm*”<sup>85</sup>, de modo que o direito só é obrigatório porque inclui conteúdos morais na norma fundamental.

A partir do “argumento da injustiça”, “segundo o qual normas extremamente injustas não podem ter o caráter de normas jurídicas”, é introduzida na formulação da norma fundamental uma cláusula que leva em conta o argumento da injustiça refletindo implícita ou explicitamente uma pretensão de correção de todo o sistema de normas (DUARTE, 2010, p. 71-72).

Assim, a proximidade entre direito e moral incorpora a filosofia aos debates jurídicos, na medida em que além do nível formal de validade congrega ainda uma densidade material, o que “levará o conceito de direito a uma dimensão ou âmbito de fundamentação que qualifica a validade das normas jurídicas desde um grau mínimo de justificação ética” (DUARTE, 2010, p. 72).

Além disso, o direito também passa a corresponder a uma lógica pragmática. De um lado, os efeitos práticos das decisões são o principal fundamento da tomada de decisão, de outro, o conceito de direito adotado será aquele mais adequado à prática, não havendo, portanto, um único conceito, o que “impulsiona o paradigma neoconstitucionalista à inclusão, também, da dimensão política do direito” (DUARTE, 2010, p. 65).

Isso decorre da pluralidade social, que amplia os casos em que não é possível chegar a uma resposta definitiva sem conflito, os *hard cases*. Daí a necessidade da “efetivação de um quadro de valores externos, que interpreta o tecido social” (DUARTE, 2010, p. 20). A relevância dos princípios jurídicos insere-se nesse propósito, na medida em que “se propõem a uma abertura da Constituição (e do direito) aos valores sociais, permitindo a oxigenação do sistema” (FIGUEIRA; BICALHO, 2011, p. 123). O reconhecimento da elevada carga axiológica de princípios como “dignidade da pessoa humana”, “Estado democrático de direito”,

---

<sup>85</sup> Seria mais adequado falar de introdução de conteúdo, do que de ampliação. Afinal, na concepção kelseniana, a *grundnorm* é pressuposta e não possui um conteúdo definido. A norma fundamental não-expressa é o pressuposto de obediência às leis, é “o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema” (BOBBIO, 1995, p. 60).

“solidariedade social” permite que a moral seja debatida e que a constituição possa ser atualizada e adaptada.

O pós-positivismo afirma uma conexão não apenas contingente, mas necessária entre o direito e a moral, uma vez que a constituição elenca princípios como verdadeiros *standard morais*. Especial destaque se deve ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se ergue como centro gravitacional de todo o ordenamento jurídico.

### 2.1.2. Teoria da norma

Uma das mais importantes repercussões trazidas pelo neoconstitucionalismo decorre da reformulação da teoria da norma. A norma é concebida como gênero do qual se bifurcam duas espécies normativas, as regras e os princípios. Barroso observa que o “reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo” (BARROSO, 2007, p. 10).

Ambas as espécies normativas (regras e princípios) atuam num contraponto dialético. Se o ordenamento jurídico contivesse apenas regras, o direito se cristalizaria e se engessaria, tornando-se impermeável às mudanças sociais. Mas se a ordem jurídica tivesse apenas princípios, o direito se tornaria arbitrário e imprevisível quanto à regulação dos comportamentos sociais. Princípios e regras, atuam, assim, para que o sistema jurídico mantenha a sua segurança jurídica, mas também permaneça passível de se adequar à realidade e às transformações da sociedade.

O pós-positivismo, porém, reivindica a superioridade hierárquica de princípios investidos de conteúdo moral e a maior relevância que eles adquirem decorre da sua ampla possibilidade de concretização. Na medida em que não são integralmente descritivos e de “menor densidade jurídica” (BARROSO, 2007, p.10), os princípios conferem acentuada discricionariedade ao intérprete, como ocorre com a “dignidade da pessoa humana”, “eficiência”, “razoabilidade”, “solidariedade”.

Essa função prática destaca-se na medida em que o pós-positivismo refere-se às “teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política” (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209). Além disso, a mudança de agenda do neoconstitucionalismo exacerba a presença dos *hard cases* – aos quais é dada mais atenção que aos casos fáceis – em cuja resolução os princípios exercem papel essencial.

Em que pese a Constituição ser tomada por alguns, no contexto

neoconstitucionalista, como um “Documento Político-Jurídico principiológico” (MAIA, 2012, p. 3), a Constituição brasileira, do ponto de vista quantitativo, é regulatória, já que em comparação com as regras, os princípios que ela prevê são poucos. O argumento comumente defendido, porém, é o de que os princípios teriam uma prevalência sobre as regras, por sua natureza estruturante.

Os princípios passam a ocupar um lugar central, mesclando conteúdos deontológicos e axiológicos, os quais exigem do intérprete o recurso à argumentação (FERNANDES; BICALHO, 2011). Essa visão do direito destina-se à manutenção de uma sociedade pluralista, destino esse que chega a persistir como metaregra (FERNANDES; BICALHO, 2011).

Bonavides destaca a superioridade da normatividade dos princípios, enquanto normas-chave de todo o sistema jurídico, isto é, como “norma das normas” (BONAVIDES, p. 290). Nesse sentido, a corrente pós-positivista converge em erigir os princípios como estruturantes de todo o sistema jurídico, de modo que o desrespeito a um princípio seria mais grave que a violação de uma regra. Bonavides conclui que a teoria dos princípios consolida

a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jus-filosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios (BONAVIDES, 2001, p. 294).

Nessa quadra, a própria Constituição passa a ser compreendida de modo distinto, como um sistema aberto e fragmentado, constituído por

regras e por princípios e atravessada por conteúdos de justiça e moralidade.

### *2.1.2.1 Regras e princípios, subsunção e ponderação, antinomia e colisão.*

Não há uma concordância na definição precisa na diferenciação entre princípios e regras. Segundo Sarmiento e Souza Neto, o modelo mais aceito é o de Robert Alexy (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012), para Marcelo Neves a perspectiva dominante remonta a Ronald Dworkin, já que o *Modelo de regras I* do livro de Dworkin *Levando os direitos a sério*, também costuma ser invocado como parâmetro para a distinção entre princípios e regras. A percepção de Dworkin, porém, é distinta da de Alexy, embora ambas sejam muitas vezes tomadas em conjunto.

Vários outros autores propuseram definições e critérios para a diferenciação entre princípios e regras como Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto, Alfonso Garcia Figueiroa, Eros Roberto Grau, Walter Claudius Rothenburg, José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Ana Paula Barcellos, Inocêncio Mártires Coelho, Humberto Ávila, Marcelo Neves, entre outros (NELVAM, 2015; ÁVILA, 2005; SILVA, 2003; NEVES, 2013).

A falta de um consenso sobre a distinção, além da tentativa de se ter uma visão mais ampla e minimamente sistemática do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, exigem a abstenção de empreender um esforço de relatar todos os critérios, críticas e definições. Segundo Virgílio Afonso da Silva, o “sincretismo metodológico”, ou seja, a adoção de teorias incompatíveis como se fossem compatíveis, é a marca da recepção brasileira da distinção entre regras e princípios (SILVA, 2003)<sup>86</sup>.

Nesse sentido, a fim de se preservar a visão mais geral que orienta a pesquisa, apontaremos as duas distinções que decorrem da diferença

---

<sup>86</sup> Sobre a incompatibilidade entre as diversas distinções entre regras e princípios, vide SILVA, V. A. da. *Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 2003, pp. 607-630. Também é esclarecedora a apresentação de Marcelo Neves sobre as semelhanças e diferenças entre Alexy e Dworkin: capítulo segundo de NEVES, M. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

entre regras e princípios. A primeira, separa subsunção e ponderação<sup>87</sup> e a segunda antinomia e colisão. Em regra, os princípios<sup>88</sup> devem ser objeto de ponderação. As regras, por sua vez, se submetem ao método de aplicação subsuntivo, típico do positivismo, de modo que havendo conflito entre duas regras, deve-se recorrer aos critérios comuns de resolução de antinomias, não podendo duas regras incompatíveis entre si conviverem no mesmo ordenamento. Uma deve ceder espaço para a outra por meio da revogação. Dito de outro modo, no plano metodológico, a distinção qualitativa entre regras e princípios repercute de tal modo que diante de um caso concreto os princípios prevalecem por meio de uma máxima de sopesamento ou ponderação que se definem a partir da dimensão de peso dos princípios, ou seja, os princípios demonstram a sua relatividade (ou derrotabilidade) diante dos casos concretos (FERNANDES; BICALHO, 2011). Em contrapartida, as regras vigem a partir da regra do “tudo ou nada”, nos termos de Dworkin. Nelas sobrepõe-se o modelo da subsunção e em caso de antinomia consideram-se os critérios tradicionais hierárquico, cronológico e especialidade.

Humberto Ávila já apontava que a doutrina constitucional vive “a euforia do que se convencionou chamar Estado Principiológico” (ÁVILA, 2005, p. 15). Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto afirmam que a “virada principiológica” e a euforia que a acompanha iniciou-se no Brasil a partir da década de 1990. Marcelo Neves fala em “fascínio pela principiológica” que decorre do processo de democratização e constitucionalização que invadiu a América Latina em geral e o Brasil após períodos autoritários (NEVES, 2013, p. 171). Os princípios conferem estruturação a todo ordenamento, exigindo das demais normas que se adequem e harmonizem com eles.

A força e dimensão do conteúdo dos princípios são definidos no caso concreto, eles estão em constante conflito e devem ser dimensionados caso a caso a partir de argumentos morais. Os princípios

---

<sup>87</sup> Mesmo nesse ponto persiste uma diversidade de entendimentos. Moreira argumenta que a “ponderação, que é critério (para muitos, método [Canotilho]; para outros princípio [Barroso]; para outros, regra [Jane reis]) para a solução de conflito entre normas constitucionais” (MOREIRA, 2008, p. 260).

<sup>88</sup> Importa estabelecer a diferença entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos, são aqueles que exprimem uma lógica constante em leis ou jurisprudência que orientam a tomada de decisão e ajudam a fundamentá-la. Eles “desempenham função retórico-argumentativa (cânones de interpretação), utilizados no desenvolvimento, integração e complementação do direito” (NELVAM, 2015, p. 1246). Esses não constituem espécie normativa.

em colisão, isto é, cuja incidência simultânea sobre a mesma situação gera um conflito ou antagonismo, devem ser sopesados ou ponderados, sem que se retire qualquer deles do ordenamento em abstrato, mas os afaste em concreto. Isso se dá no âmbito da aplicação e não da interpretação. Pozzolo coloca que não é o conteúdo dos princípios que variam a depender do caso concreto, mas a sua incidência ou peso no confronto com outros princípios.

a teoria ética à luz da qual, segundo o neoconstitucionalismo, deveria atuar o intérprete, incide sobre a aplicação: o sentido da norma, o sentido dos princípios é invariável e constante, não muda com as circunstâncias do caso; o que muda é a relação de força ou hierarquia entre eles baseada nas propriedades que emergem do caso concreto. (POZZOLO, 2010, p. 111).

Mas isso poderia conduzir a um particularismo que individualiza o caso concreto a despeito de uma racionalidade subsuntiva, o que eleva o ônus argumentativo que deflui dessa hierarquia axiológica. No contexto ético plural, a justiça admite múltiplas concretizações. Por essa razão surge a argumentação como prática persuasiva sujeita às contingencialidades do caso. Daí a mudança no papel do juiz, já que deste é demandado um esforço maior decorrente da maior incerteza das decisões, a necessidade de argumentação se torna mais relevante nesse aspecto. Isso reformula a noção tradicional de democracia e de separação de poderes.

Os princípios permitem que a Constituição se comunique melhor com a realidade fática subjacente, uma vez que conferem mais amplitude para interpretações que levem em conta as especificidades do quadro empírico. A sua plasticidade abre um maior espaço para a penetração de considerações sobre a solução mais justa no caso concreto no âmbito da concretização constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 291-292).

A colisão entre princípios e direitos fundamentais, os quais não necessariamente coincidem, seria um resultado natural e devem ser enfrentados por meio da ponderação por meio da qual se

(i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade (BARROSO, 2007, p. 11).

Dworkin e Alexy são citados pelo autor em referência à técnica da ponderação<sup>89</sup>. Por fim, em função da maior atividade criativa do juiz, a argumentação surge como instrumento de legitimação de uma atuação que excede a lógica da separação de poderes. Sua interpretação deverá a) encontrar respaldo no sistema jurídico; b) ter um fundamento jurídico generalizável; e c) considerar as consequências de sua decisão (BARROSO, 2007).

Princípios jusfundamentais que servem como pautas morais e jurídicas para a correção dos argumentos jusfundamentais. Os princípios — verdadeiras pautas axiológico jurídicas de procedimento para a resolução dos conflitos normativos em âmbito jusfundamental — exigiriam, portanto, da teoria jurídica, a judiciosa elaboração de uma teoria dos princípios — capaz de dar conta dos parâmetros de controle racional das ponderações que constantemente são realizadas (DUARTE, 2010, p. 66).

Segundo o argumento neoconstitucionalista, a norma é a interpretação decorrente do texto da norma. Daí que o intérprete constrói o significado da norma (FIGUEIRA; BICALHO, 2011), ou seja, a “interpretação é ato de decisão e não de descrição de um significado previamente dado” (FIGUEIRA; BICALHO, 2011, p. 125). Tanto maior

---

<sup>89</sup> Muitas vezes os dois autores são tomados dentro de uma mesma argumentação ou contexto sem a devida consideração, sobretudo em função das descontinuidades metodológicas que advém quando se trata de países legicêntricos e de países do sistema de *common law*. Dworkin, por exemplo, por vezes é usado para se referir a princípios como se, com isso, ele estivesse se referindo aos direitos fundamentais. Habermas e Günter também são autores comumente citados nesse âmbito.



será a decisão quanto mais aberto for o dispositivo normativo<sup>90</sup>.

Para Susanna Pozzolo, na aplicação do direito impera o “uso de alguns princípios, como aqueles da razoabilidade e da proporcionalidade — que funcionam como ‘super princípios’ supraconstitucionais —, e no uso da técnica de balanceamento” (POZZOLO, 2010, p. 81). Assim, os valores morais, na medida em que são positivados, coloca o discurso moral como um discurso interno ao direito. Em regra, essa leitura moral aplica-se às normas-princípio e não às normas-regra, porém, em casos excepcionais é possível fazer uma leitura valorativa também das regras (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Os dogmas de coerência e completude cedem espaço para uma concepção de direito que vai além das normas e do procedimento silogístico e lógico-formal tidos como ultrapassados, para compreender formas mais abertas que possibilitem que o justo prevaleça. Mais que aplicação imediata e acrítica é de produção da norma que se trata, o juiz não só aplica, mas produz a norma.

### 2.1.2.2. *constitucionalização do direito*<sup>91</sup>

Antes da segunda guerra, conforme o argumento pós-positivista, predominava no continente europeu uma cultura jurídica legicêntrica. A Constituição não possuía caráter normativo, uma vez que se tratava de um projeto político destinado ao legislador e que não conferia direitos oponíveis às pessoas e ao Estado.

Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos

---

<sup>90</sup> Segundo Écio Oto Ramos Duarte, porém, o juízo de ponderação estabelece que o juiz não pode agir discricionariamente, devendo descobrir e não inventar o direito das partes a partir da tese dos direitos. Há uma resposta correta em que são utilizados argumentos de princípio, e a “exigência de ponderação entre os princípios constitucionais revela, no plano metodológico e dos critérios da interpretação no neoconstitucionalismo, a insuficiência dos tradicionais critérios” (DUARTE, 2010, p. 70). Essa perspectiva da possibilidade de se encontrar uma resposta correta se ampara na visão de integridade defendida por Dworkin.

<sup>91</sup> Alguns autores defendem que a constitucionalização reconfigura a teoria das fontes do direito, na medida em que supera a exclusividade da lei como fonte do direito.

parlamentos. Aliás, durante a maior parte do tempo, as maiorias parlamentares nem mesmo representavam todo o povo, já que o sufrágio universal só foi conquistado no curso do século XX (SARMENTO, 2009, p. 2).

O reconhecimento da força normativa da Constituição e sua supremacia não apenas formal, mas substancial face à lei ordinária, exige uma releitura das normas pré/infraconstitucionais. Todos os ramos do direito devem ser constitucionalizados, isto é, positivados e interpretados à luz dos preceitos constitucionais. A vontade legislativa deve adequar-se “ao conteúdo de justiça constitucionalmente previsto: a Constituição não constitui um mero invólucro político e de inspiração para o sistema e nem ao menos um simples e posterior grau de formalidade” (POZZOLO, 2010, p. 87).

Essa Constituição rígida e garantida se irradia sobre todo o ordenamento, impondo-se diretamente às relações privadas e aos cidadãos e não apenas ao Estado. Com relação ao ordenamento italiano Comanducci afirma que a constitucionalização do direito designa

un proceso al término del cual el Derecho es «impregnado», «saturado» o «embebido» por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (COMANDUCCI, 2003, p. 81).

Conforme defende Luis Roberto Barroso, a constitucionalização do direito<sup>92</sup>, que se refere ao “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (BARROSO, 2007, p. 12), limitando e condicionando a atuação dos três poderes, assim como dos particulares é o pressuposto do pós-positivismo.

No Brasil, a supremacia constitucional material e axiológica só teoria sido permitida pela Constituição de 1988 e em função da filtragem constitucional, de modo que, “toda interpretação jurídica é também

---

<sup>92</sup> Segundo Barroso, “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha” (BARROSO, 2007, p. 14), onde os direitos fundamentais passaram a designar uma ordem objetiva de valores.

interpretação constitucional” (BARROSO, 2007, p. 20-21). Esse fenômeno é resultado da jurisdição constitucional cada vez mais agigantada pela onipresença das “normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento” (SARMENTO, 2009, p.1).

Um exemplo mencionado por Barroso concerne à constitucionalização do direito administrativo, que implicou a maior consideração aos princípios no âmbito da administração, colocou como central a tensão entre a eficiência e a legitimação democrática.

a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa (BARROSO, 2007, p. 31).

Em relação a atuação da jurisdição constitucional como restrita a atuação de legislador negativo, Barroso argumenta a necessidade de um maior aprofundamento a fim de se reconhecer que o interprete é coparticipante da produção normativa. O movimento de constitucionalização do direito expandiu a jurisdição constitucional em todos os níveis do Judiciário além de aumentar sobremaneira a demanda social por “justiça”

Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo (BARROSO, 2007, p. 34).

A constitucionalização do direito realoca o espaço público para o

âmbito judicial. Nasce, assim, uma especificidade interpretativa, já que a interpretação constitucional num contexto de constitucionalização do direito apresenta algumas diferenças em relação a interpretação da lei. A interpretação constitucional é moral (DUARTE, 2010).

#### 2.1.4. Teoria da interpretação

O desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional é, segundo Barroso, uma das marcas do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007). A interpretação jurídica tradicional sofreu um incremento a fim de assegurar o cumprimento da vontade da Constituição, rompendo com os aprisionamentos metodológicos e epistemológicos que se amparam em uma aplicação mecânica da lei. A democratização reorganizou o processo político, fomentando perspectivas hermenêuticas não mais reféns de um modelo de direito – formalista – ora em crise.

Barroso afirma que, a partir de então,

deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de nova interpretação constitucional, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um verdadeiro sincretismo metodológico (BARROSO, 2007, p. 8).

Postula-se uma rejeição ao formalismo e o recurso a ponderação, teorias da argumentação e outros métodos e “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico (SARMENTO, 2009). Afinal, a interpretação é tomada como mecanismo de transformação social e “toda interpretação jurídica – direta ou indiretamente – é interpretação constitucional, de forma que ela não deixa espaços vazios” (MOREIRA, 2008, p. 256). Concretiza-se a Constituição de forma direta quando se recorre expressamente a normas constitucionais na aplicação. Numa perspectiva indireta, a interpretação constitucional está pressuposta na aplicação de uma norma sem juízo de inconstitucionalidade e quando há um “juízo finalístico” que leve em conta a dignidade humana e a redução das desigualdades sociais (MOREIRA, 2008).

Em reação à discricionariedade do positivismo<sup>93</sup>, a doutrina

---

<sup>93</sup> Os autores costumam definir o que afasta o pós-positivismo do positivismo, alegando tanto o formalismo e a aplicação mecânica da lei, quanto a

neoconstitucional defende um judicialismo ético-jurídico, exigindo dos juristas “a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ética ao lado das técnicas estritamente subsuntivo-jurídicas” (DUARTE, 2010, p. 67).

Barroso afirma que a nova interpretação decorreu de algumas constatações:

- (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente;
- (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2007, p. 9).

Em tom de superação do legalismo, as novas categorias com as quais trabalha a nova interpretação são as cláusulas gerais, os princípios, a ponderação e argumentação que se servem ao propósito de chegar a solução justa ao caso concreto. Os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana adquirem centralidade nesse contexto.

As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao

---

discrecionabilidade do positivismo no plano da interpretação. A tese da discrecionabilidade é uma decorrência lógica da tese positivista da subsunção. Havendo lacunas, a decisão judicial será discrecionária, isto é, terá um critério, mas será um critério aberto. A decisão discrecionária não se confunde, portanto, com decisão arbitrária (COELHO, 2008).

lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma (BARROSO, 2007, p. 9).

Mas, como Barroso reconhece, é possível observar que categorias como as de cláusulas gerais não são tão recentes. O próprio Carl Schmitt observa, de maneira muito próxima da argumentação de Barroso que:

H. Lange reconheceu essas cláusulas gerais como veículos do direito natural, portadoras de novas ideias de direito, pontos de irrupção de novas ideias, “ovos de cuco” no sistema jurídico liberal, interpretando-as como sinais da superação do pensamento jurídico positivista surgido no séc. XIX. No momento em que conceitos como “boa-fé”, “bons costumes” etc. não são referidos à sociedade contratualista burguesa, caracterizada pelo individualismo, mas aos interesses da totalidade do povo [*Volksganze*], todo o direito se transforma efetivamente, sem que se faça necessário alterar uma única lei “positiva”. Por isso, sou de opinião que nessas cláusulas gerais um novo modo de pensamento jurídico se pode afirmar (SCHMITT, 2011b, p. 170).

As teorias da argumentação se desenvolveram com o intuito de dar legitimidade às decisões. Os marcos filosóficos que amparam essa nova interpretação jurídica costumam ser referidos como “virada kantiana” e “giro linguístico”. A virada kantiana aponta para o retorno da ética normativa, que surge como reação ao relativismo ético da primeira metade do século XX. O questionamento ao relativismo teria se dado com maior força no segundo pós-guerra em função do “Mal absoluto” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

O giro linguístico significou a ruptura com a filosofia da consciência e a compreensão cartesiana da separação entre sujeito e objeto.

O foco filosófico, antes centrado na consciência do sujeito, se desloca para a comunicação intersubjetiva, mediada pela linguagem. A nova

premissa é de que o conhecimento humano é necessariamente mediado pela linguagem, que permeia todo o nosso universo (SAMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 304).

Duas principais correntes se formam nesse sentido, a corrente analítica que se insere no universo anglo-saxão e a corrente hermenêutica que encontra espaço na Europa continental. No Brasil, opera-se uma junção dessas duas correntes para se criar um modo de interpretação distintamente brasileiro. A hermenêutica passa a participar de todos os aspectos da vida,

quando interpretamos, agimos no interior de um universo linguístico que nós não criamos, já que ele nos antecede e define os nossos horizontes. A interpretação jurídica, nessa perspectiva, não se resume à atividade intelectual de extração do sentido subjacente a um texto legal. Ela exprime o nosso *ethos*; a nossa inserção numa comunidade já repleta de valores e significados (SAMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 304).

A interpretação passa a desvincular-se de uma premissa essencialista e universalista dos valores para ser encarada como um ato de construção intersubjetivo e que depende de condições sociais, históricas e culturais do momento em que se efetiva, assim como dos atores sociais que dela participam, isto é, a interpretação é social e historicamente determinada.

Valoriza-se a razão prática no âmbito jurídico, de modo que o modelo de racionalidade é estruturado em torno do que é razoável e não se recorre a um modelo lógico-dedutivo estático

teses filosóficas – como a reabilitação da razão prática, em especial na sua versão de corte kantiano-discursivo (Apel/Habermas/Alexy) e “a superação” do hiato entre ser/dever-ser – e as jusfilosóficas, como: o papel dos direitos humanos nas ordens jurídicas contemporâneas, a rearticulação das relações entre direito e moral (MAIA, 2012, p. 4).

Há uma razão prática que ressignifica as normas jurídicas como razões para agir e, para isso, ele deve oferecer conteúdos moralmente

corretos, a fim de que o direito não se reduza a um simples sistema coercitivo, mas destine-se ao “trabalho fundamental de desenvolver o bem comum, para o que o exercício da força não representa o elemento principal, mas um elemento acessório e determinado pelas circunstâncias contingentes” (POZZOLO, 2010, p. 93).

A racionalidade prática é posta em relevo, nesse sentido, baseada “não mais numa filosofia da consciência, mas inserido numa filosofia da linguagem intersubjetiva construtiva da normatividade” (DUARTE, 2010, p. 19).

No plano hermenêutico, ganha particular relevância as obras de Chaim Perelman e Theodor Viehweg, que dão os contornos de uma matriz hermenêutica e argumentativa tópico-retórica, que conferem particular importância à persuasão e ao convencimento, além situar a legitimidade do direito na dialética e na argumentação (CAMARGO, 2003).

São também importantes Dworkin e Bonavides que defendem “uma virada hermenêutica observada nos estudos jus-teoréticos nas décadas de 70/80, ressaltando a especificidade de uma hermenêutica renovada e marcando como incontornável o aspecto de objeto cultural do direito” (MAIA, 2012, p.8). Além disso, tem-se, com lastro em Alexy, a textura aberta da linguagem e pretensão de correção como elementos do pós-positivismo e que orientam a hermenêutica jurídica que a ele corresponde (MAIA, 2012).

#### *2.1.4.1. O papel dos juízes*

Todas essas alterações trazidas pelo pós-positivismo: a constitucionalização do direito com uma percepção mais aberta de Constituição composta por princípios que devem ser sopesados a fim de fazer justiça ao caso concreto e adequar o direito às transformações sociais; o destaque conferido à teoria da interpretação e teoria da decisão, a perspectiva de uma Constituição longa e densa, com direitos sociais que exigem maior atuação do Estado e a constatação de que o intérprete cria a norma jurídica promovem uma atuação mais destacada do Poder Judiciário.

Tem-se, assim, a “judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário” (SARMENTO, 2009, p.1). Humberto Ávila denomina “fundamento organizacional” a essa maior atuação do Poder Judiciário em detrimento do Legislativo e Executivo (ÁVILA, 2009).



Em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final (BARROSO, 2007, p. 34).

A expansão da jurisdição constitucional, inspirada no modelo americano de supremacia da Constituição, tomou conta da Europa, que passou a adotar a constitucionalização dos direitos fundamentais e a sua proteção por tribunais constitucionais. No Brasil a jurisdição constitucional expandiu após 1988 em função da “ampliação do direito de propositura” (BARROSO, 2007, p. 7).

Mas ao Judiciário é conferido um papel ainda maior, de garantir os valores e procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional, o Poder que garante a legitimidade democrática não é mais o Legislativo via representação, mas o Judiciário pela via de uma justiça particular ou concreta. A inércia do Legislativo quanto a questões de maior conflitualidade política transfere ao Judiciário a decisão sobre importantes questões morais e políticas.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade do demais Poderes, quando seja o caso [...]. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil (BARROSO, 2007, p. 39).

A relevância do debate sobre a jurisdição constitucional permite que a discussão orbite em torno dos limites e a forma de seu exercício pelo Judiciário, em função de seu caráter contramajoritário. A jurisdição constitucional favoreceu a judicialização da política, especialmente com a ampliação do rol de legitimados ativos do controle de constitucionalidade, o que se aprofundou com a ADI, ADC, ADPF, ADO,

etc<sup>94</sup>.

A transferência do poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário implica uma redefinição no conceito de democracia. O neoconstitucionalismo aposta num desenho institucional que flexibilize o modelo estanque de separação dos poderes a fim de atribuir um maior protagonismo aos juízes.

No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. Ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência (SARMENTO, 2009, p. 4).

Isso aumentou a relevância política do poder judiciário. As teorias neoconstitucionalistas tendem a descrever essas mudanças e fornecer aparatos jurídicos para atender a essa nova realidade. Assim ao invés de reconhecer a discricionariedade em casos difíceis, ela tenta oferecer critérios para a decisão em tais casos. Ao invés de uma lógica formal prepondera a razoabilidade (SARMENTO, 2009).

Os juízes têm protagonizado esse movimento de tal modo que é sempre referenciado na mídia. A visibilidade dos julgamentos possibilitada pela divulgação de suas sessões na televisão – TV Justiça – e internet ainda acrescenta o tom espetacular de que muitas vezes os reveste. Assim, é reiteradamente afirmado que os juízes deixam de ser “a boca da lei”, uma vez que a constituição posta como fonte de emancipação social, erige como seu principal agente o juiz. Somadas a constitucionalização e a judicialização, tem-se, “pois, uma transferência de poder político do Legislativo para o Judiciário” (FIGUEIRA; BICALHO, 2011, p. 127). Uma visão decerto romântica, senão esperançosa.

---

<sup>94</sup> Em 1965 foi introduzida no sistema brasileiro a Representação de Inconstitucionalidade (equivalente a ADI) que só poderia ser proposta pelo Procurador Geral da República, demissível *ad nutum*. A Constituição de 1988 (artigo 103) ampliou o leque de atores legitimados a propositura de ADI e ADC.

## 2.2.MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS E CENTRALIDADE JUDICIAL

A lei agora tem dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que a sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica (GARAPON, 1999, p. 43).

O pós-positivismo e neoconstitucionalismo não devem ser compreendidos fora de uma visão mais ampla sobre como tem se orientado o direito no mundo globalizado. A transferência de poder para o Judiciário no contexto brasileiro não é isolada, vez que a expansão do Poder judicial faz parte de um processo global que tem acompanhado as democracias nas últimas décadas através do movimento de constitucionalização de direitos. Ran Hirschl aborda essa tendência e descreve a transição que ocorreu em mais de oitenta países, assim como em várias entidades supranacionais, que transferiram o poder das instâncias representativas para o Judiciário como um movimento rumo ao que ele denomina de “juristocracia” (HIRSCHL, 2004).

Essa juristocracia estaria caracterizada pelo empoderamento do Judiciário por meio da constitucionalização dos direitos. Para o autor, a “crença de que os direitos afirmados judicialmente são uma força de transformação social separada das restrições do poder público tem assumido um status quase sagrado na discussão pública” (HIRSCHL, 2004, p. 1, tradução livre). Desse modo, as altas cortes dos Estados, assim como os tribunais supranacionais tem se tornado cruciais para a resolução das mais prementes questões políticas e sociais<sup>95</sup>.

Uma denominação que chega a se aproximar da adotada por Hirschl é o uso do termo “supremocracia” por Oscar Vilhena Vieira para caracterizar o papel central ocupado pelo STF no sistema político brasileiro, que tem exercido funções não apenas interpretativas, mas também legislativas (VIEIRA, 2008). De uma situação de “outro desconhecido”, o STF passa à condição de ator de destaque não apenas na academia, como no noticiário e em meios não especializados.

A literatura que busca compreender como e porque os tribunais

---

<sup>95</sup> Em nível nacional, o Judiciário tem ocupado um papel significativo na elaboração de políticas públicas. No plano internacional, os tribunais internacionais ocupam esse lugar no que concerne a questões globais e regionais referentes a matéria comercial e monetária, condições de trabalho e ambientais (HIRSCHL, 2004).

vêm assumindo esse espaço antes ocupado pelo Legislativo é vasta. Um deles é Ran Hirschl, que questiona a visão comum de que constitucionalização teria origens progressistas, redistributivas e estaria justificada por uma finalidade de atender a demanda de direitos sociais. Aliás, ele demonstra que o empoderamento judicial pela via da constitucionalização tem grande repercussão como discurso político, mas pouco impacto no avanço da justiça distributiva. Ele destaca que não há dúvidas sobre a importância simbólica dessas medidas, mas os seus efeitos concretos são sutis (HIRSCHL, 2004).

Por isso, Hirschl desenvolve uma avaliação dessa recente mudança global, questionando, não apenas as origens políticas dessa tendência – considerada uma das mais importantes do fim do século XX e início do século XXI – como também o real impacto da constitucionalização dos direitos e as consequências do empoderamento judicial, já que nenhuma das teorias de justificação se baseiam em um estudo sistemático das origens desse processo nas últimas décadas (HIRSCHL, 2004). Nesse intento, ele investiga as consequências da “revolução constitucional” em quatro países: Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul<sup>96</sup>.

A tendência global em direção juristocracia, Hirschl argumenta, é parte de um processo mais amplo em que as elites políticas e econômicas tentam se ver livres dos empecilhos da democracia majoritária ao mesmo tempo em que afirmam a defesa da democracia. Isso é possível porque a transferência de poder se ampara na visão de que a democracia constitucional firmada em direitos fundamentais e proteção de minorias e não o governo baseado no princípio da soberania do parlamento é o que define a democracia (HIRSCHL, 2004).

Esse modelo se consolidou no pós-Segunda Guerra, no sentido de salvaguardar grupos e indivíduos vulneráveis da tirania das maiorias. Dworkin é um dos principais proponentes dessa nova visão, mas, segundo Hirschl, nem mesmo ele demonstra estudos empíricos de que a

---

<sup>96</sup> Para uma visão mais detalhada de como Hirschl chega a essas conclusões vide HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004.. Suas investigações partem de três questionamentos: 1) “Quais as origens políticas da recente tendência de constitucionalização?” (HIRSCHL, 2004, p. 5, tradução livre), isto é, em que medida o empoderamento judicial pela constitucionalização e instituição da revisão judicial é uma genuína revolução ou é um meio de realização de lutas políticas pré-existentes? 2) Quais os reais impactos interpretativos e sociais da constitucionalização e do fortalecimento judicial no sentido da implementação justiça distributiva? 3) Quais as consequências políticas da constitucionalização para o governo democrático?

constitucionalização é o melhor meio para assegurar a justiça social.

As teorias sobre a transformação constitucional, que dão suporte ao fortalecimento do poder judicial são tratadas pelo autor a partir de três grupos: teorias evolucionistas, explicações funcionalistas e modelos econômicos institucionais (HIRSCHL, 2004).

No campo das teorias evolucionistas, forma-se uma ideia de que haveria um necessário progresso jurídico relacionado a alterações inevitáveis de estágios sócio-econômicos<sup>97</sup>. Hirschl afirma que

A tese mais amplamente sustentada, associada a essa abordagem [evolucionista], define a tendência em direção à constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade como um subproduto inevitável de uma nova prioridade quase universal dos direitos humanos logo após a segunda Guerra Mundial (HIRSCHL, 2004, p. 32, tradução livre).

Nessa perspectiva, como prova de uma genuína maturidade política e profundo compromisso com os direitos humanos, compreende-

---

<sup>97</sup> Parte das abordagens pós-positivistas parecem se situar nesse campo: Maia afirma que “o amadurecimento de nossa cultura jurídica fez com que – como de hábito em países periféricos – passássemos a acompanhar atentamente as mais recentes tendências no âmbito doutrinário norte-atlântico” (MAIA, 2012, p. 6). Mais à frente, ele ainda defende que não “foi gratuita a utilização da rubrica pós-positivista: fez-se necessário marcar a diferença em face da compreensão até então hegemônica. Afinal, tem-se que tratar agora com as novas características e desafios resultantes da evolução do direito contemporâneo” (MAIA, 2012, p. 42). Também Moreira: “A sobre-interpretação da Constituição –, com essa gama de metodologias existentes –, a ser exercida com liberdade e responsabilidade, é defendida em um estágio de alto desenvolvimento constitucional” (MOREIRA, 2008, 263). A mesma perspectiva parece ser a de Susanna Pozzolo: “O neoconstitucionalismo, portanto, afirma o arcaísmo do positivismo jurídico, não por razões internas a esse, mas sim porque, com o um antigo instrumento de revelação científica, uma vez aceita a maior complexidade do fenômeno que devia analisar, também aceita, portanto, a sua imprecisão e ineficiência descritiva, e vem substituído por instrumentos mais atualizados e sofisticados, resultantes da evolução científica” (POZZOLO, 2010, p. 88). Também Barroso afirma que o “Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e as ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade” (BARROSO, 2001, p. 29-30).

se que a democracia real erige a supremacia constitucional acima do princípio parlamentar, de modo que as minorias gozam de proteção constitucional e os “juízes, que estão livres das pressões político partidárias, são responsáveis pela garantia desses direitos por meio de um controle judicial ativo” (HIRSCHL, 2004, p. 33, tradução livre).

A abordagem funcionalista também compreende esse como um processo natural e inevitável que decorre das próprias pressões internas dentro do sistema político. A ingovernabilidade política poderia ser superada pela maior atuação do Judiciário. Assegura-se, assim, a maior eficiência do sistema.

Por fim, o modelo econômico institucional, ou abordagem utilitarista, defende que o desenvolvimento das Constituições e a independência judicial monitorando o Legislativo e o Executivo conferem credibilidade ao regime favorecendo os contratos, a inovação e o desenvolvimento, pois “duas precondições essenciais para o desenvolvimento econômico são a existência de leis previsíveis que regem o mercado e um regime jurídico que protege a formação de capital e garante os direitos de propriedade” (HIRSCHL, 2004, p. 37, tradução livre).

Para o autor, porém, essas teorias falham por pressupor um processo sem sujeitos, ignorando as condições políticas que fomentaram o seu fortalecimento. Não é possível dissociar esse movimento de constitucionalização e fortalecimento judicial das lutas sociais, políticas e econômicas que lhe envolvem.

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis (HIRSCHL, 2004, p. 49, tradução livre).

Para o autor, o aumento do poder judicial tornado possível pela constitucionalização dos direitos constitui o resultado de uma interação estratégica das elites políticas, econômicas e jurídicas em torno de interesses comuns, favorecendo estruturas institucionais que os beneficiem, especialmente em detrimento de uma versão majoritária de

democracia (HIRSCHL, 2004). Isso em relação a três grupos-chave:

elites políticas ameaçadas, que tentam preservar ou aumentar a sua hegemonia através do insulamento do processo político em geral, e preferências políticas em particular, das vicissitudes do processo democrático enquanto elas professam o seu apoio à democracia; elites econômicas, que consideram a constitucionalização de direitos, especialmente da propriedade e demais liberdades econômicas, como mecanismos que estabelecem limites à ação governamental e uma agenda favorável ao mercado e aos negócios; elites judiciais e Supremas Cortes, que buscam aumentar a sua influência política e reputação internacional (HIRSCHL, 2004, p. 11-12, tradução livre).

A tese defendida pelo autor, portanto, é a tese da preservação hegemônica. Reconduzindo essa questão para a realidade brasileira, Daniel Sarmiento interroga se não haveria esse mesmo pacto das elites nacionais para que o Judiciário seja principal protagonista político,

será que a proteção absoluta que vem sendo conferida ao direito adquirido – inclusive o de furar teto salarial do funcionalismo fixado por emenda à Constituição – e o "ultra-garantismo" penal nos crimes do colarinho branco não seriam exemplos deste mesmo fenômeno? (SARMENTO, 2009, p. 13).

No mínimo, a judicialização das questões políticas fundamentais oferece um refúgio conveniente para os políticos que procuram evitar a decisões com repercussão moral e política, reduzindo os seus riscos. Isso para elites políticas que nutrem uma aversão ao governo e partilham compromisso com um mercado livre. Serve, em verdade, para manutenção do *status quo*. As Cortes procuram expandir a sua força simbólica e posição institucional. As elites políticas têm interesse quando sua posição está desafiada no âmbito de arenas políticas majoritárias, quando o judiciário goza de uma imagem de imparcialidade política e quando os tribunais estão inclinados adotar posições ideológicas e culturais hegemônicos (HIRSCHL, 2004).

Antônio Manuel Hespanha partilha desse posicionamento ao afirmar que a incerteza do direito e a discricionariedade judicial, trazida

pela abertura para a interpretação, não apenas distorce o princípio de legitimidade característico da democracia, mas favorece “os grupos socialmente mais poderosos” uma vez que “o poder de uma elite profissional – como a dos juristas ou dos juízes – não tenda a ser socialmente equidistante” (HESPANHA, 2009, p. 10).

Os críticos costumam se ater a questão do caráter “contramajoritário” das cortes judiciais e o déficit democrático que decorre da transferência de poder de instâncias representativas para o judiciário. Mas, segundo Hirschl, esse processo fomenta ainda princípios neoliberais e suas nefastas consequências sociais e econômicas, como o individualismo, a desregulação e a precarização dos serviços públicos. Isso decorre de paradigmas de antiestatismo e atomização social. Nesse contexto, o Judiciário acaba protegendo as elites da perda de sua posição hegemônica (HIRSCHL, 2004).

Hirschl adverte que, a longo prazo, a judicialização da política pode levar a perda de credibilidade do judiciário e desgastar a sua reputação de profissionalismo e imparcialidade. No caso do STF, o tribunal passa a constituir esfera de resolução de disputas que não tem mais espaço na arena pública eleitoral e parlamentar<sup>98</sup>.

O que Hirschl observou em seus estudos é que a maior parte das demandas trata de direitos negativos ou de primeira geração. Os direitos nos quais se baseiam fundam-se numa estrita compreensão individualista dos direitos, de forma que os direitos tendem a ser compreendidos como proteção da esfera privada econômica ou humana contra a interferência do coletivo. O estudo mostrou que as interpretações e intervenções judiciais tendem a promover a garantia da esfera privada e muito pouco faz em relação aos direitos sociais. As liberdades negativas são as que realmente prevalecem na interpretação (HIRSCHL, 2004).

Além disso, “instituições políticas e jurídicas produzem diferentes efeitos distributivos: eles privilegiam alguns grupos e indivíduos em detrimento de outros” (HIRSCHL, 2004, p. 39, tradução livre). Os

---

<sup>98</sup> Oscar Vilhena Vieira afirma nesse sentido que “é curioso notar que o partido político que mais trazia casos ao Supremo no período Fernando Henrique Cardoso era o Partido dos Trabalhadores (PT) e, agora, na gestão Lula, o Partido dos Democratas (DEM) passou a ocupar a primeira posição entre os usuários do Tribunal, seguido de perto pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Da mesma forma, os governadores de Estado se apresentam de forma extremamente ativa no emprego do Supremo, como uma segunda arena política, em que buscam bloquear medidas aprovadas pelos seus antecessores, bem como pelas respectivas Assembléias Legislativas Estaduais” (VIEIRA, 2008, p. 448).



detentores do poder podem lucrar com a expansão do poder judicial de várias maneiras, pois aqueles “que anseiam pagar o preço do fortalecimento judicial podem assumir que suas posições (absolutas ou relativas) melhoraram sob uma juristocracia” (HIRSCHL, 2004, p. 40, tradução livre).

Mas ainda mais importante é constatar que a expansão judicial também ampliou o seu objeto, de modo que não apenas decisões sobre direitos, mas opera-se ainda, uma transferência massiva de questões centrais para a democracia, na medida em que conflitos políticos são tratados como questões constitucionais. As questões morais ou políticas, cedo ou tarde, se tornarão problemas judiciais. Acresce a isso a tendência a se retirar das instituições representativas a legitimidade para uma tomada de decisão (HIRSCHL, 2004).

Oscar Vilhena Vieira considera que no Brasil esse processo é ainda mais acentuado não apenas pela ambição da Constituição de 1988, mas pela concentração cada vez maior de poderes na jurisdição do STF. A Supremocracia a que o autor se refere diz respeito tanto a proeminência do STF em face dos demais órgãos do Judiciário, quanto em relação aos demais poderes (VIEIRA, 2008).

O “compromisso maximizador” da Constituição de 1988 que pretendeu regular de forma pormenorizada e obsessiva amplos espaços sociais, econômicos e políticos, amplia a atuação constitucional e, por consequência, reduz o campo de liberdade do copo político. Assim, qualquer atuação mais vigorosa da administração pode resvalar em um incidente de inconstitucionalidade (VIEIRA, 2008). O autor afirma que os dados

são eloqüentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos (VIEIRA, 2008, p. 447).

Outra razão que justifica a expansão do STF diz respeito a seu desenho institucional que lhe permite cumular diversas funções que costumam ser divididas em outros países: é um tribunal constitucional, última instância recursal e foro judicial especializado, cabendo-lhe julgar altas autoridades e “apreciar originariamente atos secundários do

parlamento ou do executivo, muitas vezes diretamente ligados à governância interna destes dois poderes”, caso em que ele atua como “tribunal de pequenas causas políticas” (VIEIRA, 2008, p. 448, 449).

### 2.2.1. Os juízes no centro do direito

Outras dimensões devem ser consideradas no que reputa a função dos juízes no direito atualidade, especialmente no que diz respeito a troca de referências legitimadoras. A legitimação democrática que, em regra, se apoia em um sentido representativo, passa a se reconfigurar com o novo sentido que também é atribuído à democracia, com viés mais constitucionalizado que majoritário. A crise de legitimidade que é atribuída ao Executivo e ao Legislativo exigiu a readequação da compreensão de legitimidade e os juízes passam a funcionar como agentes primordiais de transformação social. O Estado Constitucional conduz, assim, a um Estado de juízes.

Os elementos legitimadores do Judiciário têm contornos mais meritocráticos e corporativos. Há décadas o direito jurisprudencial vem ganhando centralidade. Para Hespanha, os motivos são: primeiro, a possibilidade de concretização que reside no Judiciário. O segundo aspecto reside no próprio nome Estado Democrático de *Direito*. Aqui, o termo Direito cumpre um certo papel de legitimação do Estado, colocando técnicos do direito como atores centrais para a tarefa de “dizer o direito” (HESPANHA, 2009).

Com isto se introduziria na estrutura política e jurídica um elemento “aristocrático” ou “contra-maioritário”, que, no conhecido jogo de “controles e equilíbrios”, se combinaria com o elemento democrático [...], este mote projectou os tribunais para um papel tão eminente que – quando se combinou com a ascensão de outra ideia problemática (a da avaliação judicial da constitucionalidade [material] das leis) – aproximou o Estado Democrático de Direito de um Estado de Juízes. Pois a própria vontade do povo deveria, na forma e no fundo, ser conforme ao direito, e aos juízes caberia decidir qual era esse direito (HESPANHA, 2009, p. 2).

Mas Hespanha adverte que a centralidade dos tribunais e da magistratura não se atém à jurisdição constitucional. O desprezo em

relação ao legislador se deve pela equívoca associação entre regimes totalitários e “totalitarismo da lei”. Aliás, o movimento antilegalista teria provocado um efeito diverso, pois quando defendido no imediato pós-guerra, ele acaba por atuar em sentido contrário ao novo constitucionalismo e à legalidade dos países redemocratizados<sup>99</sup>.

O Judiciário passa, assim, a atuar na produção de normas de reconhecimentos no sentido hartiano (HESPANHA, 2009)

O tribunal tem que desenvolver um complexo trabalho de observação e de reflexão para identificar o direito, ou seja, para identificar e validar as normas capazes de garantir a estabilização social. Para tal, eles vão ter que dispor de uma observação exaustiva, pluridisciplinar e complexa das questões a regular na sociedade, bem como dos resultados dessa regulação; e, com base nisso, vão ter que estar habilitados a levar a cabo um diagnóstico prospectivo das soluções que respondam às expectativas de todos os interessados e, conseqüentemente, produzam arranjos consensuais e estabilizadoras (HESPANHA, 2009, p. 6,7).

As dificuldades para esse neoconstitucionalismo, segundo Hespánha, seria o espaço deixado ao arbítrio judicial para a identificação, ponderação e otimização dos princípios. Isso resultaria em perda de estabilização do sistema, assim como em “concretização socialmente discriminatória do direito”, já que a acessibilidade à Justiça, especialmente a tribunais superiores está “repartida de forma socialmente discriminatória” (HESPANHA, 2009, p. 8,9).

A indeterminação ainda amplia a liberdade judicial para fixar a decisão e permite que os juízes e juristas, como “responsáveis pela concretização do direito” alarguem o seu poder social

---

<sup>99</sup> “Paradoxalmente, quando estes tópicos são lançados, no imediato pós-guerra, eles acabam por ser postos a funcionar contra o novo constitucionalismo e a nova legalidade dos Estados redemocratizados, como a Itália e a Alemanha, dificultando, frequentemente, a execução de medidas legislativas no sentido da desnazificação, da responsabilização dos criminosos de guerra ou dos criminosos políticos, das medidas de aprofundamento da democracia” (HESPANHA, 2009, p.3).

Esta situação (a de um *Richterstaat* ou de um *Juristenstaat*) é historicamente conhecida, pois foi a que dominou a prática judicial de Antigo Regime, cujo decisionismo era apenas limitado pelas ideias de *opinio communis* e de *styli curiae*, ou seja, pelo respeito de costumes judiciais e doutrinários estabelecidos pelos próprios tribunais. E são conhecidas as reacções profundamente negativas em relação a um sistema de decisionismo jurisprudencial ou judicial auto-referencial, corporativo, insindicado e, em termos sistémicos, pouco irritável pela insegurança e quebra de expectativas do seu meio ambiente (HESPANHA, 2009, p. 10).

Em um texto denominado *O judiciário como superego da sociedade*, Ingeborg Maus avalia o contexto alemão no qual o Judiciário assume importante papel na preservação da moralidade pública e como última instância de definição dos valores da sociedade (MAUS, 2000). Segundo a autora, esse papel conduz a uma atuação autoritária e inconsciente em relação ao qual não se desenvolveram formas adequadas de controle. A proximidade das considerações da autora do contexto brasileiro permite repensar vários aspectos da função judicial. Maus fala de uma “sociedade órfã” – tomada de Marcuse – como aquela que vê reduzida a sua dependência ao mesmo tempo em que seus sujeitos se tornam infantilizados, isto é, indivíduo “e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna” (MAUS, 2000, p. 186).

O crescimento do “Terceiro Poder” no século XX não se atém ao crescimento objetivo das funções do Judiciário, com a ampliação da interpretação, o aumento dos litígios, ou o controle de constitucionalidade após as duas guerras mundiais. Mais que isso, acompanha “essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” (MAUS, 2000, p. 185).

A Justiça torna-se a figura imperial do pai, função que o Parlamento não pode aspirar substituir. A centralização da consciência social no Judiciário, aliada à aproximação da jurisprudência e administração moral – com a importante contribuição de Dworkin nesse sentido – permite que se encubra moralmente o decisionismo judicial. Isso não apenas em função da “extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada

entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade” (MAUS, 2000, p. 186).

Segundo a jurista alemã, essa visão torna os juízes imunes a crítica que lhe deveriam ser dirigidas, já que, quando

a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 187).

A introdução de valores e princípios morais não apenas amplia a legitimação do Judiciário, conferindo-lhe imunidade a críticas, como ainda permite que suas decisões se liberem dos limites legais e que se decida “o caso concreto de forma inusitada”<sup>100</sup> (MAUS, 2000, p. 189).

A autora considera que o juiz passa a se apresentar como um terceiro neutro que “auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa” (MAUS, 2000, p. 190). O infantilismo fica em destaque justamente em função dos temas referentes a cidadania, como exigências de justiça social e preservação ambiental que são pouco explorados no processo eleitoral “e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte” (MAUS, 2000, p. 190). Segundo Maus,

---

<sup>100</sup> O autor argumenta que se multiplicam “de modo sintomático no direito moderno conceitos de teor moral como "má-fé", "sem consciência", "censurável", que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações judiciais altamente tradicionalistas (ou politicamente autoritárias, como no caso da jurisprudência das *Sitzblockade*). A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposições de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular” (MAUS, 2000, p. 190).

Enquanto a uma prática judiciária quase religiosa corresponde uma veneração popular da Justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações “naturais” da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud (MAUS, 2000, p. 192).

Antoine Garapon afirma essa posição do Judiciário como algo que excede a questão econômica e jurídica. O prestígio do juiz advém da grande complexidade social que não consegue ser contida pela democracia, apresentando-se como tábua de salvação e últimos a preencher uma função de autoridade na perda de referenciais políticos, psíquicos, simbólicos e normativos, “em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação” (GARAPON, 1999, p. 27).

Erigir a justiça a condição de última instância da consciência social significa reconfigurar a função dos tribunais, pois as leis são tomadas como previsões ou suporte para atividade realmente relevante, a decisão judicial. A autora afirma que

Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficacionais e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do “método adequado” entre outras concepções concorrentes” (MAUS, 2000, p. 193).

O Judiciário reage contra o “império da lei” relativizando algumas leis por meio de argumentos morais e valorativos, reavivando “fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória” (MAUS, 2000, p. 200). A atribuição à Constituição de um sentido de “ordem de valores” expande as suas formulações e torna tão imprecisas as determinações constitucionais que os princípios jurídicos positivados são ampliados de forma voluntária. Assim, as garantias constitucionais escritas enfrentam elementos externos provenientes de aparatos econômicos, políticos, da tradição do tribunal de modo que o sopesamento de valores é entendido como se referisse tão somente às peculiaridades do caso concreto “ — isto é, podem ser determinadas de

outra forma em circunstâncias diferentes —, a estrutura jurídica é adaptada ao modo situacional de funcionamento do aparato administrativo” (MAUS, 2000, p. 200).

O Estado promove, nesse sentido um direito situacional que atua como que por meio de contenção ou prevenção de crises. Maus afirma que

Essa informalização básica do direito, a “dinamização da proteção dos bens jurídicos”, sujeita cada vez mais setores sociais à intervenção casuística de um Estado que, em nome da administração de crises ou de sua prevenção, coloca em questão a autonomia do sujeito para garantir a autonomia dos sistemas funcionais. Ao mesmo tempo que a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito, a Justiça ganha um significado duplo. A nova imago paterna afirma de fato os princípios da “sociedade órfã” (MAUS, 2000, p. 201).

A deferência ao Judiciário da função de “dizer o direito” e resolver questões morais polêmicas significa, para Maus, a desqualificação da base social ao mesmo tempo que cada vez mais aspectos da realidade são compreendidos como morais e, portanto, passível de se tornar objeto de decisão judicial. Assim, a figura do pai, outrora desempenhada pela Monarquia, é ocupada pelo Judiciário que é agora chamado a tutelar a “sociedade órfã”, que invoca referências de autoridade que aplaquem seu vazio existencial.

### **2.2.2. Estado Neoliberal**

Retomando as considerações de Hirschl sobre o empoderamento judicial por meio da constitucionalização de direitos, importa notar que o autor defende a sintonia desse processo com os interesses neoliberais. Mas o aumento do Poder Judiciário e a expansão de sua atuação para questões não apenas constitucionais, mas políticas e sociais parece, a primeira vista, incompatível com uma proposta neoliberal, que requer uma menor atuação do Estado. Para compreender essa ambígua afirmação, impõe-se abordar o neoliberalismo e o papel que o Estado assume em seu interior a fim de se pensar criticamente o protagonismo transformador atribuído aos juízes no direito atual.

David Harvey aborda a divergência entre a teoria e a prática da

neoliberalização, apontando que as liberdades individuais, que adquirem uma ênfase fundacional na retórica neoliberal, degeneram-se em mera liberdade de mercado desigualmente distribuída. A ideia de que o desenvolvimento econômico ampliará a riqueza e, assim, o bem-estar de todos aparece como meta pública, mas o resultado concreto que as experiências neoliberais têm mostrado é a restauração do poder de classe (HARVEY, 2008).

No neoliberalismo, um dos mais controversos papéis é exercido pelo Estado, pois este ocupa uma função não tão simples quanto sugere a teoria neoliberal. Para Harvey, o “Estado neoliberal pode ser uma forma política instável e contraditória” (HARVEY, 2008, p. 75). Seu papel de mero garante das liberdades individuais é reiteradamente desfigurado pela ativa atuação no resgate de instituições financeiras e no aparelhamento de um estado de garantia do livre mercado e a propriedade.

Nesse ponto, o neoliberalismo assume um status ético, na medida em que julga a troca de mercado como “guia a toda ação humana” (HARVEY, 2008, p. 13). As relações humanas compreendidas como relações contratuais é o que já estava na constituição política liberal que concebe a sociedade política como fruto de um contrato. Harvey argumenta que o neoliberalismo aguça a significação da lógica contratual atribuindo ao bem social uma dependência das transações de mercado. Assim, o mercado, como novo referencial ético<sup>101</sup>, proclama a santidade dos contratos e a competitividade como virtude. A retirada do Estado de todos os campos sociais e a afirmação da responsabilidade individual não só favorece a desagregação social, como a reforça.

Para Harvey, o neoliberalismo é

uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser mais bem promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio (HARVEY, 2008, p.12).

O Estado, nesse sentido, teria um papel de assegurar

---

<sup>101</sup> “A mercadificação presume a existência de direitos de propriedade sobre processos, coisas e relações sociais, supõe que se pode atribuir um preço a eles e negociá-los nos termos de um contrato legal. Há aí o pressuposto de que o mercado funciona como um guia apropriado - uma ética - para todas as ações humanas” (HARVEY, 2008, p. 178).



institucionalmente o desenvolvimento dessas práticas. A desregulação, a privatização e a retirada do Estado foram difundidos voluntária ou coercitivamente por toda parte, tornando hegemônico o discurso neoliberal inclusive por meio de sua incorporação ao senso comum.

O sucesso desse aparato conceitual se incorpora ao senso comum de tal modo que seus pressupostos são concebidos como inquestionáveis. Como nenhum “modo de pensamento torna-se dominante sem propor um aparato conceitual que mobilize nossas sensações e nossos instintos, nossos valores e nossos desejos” (HARVEY, 2008, p. 15), o pensamento neoliberal recorreu a dois importantes e sedutores ideais políticos como valores civilizacionais fundamentais: a dignidade humana e a liberdade individual, os quais estariam

ameaçados não somente pelo fascismo, pelas ditaduras e pelo comunismo, mas também por todas as formas de intervenção do Estado de substituíssem os julgamentos de indivíduos dotados de livre escolha por juízos coletivos (HARVEY, 2008, p. 15).

No fim dos anos 1960 o Keynanismo, ou, o “liberalismo embutido” se enfraquece e já aparecem sinais de crise de acumulação. Nos países capitalistas avançados essa forma de organização político-econômica (HARVEY, 2008, p. 20), promoveu nos anos 1950 e 1960 elevadas taxas de crescimento econômico. Na periferia do mundo, porém, não ultrapassou o utopismo, de modo que as políticas de neoliberalização não trouxeram grandes alterações materiais “em suas condições de empobrecimento” (HARVEY, 2008, p. 21).

Como alternativa às políticas fiscais e monetárias keynesianas, por volta de 1970, o neoliberalismo aparece como a única resposta e os vários experimentos<sup>102</sup> levaram a uma ortodoxia que se articulou no “Consenso de Washington” nos anos 1990.

Harvey, nesse sentido, aponta duas possibilidades de interpretação da neoliberalização. De um lado, ela se apresenta como projeto utópico que retoma os princípios de liberdade e dignidade humanas a fim de reorganizar o capitalismo internacional. De outro lado, a neoliberalização se apresentaria como “projeto político de restabelecimento das condições

---

<sup>102</sup> Para uma visão mais detalhada do percurso neoliberal rumo a hegemonia, em especial sua experimentação em países da periferia, vide HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Trad. Adail Sobral and Maria Stela Gonçalves. 4ª ed. São Paulo: Loyola, 2008.

de acumulação do capital e de restauração do poder das elites econômicas”, para Harvey, a “neoliberalização não foi muito eficaz na revitalização da acumulação do capital global, mas teve notável sucesso na restauração ou, em alguns casos [...] na criação de uma elite econômica” (HARVEY, 2008, p. 27).

O utopismo teórico, porém, teve seu lugar na legitimação e justificação do projeto político de tal modo que quando os princípios neoliberais conflitavam com o objetivo prático de restabelecimento do poder econômico das classes dirigentes, “esses princípios são ou abandonados ou tão distorcidos que se tornam irreconhecíveis” (HARVEY, 2008, p. 28).

Um grupo de economistas se reuniram em torno do filósofo político Friedrich von Hayek para criar a Mont Pelerin Society, um grupo que contou com apoio financeiro e político, entre eles estavam Luddwig Von Mises, Milton Friedman e Karl Popper<sup>103</sup>.

A fundação da sociedade erigiu a dignidade e liberdade humana como valores centrais da civilização, cujas condições já teriam desaparecido em função do avanço do poder arbitrário. Os membros desse grupo se intitularam liberais no seu sentido tradicional por defenderem ideais de liberdade pessoal, sem abandonar a ideia da mão invisível de Adam Smith. Contrastava profundamente com as teorias do Estado Intervencionista, como o keynesianismo.

O rigor científico de sua economia neoclássica não é facilmente compatível com o compromisso político com ideais de liberdade individual, nem sua suposta confiança com todo poder estatal o é com a necessidade de um Estado forte e, se necessário coercitivo, que defenda os direitos à propriedade privada, às liberdades individuais e às liberdades de empreendimento (HARVEY, 2008, p. 30).

---

<sup>103</sup> “Fortes influências ideológicas circularam nas corporações, nos meios de comunicação e nas numerosas instituições que constituem a sociedade civil – universidades, escolas, Igrejas e associações profissionais. A “longa marcha” das ideias neoliberais nessas instituições, que Hayek conceberá já em 1947, a organização de bancos de ideias (apoiados e financiados por corporações), a cooptação de certos setores dos meios de comunicação e a conversão de muitos intelectuais a maneiras neoliberais de pensar tudo isso criou um clima de opinião favorável ao neoliberalismo como o garante exclusivo da liberdade” (HARVEY, 2008, p. 49-50).

A consequente ampliação da desigualdade social que se seguiu à implantação das medidas neoliberais restaurou o poder econômico à classe alta. No século XX, especialmente no pós-guerra, foi se desenvolvendo um sistema neocolonial em que o combate às ameaças comunistas e de rebeliões operou-se por meio de estratégias antidemocráticas por parte dos Estados Unidos no sentido de firmar alianças com ditaduras militares e regimes autoritários, o que se deu de modo especialmente recorrente na América Latina (HARVEY, 2008).

Ainda na década de 1970 os países em desenvolvimento, “ávidos por créditos, foram estimulados a se endividar pesadamente, com taxas vantajosas para os banqueiros de Nova York” (HARVEY, 2008, p. 37). Como os empréstimos eram em dólares, o aumento nas taxas de juros poderiam levar países vulneráveis à inadimplência, como a moratória mexicana na década de 1980. Nesse cenário, o Banco Mundial e o FMI passaram a exigir ajustes estruturais para implementação da ortodoxia neoliberal, em “troca do reescalonamento da dívida, os países endividados tiveram que implementar reformas institucionais como cortes nos gastos sociais, leis do mercado de trabalho mais flexíveis e privatização” (HARVEY, 2008, p. 38).

Nesse sentido, Harvey mostra que a

restauração do poder a uma elite econômica ou classe alta nos Estados Unidos e em outros países capitalistas avançados apoiou-se pesadamente em mais-valia extraída do resto do mundo por meio de fluxos internacionais e práticas de ajuste estrutural (HARVEY, 2008, p. 38).

A “financeirização” de tudo foi o resultado da neoliberalização, que se viu cada vez mais liberta de barreiras e restrições regulatórias. A passagem de poder da produção para as finanças e sua prevalência sobre todas as outras áreas da economia e sobre o aparato de Estado erigiu o apoio às instituições financeiras e à integridade do sistema financeiro como a preocupação central de Estados neoliberais.

Para Harvey, embora seja um equívoco restringir a classe alta a esse grupo,

um dos núcleos substanciais da ascensão do poder de classe sob o neoliberalismo reside nos CEOs [Chief Executive Officer – ou Diretor Executivo], os principais operadores dos conselhos de

administração e nos líderes dos aparatos financeiros legais e técnicos que cercam a quintessência da atividade capitalista (HARVEY, 2008, p. 42).

Isso não apenas pela capacidade de “acumular imensas fortunas pessoais, como de exercer o poder de controle sobre amplos setores da economia confere a esses poucos indivíduos um enorme poder econômico de influenciar processos políticos” (HARVEY, 2008, p. 43).

A fase de globalização neoliberal ampliou as ligações transnacionais, mas “isso não significa que as principais figuras dessa classe não estejam associadas a aparatos de Estado específicos, devido tanto às vantagens como às proteções que isso lhes proporciona” (HARVEY, 2008, p. 44). Aparelhos de Estado específicos são nutridos por pessoas de interesses corporativos que exercem poder de classe em mais de um Estado ao mesmo tempo.

Para Harvey, mesmo que esse grupo diversificado não conspire necessariamente como classe e possa mesmo haver tensões entre eles “ainda há entre todos certa convergência de interesses que de modo geral reconhece as vantagens [...] a ser obtidas da neoliberalização” (HARVEY, 2008, p. 44). Esses grupos dispõem de meios de troca de ideias, firmam associações e fazem consultas com líderes políticos. “Eles exercem uma imensa influência sobre os assuntos globais e dispõem de uma liberdade de ação que nem passa perto da que possui qualquer cidadão comum” (HARVEY, 2008, p. 44).

A liberdade passa a estar associada ao livre empreendimento e a propriedade privada e qualquer forma de controle ou regulação é compreendida como obstáculo a esse valor fundamental. Desse modo da “ideia de liberdade degenera assim em mera defesa do livre empreendimento” (HARVEY, 2008, p. 46), o que significa plena liberdade para a parcela abastada da população e um mero verniz de liberdade para o povo. A manutenção dessa ilusão liberal é assegurada por meio da força, da violência e do autoritarismo. Por essa razão é que, no momento em que a liberdade pode finalmente triunfar, o neoliberalismo se mostra ainda mais violento e antidemocrático (HARVEY, 2008).

A liberdade, nesse sentido, constitui importante artifício retórico capaz de legitimar quase tudo com o apoio popular<sup>104</sup>. Assim, a

---

<sup>104</sup> O mais grave é falta de um debate sério sobre o que significa essa liberdade tão invocada para legitimar tantas coisas. “O que há de tão espantoso na condição empobrecida do discurso público contemporâneo nos Estados

neoliberalização pode ser implementada por meio do uso da força militar, como no Chile, e financeira, por meio do Banco Mundial e do FMI, ou mesmo pela aceitação fatalista de que não haveria alternativa (HARVEY, 2008).

Interessante notar a influência do Documento Técnico 319 do Banco Mundial – que apontou elementos para a reforma do Judiciário na América Latina e no Caribe – na reforma judicial na América Latina. No Brasil, e Emenda Constitucional 45 de 2004 incorporou grande parte das questões trazidas pelo documento. O projeto inicial da Emenda Constitucional, de viés mais democrático e de ampliação do acesso à Justiça foi em grande medida suplantada pela visão econômica e desenvolvimentista que coloca o Judiciário no campo dos “custos”.

Do ponto de vista teórico, o Estado Neoliberal deve assegurar o pleno exercício das liberdades individuais, favorecendo a propriedade privada, o regime de direitos, a liberdade de mercado, a liberdade de negociação, de ação, expressão e escolha, assim como preservar a santidade dos contratos. A privatização de ativos torna-se central, nesse sentido, sendo a ausência de claros direitos de propriedade considerada um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento humano.

A competitividade é erigida a virtude elementar dos indivíduos, mercados, países, regiões, que, se unidos à privatização e desregulamentação ampliam a eficiência e a produtividade, aumentando a qualidade e reduzindo os custos. Daí a importância conferida a livre mobilidade do capital. “O sucesso e o fracasso individuais são interpretados em termos de virtudes empreendedoras ou de falhas pessoais [...] em vez de atribuídos a alguma propriedade sistêmica” (HARVEY, 2008, p. 76). Afinal, “o código moral do fim do milênio não condena a injustiça, condena o fracasso”<sup>105</sup> (GALEANO, 2013, p. 33)

Os teóricos neoliberais têm, no entanto, uma profunda suspeita em relação a democracia e ao regime da maioria, por se apresentar como ameaça aos direitos e garantias individuais

---

Unidos e em outros lugares é a falta de um debate sério acerca de qual entre vários conceitos divergentes de liberdade poderia ser adequado para a nossa época” (HARVEY, 2008, p. 197).

<sup>105</sup> O controle e a exploração do trabalho é uma marca do neoliberalismo colocando a restauração do poder de classe às custas da classe trabalhadora. A atribuição ao indivíduo da responsabilidade pelo seu bem-estar “tem efeitos duplamente deletérios” (HARVEY, 2008, p. 86), pois não só o “Estado vai deixando segmentos sempre crescentes da população expostos ao empobrecimento” por meio da redução de seu papel ativo em áreas sociais, como ainda atribui o fracasso pessoal a falhas individuais.

A democracia é julgada um luxo que só é possível em condições de relativa afluência, associado a uma forte presença da classe média para garantir a estabilidade política. Em consequência, os neoliberais tendem a favorecer a governança por especialistas e elites. Dão forte preferência ao governo por ordem executiva e decisão judicial em lugar da tomada de decisões democrática e parlamentar. Os neoliberais preferem afastar as instituições-chave, como o Banco Central, das pressões democráticas. Como a teoria neoliberal está centrada no regime de direito e na interpretação estrita da ordem constitucional, segue-se que o conflito e a oposição devem ser mediados pelos tribunais. Soluções e remédios para todo e qualquer problema devem ser buscados por meio do sistema legal (HARVEY, 2008, p. 77).

Além disso, o temor nutrido pelos liberais contra a democracia representativa favorece o fomento a limitação das instituições democráticas de um lado e o apoio a instituições não democráticas, de outro, tais como o Banco Central, o FMI, para que tomem decisões essenciais. “Isso cria o paradoxo das intensas intervenções estatais e do governo em mãos das elites e de 'especialistas' num mundo em que se supõe que o Estado não é intervencionista” (HARVEY, 2008, p. 80).

#### O neoliberalismo

não torna irrelevante o Estado nem instituições particulares do Estado (como os tribunais e as funções de polícia). Tem havido no entanto uma radical reconfiguração das instituições e práticas do Estado (em especial com respeito ao equilíbrio entre coerção e consentimento, entre os poderes do capital e os dos movimentos populares, e entre o poder executivo e o poder judiciário, de um lado, e os poderes da democracia representativa, de outro) (HARVEY, 2008, p. 88-89).

A restauração do poder de classe distorce, ou reverte, a teoria neoliberal em dois campos em específico. Primeiro, em função da necessidade de criar um ambiente favorável aos negócios e aos investimentos, o trabalho e o meio ambiente são preteridos. Isso porque,

o Estado neoliberal toma posição em favor “do clima de negócios favorável em detrimento seja dos direitos (e da qualidade de vida) coletivos do trabalho, seja da capacidade de autorregeneração do ambiente”<sup>106</sup> (HARVEY, 2008, p. 81).

O outro campo de distorção reside na centralidade que a integridade do sistema financeiro e a solvência das instituições ocupam a despeito da dimensão social e ambiental. O Estado inerte na dimensão social é pontualmente presente no favorecimento de interesses comerciais. Mas outras divergências entre a teoria e a prática neoliberal advêm das formas de transição que se relacionam com o modelo de Estado anterior, como o que ocorre nos Estados ditos desenvolvimentistas (HARVEY, 2008).

Ademais, esses Estados veem-se cada vez mais atados a lógica neoliberal na medida em que arranjos institucionais passam a ordenar o comércio mundial. O FMI e a OMC, por exemplo, exigem a abertura de mercados de capitais para que o país se torne integrante.

Harvey pontua que

No contexto internacional, isso se traduziu em extrair mais-valia de populações empobrecidas do Terceiro Mundo para pagar aos banqueiros internacionais. Como observa sarcasticamente Stiglitz, “que mundo peculiar este em que os países pobres estão na verdade subsidiando os mais ricos” (HARVEY, 2008, p. 84).

Isso se tornou notório a partir do plano de reestruturação da dívida externa, conhecido como Plano Brady de 1989. Na década de 1990 cerca de dezoito países, dentre os quais o Brasil, aceitaram acordos com o FMI que previam perdão de parte de suas dívidas sob a condição de implantar reformas estruturais (HARVEY, 2008).

Essas grandes mudanças na área de políticas sociais estão relacionadas a alteração da natureza da governança decorrente da suspeita em relação à democracia. Um exemplo é o aumento das parcerias público-

---

<sup>106</sup> Paradoxalmente, as práticas referentes ao capital financeiro e às instituições financeiras colidem com a teoria neoliberal exatamente porque demandam, ao lado da exigência de desregulamentação, grande empenho Estatal para a preservação de sua integridade e solvência, além do resgate de empresas. Como negação da ideia de responsabilidade individual, o “Estado torna os emprestadores largamente imunes a perdas, devendo os tomadores pagar em seu lugar, seja qual for custo social decorrente” (HARVEY, 2008, p. 84).

privadas. Desse modo, negócios e corporações “não só colaboram intimamente com atores do governo como chegam mesmo a assumir um forte papel na redação de leis, na determinação das políticas públicas e na implantação de estruturas regulatórias” (HARVEY, 2008, p. 87).

Em muitos casos das parcerias público-privadas, todo o risco fica a cargo do governo e a iniciativa privada fica com a “maior parte do lucro”. A fim de tornar a parceria atrativa, o Estado chega a fortalecer seu braço coercitivo, mediante legislações e táticas de policiamento destinadas a dispersar ou reprimir formas coletivas de oposição ao poder corporativo (HARVEY, 2008, p. 87).

Como o acesso à justiça é nominalmente igualitário mas na prática extremamente caro [...], o resultado é em geral bastante favorável a quem detém o poder do dinheiro. Seja como for, o vício de classe das decisões judiciais é bem disseminado, quando não garantido de antemão. Não surpreende que os meios coletivos primários de ação sob o neoliberalismo sejam definidos e articulados por grupos não-eleitos (e em muitos casos comandados pela elite) que defendem vários tipos de direitos (HARVEY, 2008, p. 88).

No tocante às disparidades entre teoria – bem-estar de todos – e a prática neoliberal – restauração do poder de classe, Harvey destaca ainda que

Embora as virtudes da competição recebam prioridade máxima, a realidade mostra uma crescente consolidação de poder oligopolista, monopolista e transnacional nas mãos de umas poucas corporações multinacionais centralizadas [...], e uns poucos magnatas da mídia controlam o fluxo de notícias. Boa parte das quais se torna pura propaganda (HARVEY, 2008, p. 90).

A primeira onda de neoliberalização forçada na América Latina se deu na década de 1980, sendo uma década de estagnação econômica e perturbação política. O complexo Wall Street-FMI- Tesouro do Estados Unidos compeliram muitos países em desenvolvimento a adotarem o neoliberalismo, apresentando-lhes o acesso preferencial ao seu mercado de consumo. “Foi esse fluxo de tributos extraído do resto do mundo que



sustentou boa parte da afluência alcançada nos Estado Unidos durante a década de 1990”<sup>107</sup> (HARVEY, 2008, p. 102).

Harvey mostra que para além dos diversos fatores econômicos que orientaram a neoliberalização, importa a percepção de que as ideias dominantes eram em grande parte ideias da classe dominante. A forte presença de interesses de classe fica demonstrada pelo fato de que a hostilidade em relação às forças de trabalho organizado “é uma pré-condição necessária da neoliberalização” (HARVEY, 2008, p. 126).

É importante a relação entre forças internas e externas que coordena o processo de neoliberalização, a qual “só pode funcionar com um Estado forte, um mercado forte e instituições legais” (HARVEY, 2008, p.127). Interessante, porém, é constatar que, muito embora a criação de um clima de negócios favorável e a neoliberalização sejam vistos como coincidentes, o descontentamento social e a instabilidade política promovidos pelas práticas neoliberais, assim como o embaraço ao crescimento dos mercados internos faz mais repelir que estimular investimentos.

O que leva a uma outra consideração: o tipo de capital atraído pela neoliberalização. O que Harvey chama de capital predatório é o resultado mais comum da prática neoliberal. A desigualdade social, portanto, é aprofundada por meio da espoliação de grupos mais vulneráveis e da transferência de riqueza para centros financeiros mundiais<sup>108</sup>.

Tem constituído um talento especial da teoria neoliberal a capacidade de oferecer uma máscara

---

<sup>107</sup> Nesse cenário de financialização desregulada, as “crises financeiras eram tanto endêmicas como contagiosas” (HARVEY, 2008, p. 103). A resposta ao FMI-Tesouro dos Estado Unidos para a crise foi “o excesso de intervencionismo estatal e relações de corrupção entre o Estado e os homens de negócios [...]. A solução estava em ampliar a neoliberalização” (HARVEY, 2008, p. 106). A questão é que a desigualdade social combatida como “subproduto da neoliberalização pode ter sido desde o começo sua *raison d'être*” (HARVEY, 2008, p. 107).

<sup>108</sup> Nesse sentido é que Harvey afirma que a “principal realização substantiva da neoliberalização foi, no entanto, redistribuir; em vez de criar, riqueza e renda” (HARVEY, 2008, p. 171). trata-se, porém, do que ele denomina de uma “acumulação por espoliação” que se caracteriza pela: 1) A privatização e a mercadificação de ativos públicos; 2) Financialização marcadamente especulativa e predatória que, sob diversas formas, coloca o sistema financeiro como importante centro redistributivo; 3) Administração e manipulação de crises; 4) Redistribuições via Estado;

benevolente, plena de palavras que soam prodigiosamente positivas, como liberdade de ação, liberdade de pensamento, escolha e direitos, para ocultar as realidades extremamente desagradáveis da restauração ou reconstituição do poder de classe nu e cru, tanto no plano local como no transnacional, porém mais especificamente nos principais centros financeiros do capitalismo global (HARVEY, 2008, p. 128-129).

A neoliberalização como única alternativa e com um sucesso é, portanto, questionada pelo autor, que apresenta duas razões: “Em primeiro lugar, a volatilidade dos desenvolvimentos geográficos desiguais se acelerou, permitindo que certos territórios avançassem espetacularmente (ao menos por algum tempo) a expensas de outros” (HARVEY, 2008, p. 169).

A outra razão é o real sucesso, do ponto de vista prático, para as classes altas. Nesse sentido, a mídia pode propagar os interesses das classes dominantes no sentido de “se propagar o mito de que os Estados fracassaram economicamente por não serem competitivos (criando assim a demanda por ainda mais reformas neoliberais)” (HARVEY, 2008, p. 169). A responsabilidade individual é expandida a fim de se atribuir os fracassos pessoais a alguma incompetência que reafirma a lógica neoliberal darwiniana de que “só os mais aptos devem sobreviver e de fato sobrevivem”<sup>109</sup> (HARVEY, 2008, p. 169).

O neoliberalismo é despujado. Ele acaba com as máscaras do liberalismo embutido. O problema é que a cultura opositiva que se formou em torno da neoliberalização padece da dependência de pressupostos básicos neoliberais. A questão dos direitos e garantias individuais de um lado e do autoritarismo de outro, afirma a “retórica neoliberal de bem-estar de todos e condena a neoliberalização por fracassar em seus próprios termos” (HARVEY, 2008, p. 189).

Nesse contexto, a emergência dos direitos humanos se mostra convergente com o percurso neoliberal. A centralidade que o indivíduo

---

<sup>109</sup> Seu ataque à força de trabalho dá de dois modos: pelo enfraquecimento ou desmantelamento do poder sindical, aliado a flexibilização, o que torna o trabalhador individual impotente, sobretudo pela retirada do Estado das áreas sociais e pela substituição da força de trabalho pela tecnologia. A responsabilidade individual em detrimento das proteções sociais coloca o mercado como novo prestador de serviços sociais, condicionados pela capacidade individual de pagamento (HARVEY, 2008).

ocupa no neoliberalismo e seu papel político econômico favorece a dimensão dos direitos individuais, de modo que sem a busca por mecanismos democráticos e abertos (assim como valores de igualdade e solidariedades sociais) o pressuposto neoliberal permanece intocado pelo discurso dos direitos. A linguagem dos direitos favorece as demandas individuais e concretas pelo Executivo e pelo Judiciário, afastando a atuação do parlamento e reforçando a divergência entre neoliberalismo e democracia.

Sem dúvida, a insistência neoliberal no indivíduo como o fundamento da vida político-econômica abre a porta ao ativismo dos direitos individuais. Contudo, concentrando-se antes nesses direitos do que na criação ou na recriação de estruturas de governança democráticas substantivas e abertas, a oposição cultiva métodos incapazes de fugir ao arcabouço neoliberal [...]. Além disso, o frequente recurso à ação legal acata a preferência neoliberal pelo apelo aos poderes judiciário e executivo em detrimento do parlamentar. Porém, seguir os caminhos legais é algo custoso e demorado, e além disso os tribunais são em todo caso fortemente tendenciosos na defesa dos interesses da classe dominante, dado que o judiciário tipicamente é leal a ela. As decisões legais tendem a favorecer direitos de propriedade privada e de taxa de lucro em detrimento dos direitos à igualdade e à justiça social (HARVEY, 2008, p. 190).

O papel das ONGs também é favorável a essa lógica na medida em que, por vezes, ocupando os vazios sociais deixados pelo Estado acaba retirando tais áreas do campo público e facilitando a retirada do Estado. A isso acrescenta-se o fato de não serem propriamente democráticas (HARVEY, 2008).

No âmbito dos Estados isso se dá por meio da maior relevância dada às decisões judiciais, como desagregadores da atuação política e do debate público. Domestica, os efeitos não são menos insidiosos, produzindo-se um estreitamento do “debate político público mediante a legitimação do papel decisório em crescimento do judiciário, bem como de forças-tarefa e comitês de ética não eleitos”. Os efeitos políticos podem ser debilitantes. “Longe de se opor ao isolamento e à passividade dos indivíduos em nossas sociedades atomizadas, a regulação dos direitos

humanos só pode institucionalizar essas divisões”. Pior ainda, “a visão degradada do mundo social proporcionada pelo discurso ético dos direitos humanos serve, como toda teoria de elite, para sustentar a crença em si mesma da classe dirigente” (HARVEY, 2008, p. 192-193).

A crença no Poder Judiciário revela-se, assim, como resultado de um processo que enfraquece o Estado em função das exigências econômicas e ao mesmo tempo fragiliza as referências democráticas, as quais vislumbram na Justiça o último resquício do projeto democrático. A globalização econômica quer se ver livre do Estado, mas amplia a demanda judicial.

O recurso à justiça como direito é importante aos movimentos políticos, mas sua significação é bastante plural. Nesse sentido, a mudança social envolve uma necessária ressignificação das concepções dominantes de direito e justiça (HARVEY, 2008). Isso porque, o Estado Neoliberal ainda resgata a submissão a direitos necessários ao capital, na medida em que só são realmente inalienáveis o direito à propriedade privada e à taxa de lucro, os demais orbitam em torno desses. São direitos relevantes, mas distribuídos desigualmente entre as classes sociais.

### 2.3.DECISÃO SOBERANA E NORMA NO DEBATE KELSEN – SCHMITT

não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei (KELSEN, 2007, p. 169).

Este tópico tratará dos conceitos de norma e decisão a partir do debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição. Um conceito de direito em Kelsen e em Schmitt está pressuposto nesse diálogo e é a partir dele que outros conceitos ganharão maior densidade. Nesse sentido, subjazem à discussão importantes elementos para se pensar duas correntes da teoria do direito: decisionismo e positivismo

jurídico. Segundo Andityas Matos e Diego Milão, Kelsen e Schmitt, além de clássicos, remetem a um contexto semelhante ao atual em que o Judiciário é chamado a lidar com a exceção, seja com a pretensão de conter ou aprofundá-la (MATOS; MILÃO, 2013).

O contexto político em que se levanta a questão da defesa da Constituição, como não nega Schmitt, aponta um período de delicadas circunstâncias constitucionais (SCHMITT, 2007). O impacto provocado pela crise econômica de 1929 sobre a relativa estabilidade recente da República de Weimar deu condições ao desenvolvimento do que Schmitt trata como Estado de emergência e de exceção especificamente econômico e financeiro. Nesse contexto, amparado no célebre artigo 48, § 2º, da Constituição de Weimar, o presidente do Reich poderia promulgar decretos substitutivos de leis.

A Constituição austríaca de 1920, em cuja redação Kelsen colaborou, previa a criação de uma Corte Constitucional, que teria a competência exclusiva de exercer o controle concentrado da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. Além da criação, Kelsen também participou da composição da Corte Constitucional da Áustria na condição de juiz.

A revolução burguesa instituiu a Constituição, mas não previu mecanismos para a sua defesa, mesmo porque, a ideia de se instituir um controle concentrado de constitucionalidade pela via jurisdicional enfrentava naturalmente alguma resistência, não só pela aversão francesa ao poder dos juízes, mas em função do modelo autoritário da monarquia absoluta na Europa que “obrigava desde muito os juízes, em caso de dúvida sobre a inteligência da lei, a suspender o processo e encaminhar consulta, sobre essa questão, a um órgão superior, preferentemente de natureza antes política que judicial” (CUNHA, 2001, p.8).

Embora desde a década de 1910 Schmitt já fizesse referências críticas às teorias de Kelsen, só nesse momento é que o confronto entre esses destacados juristas se torna direto<sup>110</sup> (HERRERA, 1994). A crítica de Schmitt ao positivismo normativista kelseniano situa-se no marco de sua crítica à doutrina da escola de Viena e ao sistema liberal como um todo<sup>111</sup>, na medida em que teriam operado a substituição da autoridade

---

<sup>110</sup> Em “Teologia Política”, Schmitt chegar a ironizar o tratamento que Kelsen dispensava à situação excepcional dizendo: “É compreensível, por exemplo, que um neokantiano com o Kelsen não soubesse o que fazer com o Estado de exceção” (SCHMITT, 1996, p. 93).

<sup>111</sup> Não se pode desconsiderar, ainda, a vocação coletivista de Schmitt. Numa contundente crítica ao individualismo do pensamento liberal, Schmitt

pessoal do soberano por uma suposta autoridade impessoal da norma. Herrera destaca, aliás, que não seria um equívoco identificar essa reação contra a teoria kelseniana com o clima antiliberal e antilegalista que circundava a Alemanha nesse período<sup>112</sup> (HERRERA, 1994).

O jurista alemão pontua que se se parte de uma correta definição das funções de cada órgão do Estado, uma *jurisdição constitucional* redundaria, por definição, em uma impossibilidade, na medida em que à atividade jurisdicional estava alheia a competência de uma decisão política, tal qual é a de cunho constitucional.

Schmitt mostra que o fundamento do Estado de direito civil é a diferenciação objetiva das funções estatais, de tal modo que um Estado que não distinga Legislativo, Executivo e Judiciário não poderia ser considerado detentor de uma Constituição nos termos do Estado de direito civil. Desse modo, a diferenciação dos poderes não significa uma coincidência automática que vincularia todos os atos exercidos pelo poder Executivo como atos de administração ou todo ato exercido por um juiz como ato judicial (SCHMITT, 2007).

Nesse sentido, para o jurista alemão:

não há Estado de Direito sem uma justiça independente, não há justiça independente sem vinculação material a uma lei e não há vinculação material à lei sem diversidade objetiva entre lei e sentença judicial. O Estado de Direito civil baseia-se justamente na diferenciação objetiva entre diversos poderes (SCHMITT, 2007, p. 55).

O autor de *Teoria Pura do Direito*, por outro lado, concebia a

---

defende a unidade do povo como razão suficiente para legitimar, se necessário, o sacrifício da vida (SCHMITT, 1992). A Constituição, nesse sentido, representava a consolidação da vontade política daqueles que tiveram condições de fazer valer a sua vontade.

<sup>112</sup> Cumpre mencionar um episódio entre Kelsen e Schmitt, descrito por Rùthers. Embora Kelsen tenha aprovado expressamente, a despeito de suas divergências teóricas, a convocatória para Schmitt lecionar da Universidade de Colônia em 1932, Schmitt não retribuiu a atitude. Em 1933, Kelsen foi a primeira vítima da política racista do nacional-socialismo na Faculdade de Direito de Colônia e, mesmo sendo decano, perdeu sua autorização para lecionar. Seu sucessor na cátedra elaborou uma petição ao ministério de Berlin solicitando que Kelsen fosse mantido em sua função. O único membro da faculdade que não assinou a petição foi Carl Schmitt (RÛTHERS, s/d).

Constituição num sentido destacadamente contramajoritário. O conceito de democracia em Kelsen está relacionado à conciliação dos interesses dos grupos, majoritários e minoritários, representados no Parlamento. Schmitt considera essa uma concepção liberal de democracia. Segundo ele, a democracia se afirma a partir do sentido de unidade:

A concepção estatal democrática (não a liberal) tem que perseverar no axioma democrático fundamental, frequentemente mencionado, de que o Estado é uma unidade indivisível e de que a parte vencida por maioria de votos, na verdade, não é violentada nem forçada, mas apenas conduzida a sua própria vontade real. Logo, não existe nenhuma vitória por maioria de votos, mas apenas um acordo dado desde o início, sempre existente e livre de desvios errôneos mediante votação (SCHMITT, 2007, p. 212).

O próprio Schmitt relembra a advertência de que o guardião tende facilmente a se tornar senhor da Constituição, esse guardião era o presidente do Reich. Essa, contudo, não seria razão suficiente para que o poder de elaborar leis fosse limitado pela jurisdição, até porque ele aponta o quão estreitos são os limites de toda judicância. Somente aquele que detivesse um poder neutro, tal como o poder neutro do monarca defendido por Benjamin Constant, é que deveria guardar a Constituição. Essa neutralidade decorreria tanto da eleição direta do presidente pelo povo (sem a contaminação de disputas partidárias), quanto do poder que não reconhece limites e tem, pois, força para executar a vontade da homogeneidade do povo. Toda questão se resolve pelo reconhecimento de que o presidente do Reich é o tradutor da unidade política do povo.

A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão (SCHMITT, 2007, p. 234).

Num aspecto, portanto, a diversidade de visões acerca da democracia, assim como a visão sobre o jurídico, o fático, o político e a Constituição participam de grande parte das discontinuidades entre esses juristas no que concerne à definição do direito. Por outro lado, como

destaca Matos e Milão, o decisionismo de Schmitt e o normativismo de Kelsen servem-se a semelhantes funções no confronto contra o imperativismo<sup>113</sup>, isto é, ambos pretendem fugir da compreensão do direito como a pura vontade do mais forte. Tendo em vista o contexto do sucesso do pensamento imperativista no século XIX, Kelsen e Schmitt pretendiam afirmar a distinção entre o direito e o poder por meio de suas referências ao decisionismo e à norma fundamental (MATOS; MILÃO, 2013).

### **2.3.1. Conceitos de direito, norma e decisão**

A compreensão do direito por esses autores expõe uma relação entre fato e direito, assim como entre o político e o jurídico, concebidos, ora do ponto de vista da identidade, ora da distinção. A distinção é particularmente relevante em Kelsen, para quem há um dualismo lógico entre “ser” (fato) e “dever-ser” (norma), correspondente às distintas dimensões da realidade e da valoração ética: “O valor, como dever-ser, coloca-se em face da realidade, como ser; valor e realidade – tal como o dever-ser e o ser – pertencem a duas esferas diferentes” (KELSEN, 2009, p. 20).

Partindo dessa separação entre o “ato” e o “sentido do ato” é que o jurista austríaco compreende o direito essencialmente como norma (ou sistema de normas) (KELSEN, 2007; 2009) e, nessa medida, o ordenamento coercitivo é concebido como instrumento técnico-social, ou como tecnologia sancionatória de realização ou manutenção do dever-ser. Para tanto, a ordem jurídica estabelece o dever jurídico de determinada conduta, prevendo, para o contrário da conduta almejada um ato coercitivo específico (KELSEN, 2007).

Para Kelsen, o elemento distintivo do direito em relação às demais ordens sociais é a instituição da coação, cujo monopólio pertence à comunidade jurídica. Essa centralização do monopólio coercitivo aliada à proibição da autodefesa é que garantiria a segurança coletiva (KELSEN, 2009).

A dualidade entre o jurídico e o político opera em níveis distintos entre os autores e decorre da diferença do conceito do político para os tais. Para Kelsen, “deve-se separar bem o ponto de vista da política do

---

<sup>113</sup> “Para tal corrente positivista, o direito derivaria do mero fato de quem tem mais força para impor sua vontade, fazendo cumprir seus comandos a partir da aplicação de um castigo. Dessa forma, o poder seria anterior ao direito e esse estaria reduzido a atos de simples violência” (MATOS E MILÃO, 2013, p. 113)



direito e o da teoria jurídica” (KELSEN, 2007, p. 75). Essa separação se dá no nível da ciência do direito, cuja relação com os fatos jurídicos (nesse sentido, normas jurídicas) é meramente descritiva. A função da ciência jurídica é distinta da função da autoridade jurídica. A ciência jurídica “apenas pode descrever o Direito; ela não pode, como o direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), prescrever seja o que for” (KELSEN, 2009, p. 82). Uma teoria jurídica que prescrevesse condutas seria, em verdade, não teoria, mas política do direito e, portanto, produto da atividade de uma autoridade jurídica.

Kelsen não nega que a jurisdição compreenda alguma dimensão do político, aliás, ele afirma que seria um equívoco pressupor alguma contradição essencial entre as funções jurisdicionais (pertencentes a uma autoridade jurídica) e políticas (KELSEN, 2007). Nesse sentido, Matos e Milão chegam a considerar Kelsen, do ponto de vista hermenêutico, como defensor de um decisionismo relativista judicial (MATOS; MILÃO, 2013).

A relação entre o plano fático e o jurídico separa os autores, os quais conferem maior ou menor importância a um ou a outro para a definição do direito. A decisão política, para Schmitt, opera a mediação entre as instâncias do jurídico e do fático. Kelsen, por sua vez, distingue o plano da validade das normas – esta tratada no âmbito formal – do plano da sua criação/aplicação, o qual compreende os elementos políticos.

Na edição da Teoria Pura do Direito de 1960, Kelsen chega a admitir a possibilidade de uma decisão judicial “completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 2009, p. 394). Um indício da pouca relevância que é dada pelo autor ao plano da adjudicação é o fato de que apenas algumas páginas do livro foram dedicadas ao tema da interpretação. O que Kelsen reconhece é a possibilidade de que uma decisão fora da norma transite em julgado e seja considerada obrigatória, já que estabelecida por uma autoridade constituída pelo Ordenamento como legítima para proferir uma decisão jurídica. Toda a Teoria Pura parece chegar ao fim e se mostrar bastante frágil no plano da interpretação. Para Kelsen, é “fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo — especialmente pelos tribunais de última instância” (KELSEN, 2009, p. 395).

O realismo a que conduz Kelsen mostra a inquietante aproximação da clássica visão de que o direito é aquilo que a autoridade competente diz que ele é. Isso não apenas ratifica a inadequação da crítica de Schmitt ao que este considera uma abstração formalista e reducionista do normativismo de Kelsen, como permitirá uma convergência da sua teoria

da interpretação com a tese decisionista de Carl Schmitt. Isso porque,

embora Schmitt e Kelsen tenham partido de uma preocupação comum relativamente à separação entre direito e poder, ambos enveredaram por searas muito diferentes e mesmo opostas que, inclusive, muito cedo entraram em choque. Com efeito, enquanto o conhecimento do direito em Schmitt se dá por meio da decisão excepcional, Kelsen entende que a cognição jurídica se realiza normativamente, em última instância graças ao concurso da norma hipotética fundamental. Desse modo, no que compete a uma teoria do direito, tem-se um decisionismo em Carl Schmitt e um normativismo em Hans Kelsen. No entanto, o mesmo não ocorre em suas teorias da interpretação (MATOS; MILÃO, 2013, p. 133).

Desse modo, no que compete a uma teoria da validade (ciência), tem-se um decisionismo em Carl Schmitt e um normativismo em Hans Kelsen. No entanto, no que concerne a teoria da interpretação/aplicação (plano político) as diferenças se atenuam e é possível vislumbrar em Kelsen uma tendência realista<sup>114</sup>. Mas, se pra Kelsen a possibilidade de uma decisão “completamente fora da moldura” aparece como um resíduo da teoria, ou como constatação de uma realidade, Schmitt parte já dessa realidade para tratar o direito como decisão. Em outros termos, se no campo normativista a discricionariedade se apresenta no campo do ser, no decisionismo ela é mesmo um dever ser, já que ser e dever ser não podem ser instâncias totalmente separadas.

Schmitt enfrenta a distinção entre o fato e o direito, não no sentido de uma separação tão rígida, mas tentando assegurar uma conexão entre eles. Para o autor alemão, o normativismo teria criado uma situação que se volta contra ele mesmo ao afirmar que o direito do Estado está adstrito à norma, pois quando a emergência exigisse o estado de exceção, o direito estaria ausente e assim também o Estado.

Carl Schmitt defende que a realidade jurídica implicará sempre

---

<sup>114</sup> Partilha dessa compreensão DIMOULIS, 2006, p. 216. Matos e Milão afirmam que “é possível dizer que a teoria da interpretação de Hans Kelsen exposta em 1960 comporta um decisionismo de viés realista que tem por condição uma teoria da validade normativista” (MATOS, MILÃO, 2013, p. 131), já que não se estabelece nenhum limite material para o aplicador, mostrando sua postura cética quanto a interpretação.

uma submissão à decisão política. O autor parte do conceito do político como o conflito amigo-inimigo, no qual se opera a decisão política fundamental da totalidade do povo – a Constituição (SCHMITT, 2007) –, a fim de mostrar não só que o direito se funda numa decisão política, como é uma decisão soberana que define a possibilidade do direito.

É central, aqui, ponderar sobre o conceito schmittiano de Constituição, na medida em que se diferencia da própria ideia kelseniana. Para Schmitt a Constituição não se confunde com a norma constitucional. Constituição não são as normas contidas em um documento político-jurídico a que o constitucionalismo liberal convencionou denominar Constituição, mas a “decisão política da totalidade do povo, homogêneo em si” (SCHMITT, 2007, p. 101). Em sua teoria da Constituição, Schmitt afirma que ele não se refere à Constituição no sentido mais comum de conjunto de leis de certo tipo, que confunde Constituição e Lei constitucional. A lei constitucional tem um sentido formal, ao passo que Constituição é a decisão política fundamental do titular do poder constituinte sobre a forma de existência concreta de um povo (SCHMITT, 1982).

Nesse ponto, a defesa da Constituição não se refere ao cotejo de normas constitucionais e infraconstitucionais, mas à garantia da decisão política fundamental. Num Estado democrático, é a defesa da democracia que o guardião da constituição deve assumir. Diferentemente de Kelsen que compreende a guarda da Constituição no sentido de controle material e formal de constitucionalidade, Schmitt a compreende como defesa diante de um inimigo político.

O jurista alemão pensa o político como pressuposto para do conceito de Estado (SCHMITT, 1992). Isso não significa uma equivalência entre o estatal e o político, já que sociedade e Estado não se distinguem. O Estado, para Schmitt, deve ser total, aglutinando todos os interesses sociais a ponto de não se diferenciarem interesses sociais de interesses estatais. Nesse aspecto, a sociedade é necessariamente política e o conceito de Estado é um conceito de Estado Total, isto é,

da identidade entre Estado e sociedade, o qual não se desinteressa por qualquer âmbito e, potencialmente, abrange qualquer área. Nele, por conseguinte, tudo é, pelo menos potencialmente, político, e a referência ao Estado não mais consegue fundamentar um marco distintivo específico do ‘político’ (SCHMITT, 1992, p. 47).

O “político” é o “total” e se define, pois, pela unidade política e soberana a quem cabe resolver o caso decisivo (SCHMITT, 1992), cuja força se prova no caso excepcional (SCHMITT, 2007). O Estado é, portanto, a forma dessa unidade política.

Tomando a distinção amigo-inimigo como o critério schmittiano do político (SCHMITT, 1992), é que se compreende que esse Estado ao qual se refere Schmitt é um Estado diferente do Estado moderno liberal. Isso porque o Estado de direito liberal operou uma despolitização geral ao retirar do soberano o poder de decisão e transferir às instituições e procedimentos democráticos (Parlamento e Judiciário) o papel de ocultar os conflitos políticos mediante deliberações, consensos e decisões jurídicas (vinculadas à lei) (SCHMITT, 2007). Se para Kelsen as deliberações parlamentares e as discussões nos espaços públicos das democracias liberais representam uma atividade política, para Schmitt tratam-se ao contrário de procrastinações burguesas do momento decisivo e uma degradação da política que é necessariamente conflitiva.

Schmitt defende uma percepção realista do político que não admite a suposta neutralidade do Estado liberal:

Hoje; nada é mais moderno do que a luta contra tudo o que é político [...]. Não deverão mais existir problemas políticos, só tarefas técnicas organizacionais e econômico-sociológicas. A espécie de pensamento técnico-econômico hoje dominante pode até nem aceitar mais uma idéia política. O Estado moderno parece realmente ter se transformado naquilo que Max Weber previu: uma grande empresa (SCHMITT, 1996, p. 129).

Para Kelsen, a coação é o que expõe a conexão entre o Direito e o Estado na medida em que somente a coação constituiria o elemento determinante para a diferenciação das normas jurídicas em relação às demais normas (normas morais e consuetudinárias). Fica claro, aqui, o seu repúdio às teses jusnaturalistas e às especulações metafísicas sobre o “bem comum”, já que “todo Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica. Isso, no entanto, não coenvolve qualquer espécie de juízo de valor político” (KELSEN, 2009, p. 353).

Schmitt critica duramente essa “confusão” efetuada por Kelsen e apresenta a soberania como um conceito limite, no qual a separação entre Estado e Direito se evidencia. O autor considera que no Estado de exceção o direito é suspenso em favor de um direito do Estado à autopreservação

(SCHMITT, 1996). Embora subsista uma ordem, esta não é a ordem jurídica. Por isso, sustenta o autor que o Estado (e o político) não apenas antecede e independe da validade da norma, como é superior a ela.

Em suma, enquanto para o jurista austríaco Estado e ordem jurídica se identificam, para Schmitt direito e Estado pertencem a esferas distintas. Com efeito, enquanto Kelsen compreende o direito como ordem social coativa, um sistema de normas que regulam o comportamento humano, Schmitt defende que toda ordem se baseia numa decisão, até “mesmo a ordem jurídica, como toda ordem, baseia-se numa decisão e não numa norma” (SCHMITT, 1996, p. 90).

Kelsen chega a afirmar que o “o direito é, em sua essência, norma” (KELSEN, 2007, p. 190). Por conseguinte, o conceito de norma é exposto, em seu sentido genérico, como imperativo (Sollen). A imperatividade, embora caracterize as normas, não constitui o critério de identificação das normas jurídicas. O que especifica as normas pertencentes a um ordenamento jurídico seria, pois, como já mencionado, a coerção (KELSEN, 2009).

Ademais, para o autor, a validade de uma norma depende de outra que lhe seja figurativamente superior, em uma cadeia que termina na *Grundnorm*, fundamento de validade de toda a ordem normativa (KELSEN, 2009). Segundo Kelsen, o que ainda qualifica como jurídica uma norma é o seu pertencimento a uma dada ordem jurídica, cuja norma fundamental lhe confere validade e legitimidade (KELSEN, 2009) A norma fundamental é pressuposta no pensamento jurídico. Cuida-se, pois, de uma norma hipotética que não apenas confere unidade como dá origem ao sistema normativo (KELSEN, 2009).

Deve-se considerar, porém, que o normativismo, em especial o normativismo kelseiano, contestado por Schmitt, corresponde ao quadro que ele mesmo pinta acerca do normativismo. Um quadro, a propósito, distorcido. Nesse sentido o próprio Kelsen, em nota do artigo de resposta a Schmitt sobre quem deve ser o guardião da constituição, afirma:

Contento-me portanto em afirmar que a doutrina contra a qual Schmitt polemiza não tem quase nada a ver com a teoria defendida por mim. Há aqui um mal-entendido grosseiro [...]. Pois bem, se eu sustentasse que a Constituição só está ‘acima’ da lei porque é mais difícil de modificar que esta, então minha teoria seria de fato tão absurda como Schmitt a expõe (KELSEN, 2007, p. 260).

O conceito de “soberania” é central na teoria política de Carl Schmitt. Nele está implícito o conceito de “decisão” e de “Estado de exceção”. A relevância desses conceitos fica mais evidenciada em *Teologia Política*. Nesse texto, o autor alemão apresenta sua tese da soberania e deixa claras as dimensões do seu decisionismo<sup>115</sup>.

O conceito de “decisão”, junto com o de “soberania” e “estado de exceção” fixam as assonâncias com o positivismo normativista. A perspectiva positivista compreende o direito como norma. Carl Schmitt, no entanto, aponta que a norma depende da existência de uma situação normal predominante, isto é, de uma ordem, pois “não existe norma aplicável no caos” (SCHMITT, 1996, p. 92). A situação normal, contudo, não é um dado metafísico, mas é criada pelo ato fundante da ordem jurídica, a decisão. Se a condição do direito é a normalidade, não é, portanto, a norma o seu fundamento, mas a decisão. Por conseguinte, o “normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção” (SCHMITT, 1996, p. 94).

Aqui surge a soberania estatal constituída não pela força ou coação – como diria Kelsen – mas pela autoridade daquele que decide sobre a normalidade e, assim, sobre as condições de possibilidade do próprio direito. Em vista disso, ganha sentido a tese de que: “Soberano aquele que decide sobre o Estado de exceção” (SCHMITT, 1996, p. 87). O Estado de exceção desnuda o limite da soberania, pois ali se afirma a clássica hobbesiana a qual Schmitt recorre: “a autoridade, não a verdade, faz a lei” (*Auctoritas, non veritas, facit legem*).

O moderno Estado de direito teria, porém, um intento de eliminar o soberano mediante um afastamento bastante simplista entre o fato e o direito, como o efetuado por Kelsen (SCHMITT, 1996). O posicionamento liberal de Kelsen teria situado a soberania no direito a fim de evitar o personalismo, transpondo o direito da pessoalidade da decisão para a objetividade da norma (SCHMITT, 1996).

---

<sup>115</sup> Importante destacar que o decisionismo de Schmitt em nada se relaciona com o decisionismo judicial. Na verdade, Schmitt era um forte opositor dessa forma de decisionismo, assim como do Estado Judicial, da constitucionalização e da “tirania dos valores” que dele advém. O detentor do poder de decisão sobre o direito estava encarnado no presidente do Reich, quem identificaria a vontade do povo alemão e o Judiciário só poderia se ater a declarar isso, sem qualquer conotação política em sua ação. O intento de Schmitt era de limitar a atuação judicial a fim de que ela se adequasse à vontade do presidente do Reich.

Esses pontos ganham corpo em *O guardião da Constituição*, onde o soberano é nomeado e a tentativa do positivismo de dar impessoalidade ao direito é especificada pelas instâncias e procedimentos técnicos do Estado liberal.

Importa distinguir, nesse debate, o positivismo jurídico kelseniano conforme apresentado por Kelsen e como Schmitt lhe apresenta. Sobretudo no que diz respeito a crítica de Schmitt sobre a concepção restrita e reducionista do positivismo acerca do papel do Judiciário. Acusado de atribuir ao intérprete o papel de mera subsunção lógica ao que dispõe a norma jurídica, Kelsen revida mostrando não apenas que essa é uma interpretação equivocada e tendenciosa de Schmitt, como ainda aponta que esse papel é o que o próprio Schmitt atribui ao Judiciário.

Mesmo o ato de aplicação da norma, para Kelsen, não é um ato mimético, mas compreende alguma forma de decisão:

dizer que um ato é um ato de execução ou de aplicação de certa norma é dizer unicamente que ele a concretiza ou que a individualiza: aplicar e executar uma norma não é simplesmente reproduzi-la, é acrescentar a ela algo que ela não continha. É nisso que consiste o processo de criação de todo o direito, que vai da elaboração da Constituição à execução material, fim do sistema do direito, fato material e não norma, graças à qual o direito, entrando em contato com a realidade, nela se insere (KELSEN, 2007, p. 190).

O conceito de decisão é o ponto nodal aqui. De um lado, Kelsen dilui a atividade criativa e de produção de direito, corporificada na decisão, a todos os órgãos do Estado. Para Kelsen, a produção do direito não se exaure na atividade legislativa, aliás, nem a execução do direito está adstrita à atuação judicial. Toda atividade jurídica seria mais ou menos voltada à produção ou execução do direito a depender do lugar em que tal ato ocupasse no escalonamento da ordem jurídica, tendo por referencial a Constituição como ato criativo por excelência.

Nesse sentido, Kelsen rechaça a distinção das funções estatais entre legislação e execução, a qual resultaria numa falsa oposição entre as funções de criação, comumente atribuídas ao Parlamento e a aplicação do direito como atividades próprias da jurisdição ou da administração (KELSEN, 2007). Ainda que em medida mais restrita, o legislador também executa o direito, já que o processo legislativo – assim como,

excepcionalmente, o conteúdo das leis – está limitado pela Constituição. Essa é a ideia fundante da jurisdição constitucional. Conforme ele expõe:

[...] entre lei e sentença não existe diferença qualitativa, que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito, não deixa de ser um ato de jurisdição, ou seja, de aplicação do direito, e particularmente que, em função de o elemento da decisão não se limitar de modo algum à função legislativa, mas sim também - e necessariamente - estar contido função judicial, ambas devem possuir caráter político (KELSEN, 2007, p. 258 e 259).

Schmitt contende frontalmente contra essa visão Kelseniana. Para o autor alemão, existe, de algum modo, uma decisão no âmbito do Judiciário, mas essa decisão é uma decisão meramente jurídica, na medida em que está adstrita a uma norma. A decisão política é de titularidade da unidade do povo, cujo representante é o presidente do Reich.

Muito embora defenda o papel do presidente do Reich como guardião da Constituição, Schmitt pretende, por meio da divisão do conceito de decisão entre decisão política e decisão jurídica, conferir neutralidade política à decisão jurídica. Supondo que a atuação judicial pudesse ser meramente técnica e, portanto, desvinculada de fatores políticos, ele afirma:

toda justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tornam-se em seu conteúdo duvidosas e discutíveis [...] normas determináveis e mensuráveis que possibilitam subsunções têm que permanecer a base do exame judicial e da decisão. A vinculação a uma norma desse tipo é também o pressuposto e a condição de toda independência judicial (SCHMITT, 2007, p. 28-29).

O jurista alemão ainda critica a ambiguidade do Estado de direito que confere funções políticas a um tribunal judicial. Se o Estado de direito depende da clara diferenciação entre as funções do Estado, a atribuição de funções legislativas ao Judiciário implicaria o extermínio do próprio Estado de direito.



Para Schmitt, entregar essa função ao Judiciário significaria atribuir-lhe poderes legislativos e políticos que não corresponderiam à sua atividade precípua, implicando numa corrosiva “politização da justiça”. Para Schmitt, o fundamento da Constituição, longe da perspectiva de uma norma fundamental, seria a decisão política.

Para Kelsen, a política se concretiza pela possibilidade de convivência entre vários interesses representados no Parlamento, num contexto de pluralidade democrática (KELSEN, 2007). Schmitt, porém, define o político como o conflito amigo-inimigo, o qual exige uma decisão capaz de defender o Estado da fragmentação, conferindo-lhe unidade. O problema do Parlamentarismo, para Schmitt, seria o fato de se basear, não em uma decisão, mas em um consenso e na discussão (SCHMITT, 1996).

O percurso individual desses juristas parece ter orientado a adesão ou rejeição de suas teorias sobre a defesa da Constituição no pós-Segunda Guerra. De um lado um jurista defensor do modelo democrático e, de outro, um jurista vinculado a regimes autoritários. Não é de se espantar que com o fim da guerra, a defesa da Constituição por uma Corte Constitucional se apresentasse como a mais natural tendência dos regimes democráticos. O que parece acontecer, porém, é a adoção da titularidade do controle de constitucionalidade defendida por Kelsen, isto é, um tribunal constitucional, mas com fundamentos também schmittianos.

Não há como negar a influência da polêmica Kelsen-Schmitt no âmbito da Teoria Constitucional no contexto brasileiro, especialmente, no que concerne ao controle de constitucionalidade. Nem tanta atenção tem se dado, contudo, à influência desse debate no âmbito da teoria do direito no Brasil. Essa discussão ganha ainda mais relevância num contexto em que teses jurídicas e argumentos jurídicos, oriundos de distintas correntes teóricas sobre o direito são utilizados, por vezes juntos, num mesmo contexto de fundamentação jurídica a fim de servirem como argumentos de autoridade.

A querela desnuda o aspecto do normativismo kelseniano, representado pela sua identificação do direito com a norma, ou conjunto de normas. O jurista austríaco defende a identidade entre o direito e o Estado e argumenta em torno da ideia de uma estrutura escalonada da ordem jurídica. A visão decisionista de Schmitt é manifestada pela submissão do direito à decisão.

Interessa observar como toda a compreensão do direito pelos

autores<sup>116</sup> parte da percepção inicial que eles têm sobre a relação entre o fato e o direito. O decisionismo dá ênfase ao fático e à dimensão política, cuja definição, em Schmitt, está relacionada à natureza conflituosa das relações humanas. O jurista alemão acusa o formalismo normativista de se ocupar da pura abstração das normas e de ignorar o momento de sua adequação à realidade.

Kelsen considera que a explicação sobre o direito se exaure no próprio direito, já que este constitui um *Sollen* (dever-ser), distinto do *Sein* (ser). Essa diferenciação decorre ainda de outra, a necessidade de se distinguir direito e poder, isto é, o direito do mero exercício do poder de fato. Schmitt considera o fático não apenas como integrante do conceito de direito, que envolve a norma e a sua aplicação, mas determinante do direito, já que o estado de exceção como uma situação de fato necessariamente extrajurídica exige a decisão soberana. Se para Kelsen o direito do Estado termina no Estado de exceção, para Schmitt é exatamente aí que ele começa.

Do ponto de vista do decisionismo, o soberano é a figura mais importante, já que ele, estando fora (não limitado pelo conteúdo das normas) e, ao mesmo tempo, dentro (sua competência é fixada pelo direito) do direito é quem decide sobre a possibilidade do direito. Nesse sentido se justifica a aversão schmittiana ao que ele considera como a impossibilidade de decisão própria do pensamento liberal-burguês.

O normativismo, por seu turno, erige como principal figura a norma fundamental, pressuposta no pensamento jurídico, que dá unidade e origem ao direito. Sendo a própria sociedade uma ordem normativa, é a norma fundamental que define as normas, cujo pertencimento à sua hierarquia, podem ser consideradas jurídicas.

### **2.3.2. Descontinuidades e aproximações entre Kelsen e Schmitt e o fundamento schmittiano da defesa judicial da Constituição no Brasil**

---

<sup>116</sup> A visão de democracia para esses juristas aponta preocupações diversas. Em Kelsen a democracia preserva o intento de proteção da minoria contra os abusos da maioria. Schmitt compreende a democracia como destinada a defender o Estado da fragmentação. O problema da unidade do Estado é resolvido, por Schmitt, ao eleger o presidente do Reich como o guardião da Constituição e por advogar pelo fim do Estado de Direito enquanto modelo propriamente liberal. Kelsen se mantém voltado à lógica do Estado de direito e, portanto, do controle do poder por meio de instituições e órgãos do Estado.

Postos os elementos fundamentais do debate, importa pontuar três aspectos que devem ser ressaltados e que deverão servir como pontos a serem melhor desenvolvidos no capítulo final:

1) O primeiro aspecto expõe a continuidade entre os autores na medida em que no âmbito da interpretação os dois convergem em afirmar, explicitamente ou não, que “a autoridade e não a verdade que faz as leis”.

Matos e Milão partilham desse entendimento em função da hermenêutica negativa a que as teorias de Kelsen e Schmitt conduzem. Se Kelsen acaba por mostrar que o direito é uma força organizada, tanto em função da norma fundamental, quanto pelo fato de reconhecer que qualquer decisão possa ser considerada válida se decidida pela autoridade competente para fazê-lo, tem-se um decisionismo que aponta para o Judiciário em Kelsen e um que aponta para o Executivo em Schmitt (MATOS, MILÃO, 2013). Enquanto o decisionismo de Kelsen situa-se no plano da interpretação, o de Schmitt constitui-se como plano de validade do direito.

Assim, tanto Kelsen quanto Schmitt inscrevem o direito num registro da violência, pois em última instância o direito ou o direito correto será o que a autoridade competente definir. Para Kelsen essa força se manifesta tanto no âmbito da aplicação do direito, quanto no plano da norma fundamental<sup>117</sup>. Em outros termos, no limite, o direito é força. A proximidade entre os autores se apresenta no que concerne à teoria de interpretação e à discricionariedade e mesmo arbitrariedade daquele que decide sobre o direito. A tese kelseniana não é isolada no positivismo jurídico, pois haveria, segundo Dimoulis, a “ausência de uma teoria juspositivista no âmbito da interpretação” (DIMOULIS, 2006, p. 218). Deste modo, quando os ministros do STF afirmam que o a constituição é aquilo que o supremo diz que ela é, eles não se equivocam.

Os outros dois aspectos relevantes dizem respeito às discontinuidades entre Kelsen e Schmitt quanto 2) ao conceito do político e ao 3) conceito de Constituição. Abordaremos esses dois aspectos em conjunto, pois muitas vezes os autores parecem divergir em alguns aspectos que poderia ser resolvidos pela definição prévia de conceitos básicos. Eles falam em “político” e “Constituição” como se com os termos estivessem se referindo aos mesmos conceitos. A distância entre

---

<sup>117</sup> Comentando sobre a teoria kelseniana da norma fundamental, Bobbio afirma que a “norma fundamental que manda obedecer aos detentores do poder originário é aquela que legitima o poder originário a exercer a força; e nesse sentido, sendo que o exercício da força para fazer respeitar as normas é uma característica do ordenamento jurídico” (BOBBIO, 1995, p. 67).

os pontos de partida leva alguns autores a afirmar que a querela Kelsen-Schmitt é mais fictícia que real<sup>118</sup>.

A Constituição kelseniana é a norma que ocupa o ápice da ordem jurídica, o documento jurídico-político fundamental – distinto da norma fundamental. Refere-se, portanto “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” (KELSEN, 2009, p. 247). Dentro de uma perspectiva de uma disposição escalonada do sistema jurídico, a defesa da Constituição, sob a forma do controle de constitucionalidade, refere-se ao juízo sobre a correspondência hierárquica das normas com a Constituição.

O conceito de Constituição para Kelsen e, conseqüentemente, de defesa da Constituição estão muito próximos do sentido atual do controle de constitucionalidade brasileiro e nesse aspecto não é preciso grande argumentação, já que esse fato é amplamente reconhecido<sup>119</sup>. A influência kelseniana no controle concentrado de constitucionalidade é inegável. Outra consideração, menos usual, porém, é a de que o Judiciário também assume um papel de defensor da Constituição num sentido schmittiano e é esse ponto que ressaltaremos.

A Constituição schmittiana não se confunde com as leis constitucionais. Ela diz respeito à organização política fundamental. Virgílio Afonso da Silva argumenta que “a disputa entre Kelsen e Schmitt é o embate entre o controle de constitucionalidade do dia-a-dia contra a guarda da constituição contra ameaças ao regime político” (SILVA, 2009, p. 206). Para Schmitt, o defensor da constituição só seria chamado a atuar em caso de emergência. Na normalidade, o guardião não se move. Mas a consideração sobre a situação de emergência conduz a inevitável pergunta sobre quando se fala em normalidade de que normalidade se fala? A normalidade é uma qualidade que se encontra no mundo real, nas coisas em si, ou é uma interpretação? Isto é, é algo imanente ou é uma abstração que as transcende? Para construir percepções sobre o mundo são

---

<sup>118</sup> Virgílio Afonso da Silva defende que “o embate entre Kelsen e Schmitt é mais simbólico do que real. Eles não apenas falavam de conceitos distintos de constituição, mas também de ameaças completamente diferentes” (SILVA, 2009, p. 205).

<sup>119</sup> O controle de constitucionalidade brasileiro não adota o modelo puro kelseniano, por óbvio. A admissão do controle difuso, por exemplo, é uma importante distinção em relação ao modelo austríaco e revela a proximidade com o modelo norte-americano. A referência a Kelsen e a Schmitt, é claro, não significa uma adoção pormenorizada e literal de seus modelos, mas apresenta importantes considerações para se pensar, em termos de filosofia do direito, a função da jurisdição constitucional.

necessárias decisões e a definição da emergência pode se mostrar como especialmente desejada. Além disso, num contexto de economia globalizada, no qual a crise é o modo normal de funcionamento do capitalismo, a exceção afigura-se como banal. Agamben afirma, nesse passo, que:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão (AGAMBEN, 2010a, p. 35).

O guardião, para Schmitt, é aquele que está acima dos conflitos partidários e que representa a homogeneidade do povo. Trata-se de um poder neutro, capaz de defender a unidade política, funcionando, ainda, como instância de legitimidade, apto a atuar como “juiz supremo” na defesa do “bom direito” (SCHMITT, 2011a).

No Brasil, o Poder Judiciário surge como o terceiro neutro, infenso às disputas partidárias e que pode traduzir a vontade do povo e de conhecer a moral e a justiça ou mesmo de construí-la de forma imparcial e mais adequada. Trata-se da instância chamada a salvar o Estado da crise de governabilidade e de legitimidade do Executivo e Legislativo, já que os juízes são tomados como baluartes da Justiça e moralidade. Analisando situação semelhante no contexto alemão, Ingeborg Maus destaca esse papel conferido ao Judiciário:

Embora os interesses materiais da administração judiciária continuem a se fazer valer, o Parlamento aparece agora como simples representante do entrechoque de impulsos e energias sociais, cujo excesso tem como censor a Justiça. O suposto déficit de conhecimento jurídico do Parlamento; a estrutura consensual de suas leis, nas quais se reproduz o antagonismo dos interesses sociais; o confronto entre as particularidades das diversas matérias jurídicas, que põe em questão a unidade e coerência do sistema jurídico — tudo isso exige da Justiça um senso de clareza que lhe possibilite organizar a síntese social, distante de disputas

partidárias, e garantir a unidade do direito (MAUS, 2000, p. 195).

A autora argumenta que a unidade – unidade do direito ou da Constituição como sistema de valores – poderia ser alcançada pela ciência e prática jurídicas por meio de seu método, aumentando a possibilidade do campo judicial de lidar com os conflitos sociais que estão na dimensão real do direito. Para ela, nessa “função controladora da Justiça reconhece-se um simbolismo que remete à integração de mecanismos sublimadores” (MAUS, 2000, p. 196).

As considerações de Ingeborg Maus sobre o tribunal alemão apontam, ainda, a substituição da figura do presidente pela dos tribunais.

Se na República de Weimar o presidente atuava como visível imperador substituto, na atual república esse papel parece ter sido assumido pelo TFC. A ascensão da Justiça desde a metade dos anos 1920 viria encerrar-se assim provisoriamente. A libido da sociedade ter-se-ia deslocado da chefia do aparato do Executivo para a cúpula do Poder Judiciário (MAUS, 2000, p. 199).

O realismo político de Carl Schmitt é uma das suas importantes contribuições. Algumas de suas críticas ao sistema liberal nos permitem avançar na visão do direito. No reconhecimento da situação “real” do direito por Schmitt não há uma proposta de adequação a um dever-ser, mas uma espécie de administração dessa realidade. Em outros termos, Schmitt funde o reconhecimento da realidade do direito com aquilo que o define. Isto é, se o direito é decisão, a tentativa de liberal de dar a decisão a forma de uma deliberação pública seria cínica. Se o direito é reconhecido como ele é, decisão, a melhor forma da teoria do direito lidar com isso seria dar condições para que a decisão fosse tomada da forma mais eficiente. Ele não apenas desnuda a realidade política, mas defende que ela se mostre por sua face real. É como se se dissesse que o direito é decisão e que, portanto, melhor seria que essa decisão fique a cargo do Poder Executivo, que a toma sem protelações.

Muito embora Schmitt nomeie o seu soberano, é importante observar que os termos do seu realismo político expõem a visão do direito como decisão. Desse modo, as discussões sobre o direito passam a corresponder a disputa sobre quem diz o direito. Nesse ponto, a teoria do direito não pode prescindir de avaliar as disputas em torno do poder de decidir sobre o direito, pois, no limite é sobre esse poder que estamos

lidando. Em outros termos, a pergunta sobre o que é o direito no Brasil converge com a discussão acerca dos atores na luta da decisão sobre o direito.

Nesse sentido, retomando o significado de guardião da constituição para Schmitt, deve-se considerar o papel de garantidor da estabilidade das instituições e de preservação da democracia que o Judiciário é chamado a exercer na realidade brasileira. A crise que é atribuída ao Legislativo e ao Executivo, os problemas de governabilidade, os escândalos de corrupção, a crise econômica, tudo isso tem levado o Judiciário a se tornar depositário das esperanças institucionais e democráticas, ele é chamado a salvar o país e o governo. Não se trata simplesmente de uma tarefa de averiguação de compatibilidade vertical das normas com a Constituição. Seu papel vai desde “dizer o que é a Constituição” até resgatar o Estado brasileiro das crises políticas que tem colocado em questão o Estado democrático.

Além disso, quanto ao conceito do político, pode observar que a “politização da justiça” só é possível se se toma o político em sentido schmittiano, já que a perspectiva de um poder neutro e livre das pressões partidárias não compreenderia o sentido de política como pluralidade democrática do conceito kelseniano. O político surge como possibilidade de defesa do Estado contra a fragmentação. Que diante das crises o Judiciário seja chamado a atuar e atue na defesa da Constituição, mesmo que em sentido contrário a ela, revela que o soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção.





### **CAPÍTULO 3. O ESTADO DE EXCEÇÃO NA REALIDADE BRASILEIRA: JURIDICIZAÇÃO E ECONOMICIZAÇÃO DA VIDA**

Em tempos em que se fomenta, no âmbito jurídico-político, o discurso de uma consagração cada vez mais ampla dos direitos humanos; de acordos e tratados internacionais mais propensos a proclamar esses direitos mediante o reconhecimento institucional e sua consolidação como meta política; em que direitos e garantias fundamentais são assegurados por grande parte dos países ocidentais; de uma centralidade da dignidade humana e liberdades individuais; em que vivemos sob a égide de uma Constituição dita cidadã; e em que, desde então, todo um universo de microordenamentos jurídicos voltados a conferir um tratamento mais particularizado e mais eficiente desses direitos vêm ganhando força, por que tratar da exceção, especialmente de um estado de exceção na realidade brasileira, após a alegada consumação da transição democrática e no florescer de uma democracia recente e ainda débil, mas crescente e tendente a se ampliar e se efetivar pela paz e socorro que nos trazem o pós-positivismo e neoconstitucionalismo?

A esse discurso que reverbera na atualidade brasileira sob a euforia pós-positivista e neoconstitucionalista importa apontar a urgência não de novos modismos, mas de contemporaneidade. Ser contemporâneo é perceber a obscuridade do nosso tempo, vendo, não as luzes, mas a sombra. Essa particular relação com o tempo exige distância e anacronia e faz do contemporâneo aquele que “não se deixa cegar pelas luzes do século e consegue entrever nessas a parte da sombra, a sua íntima obscuridade” (AGAMBEN, 2009, p. 63-64).

Enfrentada a tarefa descritiva, mas nem por isso exaustiva, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, empreende-se então um esforço crítico que se orienta pela tarefa de identificar as estruturas da exceção no contexto dessas teorias. A pesquisa parte do referencial teórico agambeniano que abdica de conceitos opacos e vazios como os de soberania, direito, povo, democracia, na medida em que desarmam a crítica e o pensamento. A revisão desses conceitos da tradição democrática nos levou a falar em termos de estado de exceção. A relevância da terminologia em âmbito filosófico é destacada pelo autor, para quem

o conceito é de algum modo o nosso impensado, que, por isso mesmo, corre o risco de comprometer eventualmente nossas escolhas e nossas

estratégias. Não é apenas um escrúpulo filológico, ou porque a terminologia é o momento poético e, portanto, produtivo do pensamento [...], mas porque o uso a-crítico de certos conceitos pode ser responsável de muitas derrotas (AGAMBEN, 2008a, p. 2).

Este capítulo se volta ao reconhecimento dos espaços de exceção que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo promovem, na medida em que se compreende que ao jurista e à academia compete expor as estruturas de exceção que invadem a realidade jurídico-política brasileira.

### 3.1. CONTEXTO BRASILEIRO

Falta, então, encontrar o terceiro elemento formal presente em todos os golpes contra o princípio da soberania popular o qual deve incorporar precisamente esse elemento “apolítico” que responde aos anseios da antipolítica moralista construída entre nós com foro de “ciência”. Esse terceiro elemento deve ser [...] visto como neutro e acima dos interesses em disputa (SOUZA, 2015, p. 258).

Muito embora o trabalho remeta a abordagem do estado de exceção às particularidades da experiência jurídico-política brasileira, não se pretende colocar algo como uma descrição do que venha a ser uma cultura jurídico-política nacional. Tal pretensão coincidiria com um essencialismo histórico e social incompatível com uma pesquisa que se pretende crítica. Não há fatos e realidades a serem desvendados e descritos pela história, senão reconstruídos de forma muito limitada pelo historiador e pelo jurista. A realidade brasileira será abordada somente com uma finalidade contextual e não como razão e fonte para a resolução dos problemas. O propósito dessa digressão é compreender o Brasil, não explicá-lo.

Por outro lado, a filosofia, e mesmo a teoria do direito que não estejam lastreadas na história e na realidade do direito, corporificada nas práticas e discursos jurídicos, pode trazer alguns inconvenientes de uma ordem de valor que desconhece seu ponto de partida e, nesse sentido, favorece um discurso legitimador de práticas judiciárias questionáveis. É o que denuncia a apropriação, sobretudo dos tribunais, de certas teorias para fins estritamente argumentativos.

### 3.2.1. A realidade brasileira

A relação de bando a qual se refere Agamben, como aquilo que está incluído sob a forma de uma exclusão, pode ser compreendida também a partir do contexto do Brasil, como periferia do capitalismo global. Importa, pois, situar o Brasil em sua condição periférica, cujo colonialismo marcou séculos de nossa constituição social, cultural e política. Darcy Ribeiro aponta que o povo que se formou, surgiu de um genocídio e etnocídio implacável. A empresa escravista, fundada na apropriação de seres humanos através da violência e da coerção – para fins tanto industriais quanto sexuais – exercida através de castigos atua como um instrumento desumanizador e deculturador de grande eficácia.

Esse “moinho de moer de gente” não pode ser facilmente eliminado. Para Darcy Ribeiro

Nenhum povo que passasse por isso como sua rotina de vida, através de séculos, sairia dela sem ficar marcado indelevelmente. Todos nós brasileiros somos carne da carne daqueles pretos e índios supliciados. Todos nós brasileiros somos, por igual, a mão possessa que os supliciou (RIBEIRO, 2013, p. 108).

O massacre a negros e pobres nas periferias, não é apenas silenciado, mas muitas vezes legitimado por discursos de segurança e combate ao tráfico, a profunda desigualdade social, os vários momentos de autoritarismo, constituindo mais regra que exceção no cenário político nacional são alguns exemplos do que não pode passar ao largo de uma pesquisa sobre o direito no Brasil.

As críticas de Agamben fornecem mais um elemento para pensar a exceção tornada regra na realidade brasileira, sem qualquer pretensão de reforço ao que Jessé de Souza denomina de “culturalismo brasileiro” ou “racismo culturalista” e economicista hegemônicos no senso comum e na ciência brasileira, que congrega teóricos tanto da direita quanto da esquerda. Jessé de Souza afirma que, o mito nacional do “homem cordial” de Gilberto Freyre formou a base a partir da qual Sérgio Buarque e outros autores consagrados das ciências sociais formulam a concepção pretensamente científica da particularidade do personalismo e do patrimonialismo brasileiro (SOUZA, 2015). Jessé de Souza defende que “a efetiva função social da tese do patrimonialismo no Brasil” (SOUZA,

2015, p. 35) é a “dramatização da oposição mercado (virtuoso) e Estado (corrupto) construída como uma suposta evidência da singularidade histórica e cultural brasileira”<sup>120</sup> (SOUZA, 2015, p. 33).

Mesmo que alguns autores empreendam um esforço de justificar os perigos do pós-positivismo recair em discricionariedade e arbitrariedade em função de características “próprias” da realidade brasileira, como a cidadania relacional, o patrimonialismo, a corrupção estrutural, etc. – como se apenas a nossa realidade padecesse desses problemas –<sup>121</sup> o que se deve ter em conta é a lógica da exceção, da suspensão. Como mostrou a pesquisa de Hirschl, a expansão do modelo estadunidense de revisão judicial, que alcançou o Brasil, não é atestado da nossa evolução e nem da nossa decadência, como se houvessem na Europa ou na América do Norte sido cumpridas as promessas da modernidade, ou como se exceção só se fizesse presente aqui.

Jessé de Souza considera essa interpretação como uma autêntica violência simbólica, na qual se promove a sistemática dissimulação de todos os conflitos “sociais fundamentais que perpassam uma sociedade tão desigual como a brasileira em nome do velho ‘espantalho’ da tradição intelectual e política do liberalismo brasileiro que é a tese do ‘patrimonialismo’” (SOUZA, 2015, p. 90). Assim, enquanto um capitalismo voraz e selvagem é ocultado, o responsável por todas as mazelas sociais torna-se o Estado.

Essa é uma interpretação muito difundida nas ciências sociais brasileiras “colonizadas até o osso” (SOUZA, 2015) e em grande medida incorporada pelos discursos que pretendem abordar a realidade social brasileira. A categoria a-histórica do “estamento patrimonial” assume a forma de uma “entidade demiúrgica que tudo explica e assimila”

---

<sup>120</sup> Dispensarei abordar aqui todo desenvolvimento e implicações dessa tese, já que não constitui objeto desta pesquisa, mas remeto à leitura da obra SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira:** ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015.

<sup>121</sup> Uma interessante consideração feita no sentido da corrupção nos países periféricos e centrais é feita por Jessé de Souza quando aborda o fato de que enquanto no Brasil escândalos como o mensalão são tomados como prova cabal da corrupção que assola o nosso “Estado patrimonialista”, não se considera como corrupto o Estado norte-americano “depois da guerra do Iraque quando o interesse de companhias petrolíferas saqueou e provocou a morte de milhões, inclusive norte-americanos, com base em mentiras para obter lucros” (SOUZA, 2015, p. 67) ou quando se considera o fato de que os bancos norte-americanos se apropriam de modo duvidoso de excedente financeiros do mundo todo. O que mostra a seletividade até mesmo na definição de corrupção.

(SOUZA, 2015, p. 58). Os comportamentos práticos são compreendidos como resultado de uma herança cultural misteriosa e naturalizada “sem qualquer relação com as instituições que, na realidade, comandam a nossa vida” (SOUZA, 2015, p. 76). A imagem folclórica do Brasil, conforme o dualismo de Roberto da Matta que divide a casa e a rua como dois espaços sociais a partir dos quais a sociedade brasileira se bifurca, se explica apenas pela compreensão do Brasil como uma sociedade pré-moderna de um lado e da idealização das sociedades estrangeiras, sobretudo o estadunidense.

Jessé de Souza convida a pensar a reprodução simbólica do capitalismo, para além de hierarquias meritocráticas entre os países que é muito próxima daquela que se reproduz entre as classes<sup>122</sup>. Isso porque, não se pode atribuir a uma dimensão subjetiva ou cultural algo que decorre de uma dimensão objetiva, a extrema desigualdade social brasileira. O que deve ser considerado central é o fato de que o 1% mais rico concentra a maior parte da riqueza nacional e ainda vê a sua posição largamente legitimada pela ciência e pela visão meritocrática de que são melhores e bons.

Assim, a ciência ou o que ele chama de “inteligência brasileira” contribui para perpetuar esse cenário desigual e de manutenção de privilégios com a forma de uma “legitimação científica” (SOUZA, 2015). Em toda sociedade existe luta por recursos escassos, assim como formas de se naturalizar e legitimar as distinções sociais que decorrem da apropriação diferencial do que Bourdieu chama de capital econômico e social (SOUZA, 2015). Tornar secundário a dimensão da desigual distribuição de riqueza em favor de uma concepção culturalista e economicista permite que se criem falsos problemas e prioridades.

O autor mostra os elementos sociais, políticos, emocionais e morais que atravessam as definições de classe e que atuam para perpetuar as condições favoráveis ao 1% da população. Assim é que a classe média no Brasil, segundo Jessé de Souza, age com um moralismo seletivo e antidemocrático que, com o apoio da imprensa, exalta uma “virtude

---

<sup>122</sup> Segundo Jessé, do “mesmo modo que o Brasil é tornado ‘corpo’ e ‘animalizado’ como terra do sexo, do afeto e da emoção – e por extensão da corrupção, do patrimonialismo e das relações pessoais, que é, supostamente, o que o domínio das emoções produz – e se contrapõe como ‘corpo’ à cultura ‘espiritual’ norte-americana, do cálculo, da racionalidade, da confiança e da moralidade distanciada das emoções, precisamente as mesmas ‘armas’ são usadas para estigmatizar e ‘infantilizar’ – e o ‘infantil’ bem como o ‘tolo’ tem que ser guiado por alguém – as classes populares” (SOUZA, 2015, p. 101).

idealizada”. Nesse ponto, a

corrupção e sua vagueza conceitual é sempre o mote que galvaniza a solidariedade ‘emocional’ das classes médias, que se imaginam moralmente superiores às outras classes, e confere respeitabilidade moral e política a esses assaltos a soberania popular (SOUZA, 2015, p. 257).

Em um ambiente como esse, é necessário um ator institucional que incorpore a “vontade geral”, ou melhor, a “vontade de meia dúzia de endinheirados que manipulam sua tropa de choque de uma classe média infantilizada que se autoidealiza” (SOUZA, 2015, p. 257). Souza defende que um ator dessa envergadura deve ser apolítico, neutro, acima dos interesses em disputa e ancorado na ordem constitucional. Como os militares perderam legitimidade, outro “justiceiro” era necessário e ele é encontrado justamente nos quadros da classe média conservadora moralista

Todos os interesses materiais e ideais dessas corporações – como alguns dos mais altos salários da república, além de benesses e privilégios de todos os tipos aliados ao prestígio social, especialmente na sua classe de origem, reservado aos que lutam contra a corrupção – ganham como projeto de substituir as forças armadas como nova instâncias do poder moderador da pseudo-democracia brasileira. São os órgãos de controle como TCU, MP e Polícia Federal, aliados aos “Juizes justiceiros”, incensados pela mídia conservadora como os novos “heróis do povo” (SOUZA, 2015, p. 260).

O argumento da crise do modelo político-representativo brasileiro deu amparo para que o Judiciário fosse alçado à condição de protagonismo no cenário político. Esse cenário de ampliação da atuação do Judiciário em decorrência de um discurso de garantia de direitos deve ainda partir de uma consideração centro/periferia que esteja livre de um culturalismo que separa atrasados/evoluídos para que seja posto em relevo o que, de fato, os diferencia: a função que países do centro e da periferia ocupam no capitalismo, no contexto de uma divisão internacional do trabalho.

No Brasil, segundo José Eduardo Faria, o ativismo dos tribunais atua muito mais para a preservação da ordem de mercado do que para a garantia dos direitos. Isso nos permite situar a constitucionalização no Brasil no marco não apenas da democratização e transição política, mas de uma Constituição que passa a compreender direitos e garantias sociais e constitucionais num momento voltado para estabilização econômica. José Eduardo Faria adverte que a abertura “política, estabilização econômica e reforma social foram os grandes desafios da América Latina” (FARIA, 2010, p. 127).

Como pensar a Constituição social num contexto em que o Brasil não apenas quer se afirmar num plano econômico internacional competitivo como ainda se situa nesse contexto como um país emergente? A condição de país emergente (“em desenvolvimento”, de “mercado de crescimento”), embora não signifique de modo algum uma perspectiva concreta de transição para a condição de país desenvolvido, torna, por outro lado, qualquer retrocesso, do ponto de vista econômico, ainda mais evidente e reprovável. Isto é, a condição de país emergente acirra o papel competitivo atribuído ao Estado.

Eduardo Faria mostra como os direitos ao mesmo tempo em que são afirmados de forma irrestrita por todos os sujeitos sociais e incorporados ao texto constitucional, também apontam para a incerteza sobre a sua possibilidade de implementação, isto é, “os direitos humanos correm o risco de serem pervertidos no exato momento em que são ‘institucionalizados’ juridicamente” (FARIA, 2010, p. 152). Além disso, no momento em que os Estados latino-americanos vêm afirmando as suas democracias, mudanças econômicas se instauram, “relativizando a autonomia dos Estados nacionais e alimentando uma dissimulada hostilidade contra a própria ideia de democracia, nas sociedades periféricas e dependentes” (FARIA, 2010, p. 130).

A redução da autonomia decisória dos Estados repercute sobremaneira nas áreas sociais e trabalhistas, mas ainda mais paradoxal é que a face policial e judicial do Estado ainda permanece forte. Mantendo a lógica do recrudescimento do Estado Penal e fragilização do Estado Social, o ano de 2015 deixou evidente essa postura de ao mesmo tempo em que se precariza o trabalho, por exemplo, as normas penais tendem a afirmar-se de maneira mais contundente. Não é por acaso que o ano de 2015 colocou em pauta no mesmo período a discussão do PL 2016/2015 destinado a disciplina do terrorismo em cuja definição se pretendia enquadrar os movimentos sociais, o que culminou com a Lei Antiterrorismo (13.260/2016); do PL 4330/2004, que libera a terceirização na contratação de serviços; e da Proposta de Emenda

Constitucional 171/1993 referente a redução da maioria penal. Eis a configuração do paradoxo neoliberal de um Estado que, ao mesmo tempo em que perde em conteúdo, agiganta-se em sua forma.

A perda de governabilidade e da centralidade da política em função de uma economia globalizada

vai levando a “racionalidade de mercado” a se expandir sobre âmbitos não especificamente econômicos, as fronteiras entre o público e o privado tendem a se esfumarem e os critérios de eficiência e produtividade tendem a prevalecer às custas dos critérios “sociais” (FARIA, 2010, p. 143).

Todas essas condições sociais e políticas põem em questão a efetividade dos direitos. A pobreza absoluta, o desemprego disfarçado de subemprego ou emprego informal e os baixos salários mostram que parte expressiva da população da América Latina é composta por “párias”,

situados à margem do mercado formal de emprego, esses “párias” se tornam “supérfluos” no âmbito do paradigma econômico vigente, passando assim a viver mais no “estado de natureza” – ou seja, sem leis garantidas em sua universalidade, ficando por isso a mercê das inúmeras formas de violência física, simbólica ou moral – do que no “estado civil”, fundado no império da lei, na segurança jurídica e no direito a ter direitos (FARIA, 2010, p. 145).

Essas vidas matáveis são esses “numerosos ninguéns, os fora de lugar, são ‘economicamente inviáveis’, segundo a linguagem técnica. A lei do mercado os expulsa por superabundância de mão de obra barata” (GALEANO, 2013, p. 100-101).

Nesse contexto, as relações de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional brasileiro, conforme abordado por Marcelo Neves, mostra que, além da riqueza, existe uma repartição desigual de direitos e deveres que reverbera em níveis diferentes de integração na cidadania. De um lado, está a maioria da população que absorve a dimensão dos deveres e é espoliada dos direitos fundamentais, em grande parte ameaçados pela própria atuação punitiva do Estado (NEVES, 1994). Neves destaca que os subcidadãos não estão excluídos, pois eles não se veem livres dos



deveres impostos pelo Estado. Para eles

Os direitos fundamentais não desempenham papel relevante no horizonte do seu agir e vivenciar, sequer quanto à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos das liberdades. E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares “marginalizadas” (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Mas, no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal (NEVES, 1994, p. 261).

Um movimento inseparável da subintegração é a sobreintegração dos grupos que gozam dos privilégios do sistema que possui como um de seus traços mais marcantes a impunidade (NEVES, 1994). A constituição passa a concretizar-se de modo desfigurado, pois, em “certa medida, a Constituição só é concretizada se interesses de grupos privilegiados não são comprometidos. Constitucionalidade contra os interesses da sobrecidadania “não é aconselhável”” (NEVES, 1994, p. 262).

A função simbólica do discurso da cidadania acaba funcionando, assim, para a preservação do *status quo*, uma vez que o *topos* simbólico e ideológico da cidadania no contexto da constitucionalização está acompanhado de um escasso movimento de eficácia jurídica. Acresce a isso o fato de que a concretização dos direitos depende em maior medida do Judiciário, o que reafirma as posições dos subcidadãos e sobrecidadãos. Isso não apenas pelo corporativismo das demandas que prosperam no Judiciário, mas em função da desigualdade de acesso à Justiça que vai desde a possibilidade de que algum direito chegue efetivamente ao Judiciário por pessoas com poucos recursos financeiros e culturais, até o momento em que o acesso é comprometido na medida em que variáveis extrínsecas e que exercem papel determinante para o sucesso da demanda judicial, tais como o tempo e o dinheiro, são

elementos cujo acesso é desigual.

### 3.2.2. O Judiciário brasileiro

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, em uma palestra proferida no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) afirmou que “nosso sistema caminha a passos largos para a *common law*” (ZAVASCKI *apud* CANÁRIO, 2015). Em verdade, esse processo já vem sendo constatado pelo que é denominado de objetivação ou abstrativização do controle difuso de constitucionalidade<sup>123</sup>, assim como pela ampliação de diversos mecanismos de força vinculante.

O ministro enfatizou que com a “eficácia expansiva das decisões judiciais” – seja para declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade das leis – a jurisdição constitucional brasileira tem caminhado para a valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência, conferindo um papel criativo ao Judiciário. Para o ministro, não é mais possível “dizer que decisões de eficácia *erga omnes* são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional” (ZAVASCKI *apud* CANÁRIO, 2015).

O ministro Zavascki ainda aponta no sentido de uma redefinição da jurisdição constitucional que não se refira apenas ao controle de constitucionalidade das leis, mas é “a relação das coisas, no sentido mais amplo, com a Constituição. Relaciona leis, atos, condutas e até a jurisdição com a Constituição” (ZAVASCKI *apud* CANÁRIO, 2015).

Essa ampliação da jurisdição constitucional foi afirmada pelo

---

<sup>123</sup> O controle judicial de constitucionalidade pode seguir um modelo concentrado ou abstrato, no qual o tribunal possui a competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis em abstrato, isto é, no cotejo das normas com a Constituição, ou se pode seguir um modelo difuso, no qual todos juízes podem se pronunciar sobre a (in)constitucionalidade de uma lei perante um caso concreto. No Brasil, adota-se o modelo misto, que compreende elementos tanto do controle concentrado, quando do difuso ou incidental. O Supremo Tribunal Federal tem, portanto, a última palavra sobre as questões constitucionais de sua competência originária, assim como nos casos em que ele atua como última instância recursal sobre matéria constitucional. Entre outros aspectos que diferenciam esses dois modelos, são fundamentais os efeitos das decisões das ações de controle concreto e das de controle abstrato. Enquanto aquelas produzem efeitos entre as partes (*inter partes*), estas geram efeitos contra todos (*erga omnes*).

famigerado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), um conceito criado pela Corte Constitucional da Colômbia e aplicado pelo STF no âmbito da decisão cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347<sup>124</sup>. A ação requer o reconhecimento de “cenário fático incompatível com a Constituição Federal”<sup>125</sup>. A fim de identificar o papel e a legitimidade do STF para interferir em políticas públicas e em escolhas orçamentárias, o ministro Marco Aurélio (relator), em seu voto, destaca a “situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro”<sup>126</sup>. O ECI passa a funcionar como um instrumento no qual se alega não pretender a subordinação dos demais poderes ao Judiciário, mas a assunção pelo STF de um papel diretivo e de coordenação de políticas públicas.

Mas o papel do tribunal torna-se ainda mais interessante. Além de transpor a cisão epistemológica básica entre fato e valor, do qual decorre a impossibilidade de se deduzir imperativos éticos de constatações de fato, o tribunal arroga-se instância de filtragem e reconhecimento dos interesses legítimos do povo. O relator diz que

é sempre salutar a “harmonia entre os pronunciamentos do Tribunal e os anseios legítimos – não os ilegítimos – da sociedade na busca de rumos”. O Direito [...] “é, acima de tudo, bom senso e está ao alcance do próprio leigo”, de forma que os Ministros devem ter presente a percepção da sociedade em relação ao Supremo. Todavia, essa atenção não pode implicar desprezo

---

<sup>124</sup> A ADPF 347/DF ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), de relatoria do ministro Marco Aurélio, objetiva o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro em função da violação massiva de direitos fundamentais dos detentos. A ação pretende que tal reconhecimento conduza a adoção pelo STF de providências estruturais em decorrência de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos, impondo e coordenando a sua atuação. Em sede cautelar, o pedido foi parcialmente concedido. Voto do relator disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

<sup>125</sup> Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

<sup>126</sup> *Idem.*

aos mais relevantes princípios e regras da Carta Federal. A opinião pública não possui diploma de bacharel em Direito [...] A “cadeira vitalícia” de Ministro do Supremo assegura a atuação “segundo a ciência e a consciência possuídas”, com insulamento político e social suficiente para diferenciar anseios sociais legítimos da influência opressiva da opinião pública<sup>127</sup>.

O reconhecimento de um “Fato inconstitucional” tendente a autorizar o STF a promover uma “tutela estrutural” mostra a assertividade da afirmação do ministro Zavascki de que a construção da jurisdição constitucional é paulatina. Essa função hercúlea conferida ao STF, que sai de um controle de constitucionalidade de normas para um tal controle da realidade, veio, de fato, se formando gradualmente.

Nesse campo, não é difícil observar como se faz ecoar nos argumentos a defesa schmittiana de um pensamento da ordem concreta<sup>128</sup>. Para Schmitt, a lei destrói, “com esse ‘governo da lei’, o ordenamento concreto do rei ou do líder; os donos da *lex* submetem o *rex*. Essa é quase sempre também a intenção política concreta de um tal artifício normativista da *lex* contra o *rex*” (SCHMITT, 2011, p. 138). Schmitt pretende introduzir o pensamento da ordem concreta a partir de uma tentativa de superação da contraposição entre ser e dever ser, advogando pela redução da distância entre norma e realidade operada pelo normativismo (SCHMITT, 2011).

A introdução de cláusulas gerais como portadoras de novas ideias e a partir das quais poderia se adequar o direito às situações concretas é defendida pelo jurista alemão. O pensamento do ordenamento concreto não carregaria as mesmas exigências de segurança jurídica e previsibilidade do positivismo jurídico e, portanto, seriam verdadeiros “ovos de cuco” no interior do sistema jurídico liberal. Em contraposição à letra da lei, haveria a adaptabilidade das instituições, conferindo-se

---

<sup>127</sup>

Disponível

em:

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/8/art20150828-06.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

<sup>128</sup> Em sua disputa contra a abstração normativista, Schmitt percorre a teoria da decisão aprimorando-a para uma teoria da instituição. Ainda que tributária do institucionalismo de Santi Romano, Schmitt confere-lhe delineamentos próprios denominando-o de pensamento da ordem concreta. Em 1934, Carl Schmitt publica *Sobre os três tipos de pensamento jurídico* no qual a teoria da instituição é desenvolvida sob a forma de um ordenamento concreto.

amplo espaço de decisão (SCHMITT, 2011).

Aliás, o ministro Eros Grau na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2240-7/BA<sup>129</sup> recorreu a Jelinek e Carl Schmitt precisamente na justificação de uma tal “força normativa dos fatos”<sup>130</sup> para suspender a aplicação da norma constitucional a fim de dar concretude à Constituição. Segundo Eros Grau, a função do tribunal é “impedir o nascimento de realidades inconstitucionais”<sup>131</sup>, decidindo conforme a ordem concreta que a Constituição representa, já que, nesse caso, o tribunal estaria diante de uma situação de exceção não prevista pelo direito positivo. Ele afirma:

Na tarefa de concretização da Constituição, a Corte aplica-se a prover a sua força normativa e sua função estabilizadora, reportando-se à integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações<sup>132</sup>.

É claro que a ordem concreta, cuja máxima representação seria a Constituição, não se apresenta a todos e ainda que o fizesse, somente o tribunal está autorizado a identificá-la. Assim, o conteúdo dessa tal “ordem concreta” só pode ser reconhecido pelo próprio STF.

---

<sup>129</sup> Na ADI 2240-7/BA, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade formal da lei estadual baiana que criou o município de Luis Eduardo Magalhães, mas conferiu efeitos prospectivos à decisão pelo prazo de vinte e quatro meses a fim de que o vício de constitucionalidade fosse sanado mediante a promulgação de nova lei. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em novembro de 2015.

<sup>130</sup> Convém pontuar que o ministro Eros Grau é crítico do pós-positivismo e neoconstitucionalismo por seu viés moral e valorativo. Porém a perspectiva schmittiana de ordem concreta adotada pelo ministro abre o direito e a Constituição, não à moralidade, mas à sociedade e as suas transformações. Trata-se de uma tendência de cunho menos e idealista que sociológica e concretista da ordem jurídica, mas que cumpre a mesma função do pós-positivismo.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 2240. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n 2240. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

O efeito de tomar a Constituição como manifestação de uma suposta ordem concreta é o de uma mudança decisiva na teoria do direito, na medida em que desloca o fundamento da ordem jurídica da norma para o fato. Como Eros Grau afirma: “Esta ordem concreta é anterior ao direito posto pelo Estado. Arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nómos*”<sup>133</sup>. O problema desse deslocamento parte da necessária mediação linguística da realidade social, de modo que, em última instância, o fundamento da Constituição não é a realidade da ordem concreta, mas a decisão sobre ela.

A crítica de Schmitt à visão normativista do Estado como mero arauto declaratório, isto é, de identificação pelo Estado dos interesses sociais e de seu significado jurídico pode ser aplicável, *mutatis mutandis*, à afirmação do ministro. À tese de que o Estado reconheça os interesses sociais na forma de um “ato declaratório de identificação, de forma nenhuma constitutivo” (SCHMITT, 1996, p. 100) Schmitt responde que não existem decisões absolutamente declaratórias (SCHMITT, 1996).

Outras decisões<sup>134</sup> também deram fomento ao debate sobre essa ampliação da dimensão jurídico-política do STF, como a decisão do Mandado de Injunção (MI) sobre o direito de greve dos servidores públicos, no qual se equiparou o efeito da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) – ação integrante ao modelo de controle abstrato – com o do MI, conferindo eficácia *erga omnes* a ação pertencente ao controle concreto de constitucionalidade<sup>135</sup>.

A ADI 4.277<sup>136</sup>, na qual se buscou dar ao artigo 1.723 do Código

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2240. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2240.pdf>. Acesso em novembro de 2015.

<sup>134</sup> Também podem ser mencionadas a ADI nº. 3999/DF e a AP nº. 470/MG. A primeira reconheceu como constitucionais as Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. A segunda, a Ação Penal do que ficou conhecido como “mensalão”, que tratou do tema da perda do mandato parlamentar em função de condenação penal transitada em julgado.

<sup>135</sup> O desenvolvimento jurisprudencial no sentido da ampliação dos limites do instituto culminou com o MI 670/ES que promoveu um redesenho do mandado de injunção, atribuindo-lhe “maior concreção, maior eficácia”. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em novembro de 2015.

<sup>136</sup> Ayres Britto foi relator do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, que pedia interpretação conforme à constituição do art.1723 do CC/2002 e da ADPF 132 contra o Decreto-Lei nº 220/1975 do estado do Rio de

Civil uma interpretação conforme à Constituição, também é exemplificativa não apenas pela sua relevância social e moral, mas pela atuação do STF. O dispositivo que reconhece como entidade familiar a união estável entre “homem e mulher” deveria ser “interpretado” como união estável entre pessoas. O instrumento que permitiu essa façanha pelo STF foi o cânone interpretativo da *interpretação conforme a constituição*<sup>137</sup>.

Virgílio Afonso da Silva argumenta que embora problemático, o conceito de interpretação conforme a constituição é tomado como assente. Além da importação unilateral do instituto, a mera menção a unidade do ordenamento jurídico, a presunção de constitucionalidade e o respeito à obra do legislador funcionam como argumentos bastantes para legitimar o seu uso. O que ele mostra, porém, é que o recurso ao *topos* de respeito ao legislador tem um efeito retórico, na medida em que o tribunal apenas dá ao dispositivo uma interpretação conforme o que ele mesmo considera constitucional, podendo, portanto, corrigir ou estender a obra do legislador assim que lhe aprouver (SILVA, 2006).

A interpretação conforme a constituição passa a funcionar como “legitimação da centralização da tarefa interpretativa – não só da constituição, mas de todas as leis – nas mãos do Supremo Tribunal Federal” (SILVA, 2006, p. 203). Alterar o sentido da lei, especialmente para ir além do que o texto dispõe, é mais sutil se amparado em uma pretensa interpretação conforme<sup>138</sup>.

Os próprios ministros reconhecem isso, como se vê em trecho de uma discussão entre os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar

---

Janeiro, em que se discutiu a equiparação da união entre pessoas do mesmo sexo ao *status* de entidade familiar.

<sup>137</sup> Para uma leitura crítica da interpretação conforme a constituição e do descompasso entre seu delineamento doutrinário e sua função judicial vide: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a constituição**: entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, v. 3, p. 191-210, 2006.

<sup>138</sup> “Basta que o Supremo Tribunal Federal dê o nome de interpretação conforme constituição a qualquer esclarecimento de significado de qualquer termo de qualquer dispositivo legal, na forma como já vista acima, para que qualquer interpretação divergente, ainda que seja também no sentido de manter a constitucionalidade de uma lei torne-se impossível. Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer “desobediência” interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais. Para tanto, a interpretação conforme a constituição cai como uma luva” (SILVA, 2006, p. 205).

Mendes, na qual este afirma:

[N]a maioria dos casos – a gente até impropriamente não diz isso, mas estamos cansados de saber disso – o controle de constitucionalidade que este Tribunal faz, fundamentalmente, é controle de interpretação! Controle de constitucionalidade de norma legal é apenas, a rigor, *en passant*, marginal. Todo dia nós estamos declarando, eventualmente, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de interpretação (MENDES *apud* NONATO, 2013).

Outro discurso que permite a ampliação dos limites de sua própria atuação pelo STF é o da “mutação constitucional”, como ocorreu em relação ao art. 52, X, da Constituição Federal. Não apenas uma “interpretação” para além do texto constitucional, mas o fortalecimento do chamado movimento de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade pautou a Reclamação (RCL) nº. 4.335/AC<sup>139</sup>.

Nessa Reclamação, o ministro Gilmar Mendes argumentou que o instituto da suspensão da lei pelo senado (art. 52, X, da CF) “assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”<sup>140</sup>, pois justifica-se em função de um momento em que não havia instrumento hábil a conferir força de lei às decisões judiciais. Desse modo, com a introdução do controle abstrato de normas e da eficácia *erga omnes* que dele decorre, seria necessária a redefinição do papel do Senado no Controle de Constitucionalidade. Mendes defendeu ainda que o próprio controle incidental de constitucionalidade teria perdido parte de seu significado, uma vez que a Constituição de 1988 teria dado maior ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade. Segundo o ministro,

---

<sup>139</sup> A RCL 4335/AC, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi ajuizada pela defensoria em face de decisão que indeferiu o pedido de progressão de regime em crimes hediondos sob a alegação de que a decisão do plenário do STF que teria declarado inconstitucional do dispositivo da lei de crimes hediondos que veda a progressão só teria eficácia a partir da resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia do referido dispositivo.

<sup>140</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional 4335. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em novembro de 2015.



por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado fórmulas que retiram do instituto da “suspensão da execução da lei pelo Senado Federal” significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto<sup>141</sup>.

Assim é que, para além da moldura textual do dispositivo<sup>142</sup>, o STF decidiu que em decorrência de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto, houve uma “mutação constitucional”.

Esses que se apresentam como exemplos de uma atuação cada vez maior e mais centralizadora pelo Supremo estão acompanhados de uma tendência legislativa de fomentar esse papel, delineando uma espécie de regime jurídico do efeito vinculante no Brasil.

Uma delas é a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, que é possível mesmo que prevaleça no Brasil a teoria da nulidade dos atos inconstitucionais. O artigo 27 da Lei 9.868/99 admite que excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou interesse social, dois terços dos membros do STF podem proceder à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A referida lei veio disciplinar o processo e julgamento da ADI e ADC conferindo expressamente os efeitos vinculantes das suas decisões, assim como da interpretação conforme a Constituição da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A Lei nº 9.882/99 conferiu os mesmos efeitos à ADPF.

Ainda que o STF não reconheça pacificamente a teoria da transcendência dos motivos determinantes<sup>143</sup>, há uma ampliação cada vez

<sup>141</sup> Idem.

<sup>142</sup> Assim, como esclareceu o ministro Eros Grau em seu voto, o texto que estabelecia “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução [...]” deveria ser interpretado como “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução [...]”.

<sup>143</sup> Essa teoria refere-se ao efeito vinculante aos motivos que fundamentaram a decisão (*ratio decidendi*) e veda a violação do próprio conteúdo das decisões. O ministro Celso de Mello, em relatoria da Reclamação n. 2986, recorreu à teoria da transcendência dos motivos determinantes para deferir uma medida liminar. Ele afirma que no “âmbito da ADI 2868/PI o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame RCL n. 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da ‘transcendência dos motivos que embasaram a decisão’ proferida por esta corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se,

maior da força dos fundamentos da decisão. O efeito impositivo atribuído às súmulas, a exemplo da Lei nº 9.756/98, que permite ao relator impedir que recursos que confrontem as súmulas ou jurisprudência dominante tenham continuidade é um exemplo.

A Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, inseriu medidas tendentes a centralizar e racionalizar<sup>144</sup> o Judiciário e garantir “a padronização da jurisprudência, o reforço do controle concentrado de constitucionalidade e a coordenação política e administrativa das diversas dimensões do sistema por meio do Conselho Nacional de Justiça” (CUNHA; ALMEIDA, 2012, p. 366).

Na esteira desse processo é que a Súmula Vinculante “aparece como mais um capítulo de uma jurisdição constitucional que tem se dirigido à construção de um sistema de precedentes judiciais com caráter normativo” (MELLO, 2005, p. 179). O instituto da Súmula Vinculante<sup>145</sup> foi instituído pela Reforma, que introduziu o artigo 103-A na Constituição. Ainda que a edição da Súmula Vinculante esteja condicionada à existência de reiteradas decisões sobre a matéria, o célebre caso<sup>146</sup> da Súmula Vinculante n. 11, que dispensou o requisito das reiteradas decisões, revela a realidade da inconsistência da edição das súmulas vinculantes. A prática constitucional mostra-se muitas vezes insuficiente na distinção entre considerações marginais e os fundamentos necessários à decisão (MELLO, 2005).

---

também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento”. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em novembro de 2015.

<sup>144</sup> Luciana Gross Cunha e Frederico de Almeida argumentam que a pauta racionalizadora que prevaleceu na EC 45/04 “longe de ser uma invenção nativa, é resultado da incorporação nacional e das conexões internacionais de atores políticos e campos de conhecimento com certa produção acadêmica sobre direito e economia, e das diretrizes de reformas judiciais impostas por organismos como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento” (CUNHA; ALMEIDA, 2012, p. 370).

<sup>145</sup> O dispositivo autoriza o STF a editar súmula, por deliberação de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, dotada de efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública.

<sup>146</sup> O fato da súmula ter sido editada com base em dois precedentes (HC 91.952 e HC 89.429-1) e por não haver à época muitos recursos que questionassem o uso abusivo de algemas gerou polêmica, especialmente por se dar após a prisão de Daniel Dantas, Naji Nahas e Celso Pitta e sua exposição na mídia. Esse caso ficou conhecido como o caso Daniel Dantas.

Outra faceta da centralização foi a incorporação do instituto da Repercussão Geral<sup>147</sup> como requisito de admissibilidade no Recurso Extraordinário pela EC 45/04, que inseriu o § 3º ao art. 102 na Constituição Federal. Se por um lado surgiu em reação à fragmentação do controle de constitucionalidade, tais ferramentas “concentraram ainda mais poderes nas mãos do Supremo [...]. O risco aqui é o tribunal ver-se obrigado a se transformar em xerife de suas próprias decisões” (VIEIRA, 2008, p. 450).

Questões centrais na política brasileira são muitas vezes determinadas pelo que o STF decide (ou decide não decidir). É o que acontece em relação aos pedidos de vista que se apresentam como suspensão “informal” do processo, não sofrendo qualquer controle político das suas razões. O caso que ficou famoso na imprensa em função da mobilização popular foi o pedido de vista – que durou um ano e cinco meses – feito pelo ministro Gilmar Mendes na ADI 4.650, que questionou o financiamento empresarial de campanhas eleitorais. A devolução do processo ocorreu um dia após a Câmara aprovar as doações de empresas a partidos políticos.

O *III Relatório Supremo em Números* mostrou o tratamento diferenciado dado a alguns pedidos de vista que demoram em média 30 vezes o prazo normal, ou seja, “há os pedidos devolvidos rapidamente (22,6%) e aqueles que demoram vários meses ou até vários anos” (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 93). Os pedidos de vista que ocorrem no âmbito do controle concentrado são os que geram maior impacto e, de acordo com os estudos apresentados no relatório, não se destinam efetivamente a função de se estudar melhor o processo (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014).

Ademais, Oscar Vilhena afirma que as decisões proferidas pelas turmas do STF pouco ultrapassam os 10% do total e o número de casos julgados pelo plenário em 2006, consiste em apenas 0,5% do total. Dessa forma, a maior parte dos casos diz respeito a decisões monocráticas, nas quais o relator pode julgar tanto o mérito quanto condições de admissibilidade dos recursos

---

<sup>147</sup> Importa pontuar que “apesar de trazer maior unidade ao sistema, não se pode assegurar que a repercussão geral e a súmula vinculante estão produzindo julgamentos mais céleres no sistema judicial como um todo, já que os processos ficam represados nas instâncias inferiores aguardando a decisão da matéria em abstrato pelo Supremo” (FALCÃO; WERNECK; CERDEIRA, 2011, p. 62).

por trás destas decisões monocráticas, pode estar escondida uma “espécie de *certiorary* informal”. Isto apenas demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativa de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal (VIEIRA, 2008, p. 448).

Essa autoregulação do STF mediante a sua interpretação do texto constitucional se estende às várias formas de acesso ao tribunal, permitindo que ele se torne mais constitucional, ordinário, recursal ou atuante a depender do desenho institucional que a sua interpretação da Constituição lhe permita fazer.

Nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988, por exemplo, o STF passou a adotar interpretações restritivas quanto ao controle de constitucionalidade, como no que concerne a “pertinência temática” no âmbito da legitimidade processual das partes, o que funcionou como uma “válvula de controle de acesso a cidadania” (FALCÃO; WERNECK; CERDEIRA, 2011, p. 38).

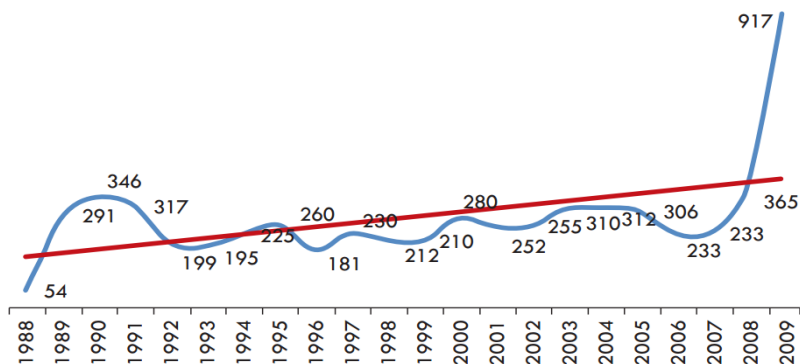
Como mostrou o estudo empírico sobre o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, é importante reavaliar

a narrativa comum que atribui um grande mérito à Constituição de 1988 por ela ter ampliado substancialmente o rol de legitimados para propor ações de controle concentrado. De fato, o rol foi ampliado, mas basicamente com a introdução de entidades que atuam na defesa dos seus interesses corporativos e que são muito abertas à serem cooptadas por interesses de grupos de pressão. Além disso, devemos ter em mente que a jurisprudência defensiva do STF, com a afirmação e ampliação dos requisitos de pertinência temática,

limitou sensivelmente a possibilidade de que as entidades corporativas pudessem adotar uma atuação que ultrapassasse a defesa corporativa dos seus próprios interesses. Todavia, essa percepção também deve ser temperada pela constatação de que as decisões obtidas pela única entidade corporativa que não está sujeita à pertinência temática, a OAB, estão longe de mostrar uma especial concentração na defesa do interesse público e dos direitos da coletividade (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 78).

Mas essa jurisprudência restritiva se deu no âmbito do que o estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) apontou como primeira onda constitucional. No momento seguinte, porém, a partir de 2008, tem-se uma segunda onda também decorrente da capacidade de autorregulação do STF, que ampliou o acesso ao tribunal quanto a questões constitucionais. Isso pode ser observado pelo gráfico (Gráfico 1), disponibilizado pelo *I Relatório Supremo em Números*, sobre a atuação do STF quando atua como Corte Constitucional:

Gráfico 1 – Processos da Corte Constitucional



Fonte: (FALCÃO; WERNECK; CERDEIRA, 2011, p. 40).

Essa grande mudança no papel constitucional do STF foi decorrente da alteração do entendimento do tribunal quanto ao Mandado de Injunção. Aliás, os estudos da FGV, apresentados no *I Relatório Supremo em Números*, que analisa o principal órgão de cúpula do Poder

Judiciário, o STF, constatou que o tribunal não age como um único tribunal, mas como três cortes distintas, corte constitucional, recursal e ordinária. Cada uma delas tem diferenças quanto ao perfil, comportamento, duração, origem, etc. (FALCÃO; WERNECK; CERDEIRA, 2011, p. 13).

Retomando a tese do ministro Teori Zavaski, segundo a qual caminhamos para um modelo de *commn law* e tendo em vista a dificuldade em se transpor mecanismos forjados para outra cultura jurídica, distinta da tradição jurídico-dogmática a qual se filia o direito brasileiro, importa compreender o padrão de funcionamento da jurisdição no Brasil. A forma como decidem os tribunais deve ocupar o centro das reflexões sobre o sistema político brasileiro.

Antes de mais, é preciso abandonar uma crítica do direito brasileiro que se fundamente na adequação a um padrão europeu de direito e civilização e se ater às especificidades do direito brasileiro que se formou com a “incorporação das instituições jurídicas liberal-burguesas oriundas a Europa” (RODRIGUEZ, 2013, p. 30).

José Rodrigo Rodriguez, ao tratar do tema de *como decidem as cortes?*, fala sobre o papel da pesquisa em direito de expor as zonas de autarquia que se traduzem em “zonas de arbitrariedade em que a forma jurídica se torna apenas uma aparência vazia para justificar a arbitrariedade do poder público ou privado” (RODRIGUEZ, 2013, p. 172), além de “explicitar modelos autoritários ou meramente simbólicos de legitimação das decisões” (RODRIGUEZ, 2013, p. 175).

A partir de estudo empírico sobre a questão, José Rodrigo Rodriguez destaca o personalismo dos juristas e o caráter opinativo da jurisdição e doutrina brasileiras. Segundo o autor, a racionalidade jurisdicional no Brasil está “marcada pela utilização de argumentos de autoridade em casos difíceis e pela pobreza argumentativa em casos fáceis”<sup>148</sup> (RODRIGUEZ, 2013, p. 62, grifos do autor).

Ainda que se fale em maior relevância dos precedentes judiciais no Brasil, não se observa uma estrutura organizada, um sistema de precedentes ou uma coerência interna (integridade) dos fundamentos das decisões. A argumentação jurídica pressupõe sistematicidade. No Brasil, porém,

---

<sup>148</sup> Segundo o autor, à “invocação da autoridade corresponde um modelo opinativo de decidir que aposta mais no poder simbólico da jurisdição do que na necessidade de que ela se legitime racionalmente diante das partes na ação e da esfera pública mais ampla” (RODRIGUEZ, 2013, p. 81).

além da votação por maioria de votos, um modelo que permite que a fundamentação varie de juiz para juiz (o que pode produzir no STF decisões unânimes, mas com 11 fundamentações diferentes), a padronização das decisões dos tribunais se faz por via de ementas e enunciados e não por meio de precedentes que podem ser reconstruídos argumentativamente (RODRIGUEZ, 2013, p. 23) .

Isso decorre da forma como se estrutura a decisão coletiva nos tribunais, que se ampara em uma votação por maioria, sem a pretensão de se formar uma decisão coletiva, ou uma decisão institucional. Os ministros, em regra, já estão com as suas decisões prontas e escritas e se apresentam em sessão pública sem o propósito de convencer os demais, mas, muitas vezes, com o intuito de apresentar uma argumentação que soe bem para o público que assiste suas decisões pela TV e pela internet.

Rodriguez afirma, nesse sentido,

que sua forma de argumentar possa ser explicada em parte pelo fato de que os debates entre os juízes sejam públicos. A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático (RODRIGUEZ, 2013, p. 63).

Rodriguez define como zona de autarquia “o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação” (RODRIGUEZ, 2013, p. 69). Contudo, tais decisões não prescindem abertamente de fundamento e para que se tenha a aparência de racionalidade elas se valem de um tipo de fundamentação que, ao invés de demonstrar a correção de uma decisão a partir do direito positivo, recorre-se a uma estrutura assentada em argumentos de autoridade. Nesse caso, ela

não tem o dever de demonstrar a coerência entre leis, casos e doutrinadores que cita. Com efeito, ela não se sente limitada por nenhum ônus argumentativo. Seu único compromisso é com a eficácia em convencer o destinatário, podendo-se

utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratégia (RODRIGUEZ, 2010, p. 73).

O que adquire relevância nesse sentido, é a decisão e seu autor e não a racionalidade que a fundamenta. O parâmetro para que o argumento de autoridade seja invocado não é o acerto objetivo da solução que ele traz, mas a sua pertinência para a formação da “opinião pessoal” daquele que decide. Assim, o autor afirma que “fundamentar uma decisão no Brasil significa, na maior parte das vezes, exatamente isso: expor uma opinião pessoal” (RODRIGUEZ, 2013, p. 74). Uma opinião pessoal que se coloca em disputa com outros pontos de vista.

Mesmo com a participação de terceiros no processo decisório, não se perde o caráter pessoal das decisões, pois a autoridade

mantém o controle subjetivo sobre a decisão e porta-se como um indivíduo que precisa ser convencido e não como o representante de uma instituição cuja função é investigar o direito posto para encontrar os melhores argumentos jurídicos para solucionar o caso e justificar sua decisão racionalmente (RODRIGUEZ, 2013, p. 76).

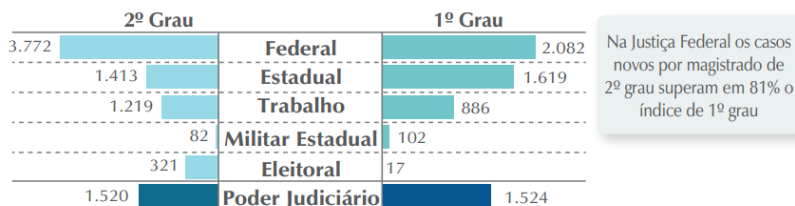
O juízes e ministros mencionam argumentos de autoridade (leis, doutrina, jurisprudência) a fim de demonstrar a obviedade da sua decisão e sequer é reconstruída a linha de argumentação racional das fontes citadas. A isso acresce a diversidade de fundamentos que sustenta os julgamentos colegiados, ainda que se trate de decisões com resultados unânimes. Ao invés de uma sistematicidade e racionalidade argumentativa, o que se demonstra é uma agregação de opiniões que se justifica em parte pelo fato do tribunal ser protagonista de uma performance pública. Os demais tribunais seguem o padrão decisório do STF, em que não há uma decisão unificada do tribunal, mas um amontoado de decisões individuais (RODRIGUEZ, 2013).

Também é importante destacar que a exorbitante pauta de julgamentos a que os tribunais têm que atender contribui para essa relativa irracionalidade. Segundo a edição de 2015 do relatório *Justiça em Números* do CNJ (ano-base 2014), o Poder Judiciário iniciou o ano de 2014 com o estoque de mais de 70 milhões de processos, número que “tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (Índice de Atendimento à Demanda - IAD de 98,7%)” (CNJ, 2015, p. 34). Para além desse grande estoque de processos, o



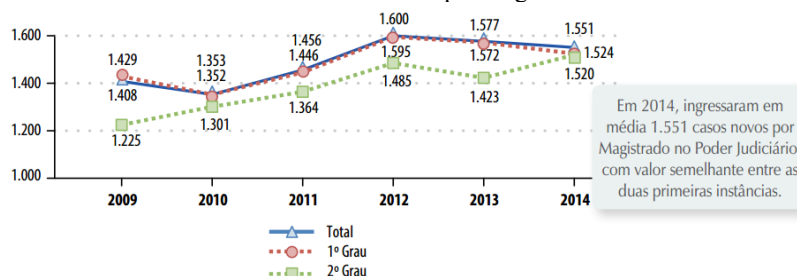
número de casos novos também é imenso, como o demonstra alguns gráficos fornecidos pelo relatório *Justiça e Números* (Gráficos 2 e 3):

Gráfico 2 – Casos novos por magistrados no Poder Judiciário



Fonte: Brasil, (CNJ, 2015, p. 39).

Gráfico 3 – Série histórica dos casos novos por magistrado no Poder Judiciário



Fonte: Brasil, CNJ (2015, p. 39).

No caso do STF, que acumula funções constitucionais, ordinárias e recursais, cumpre destacar que apenas no que concerne ao Habeas Corpus (HC), classe processual que corresponde a *persona* ordinária do Supremo e que sequer chega a 8% de todos os processos que chegam ao tribunal, tem-se a seguinte situação:

Com 11 ministros e uma média recente de cerca de 3.000 HCs por ano, temos mais de 270 pedidos de Habeas Corpus por ano por ministro. Isso significa mais de um pedido de Habeas Corpus por dia útil para cada ministro. Devemos observar que os HCs, diferentemente dos processos aqui classificados como recursais (Agravos de Instrumento e Recursos Extraordinários) não podem ser tratados

em bloco, exigindo minuciosa análise. Também são processos que, por sua própria natureza, demandam urgência. Esta é, portanto, sem dúvida, uma das classes processuais que mais carga de trabalho gera ao STF (FALCÃO; WERNECK; CERDEIRA, 2011, p. 48).

Essa grande carga de trabalho para os juízes, além do acúmulo de processos, conduz a outros resultados previsíveis, como a morosidade. Embora a EC 45/04 tenha inserido na Constituição o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), não houve uma alteração substancial nesse aspecto da demora dos julgamentos, O *III Relatório Supremo em Números* mostrou que a ADI tem média de 5,3 anos para o trânsito em julgado<sup>149</sup>, ao passo que a ADPF tem uma média de 2,7 anos e a ADC, que envolve questões de complexidade similar, tem média de 3 anos.

Já as médias de processos como o HC (310 dias), o MS (1,7 ano) e o Mandado de injunção (1,4 ano) são muito inferiores, porém altas se considerarmos o caráter de urgência na tutela de direitos individuais que é comum a essas classes processuais (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014, p. 82).

Por outro lado, algumas liminares parcial ou totalmente concessivas, suspendendo trechos de Constituições dos estados ou de portarias, foram decididas dentro de algumas horas (HARTMANN; CHADA, 2015). O que demonstra que a questão do tempo é um importante fator político no Judiciário e que acaba se furtando ao controle público.

Em estudo sobre *O custo da justiça no Brasil*, Da Ros apresenta, porém, um dado interessante e pouco considerado sobre a carga de trabalho e a quantidade de processos por magistrado, que permite pensar os reais papéis assumidos pelos juízes como “gestores de equipe”. Em comparação a outros países, a carga de trabalho dos magistrados no Brasil é muito alta. Realizando-se, porém, o mesmo cálculo sobre a quantidade de processos, não por magistrado, mas por funcionário do Poder Judiciário

---

<sup>149</sup> Por se tratar de uma média, não se dá destaque a ações que chegaram a durar mais de 20 anos (FALCÃO; HARTMANN; CHAVES, 2014).

a proporção se inverte: no Brasil, há 68,2 novos casos para cada funcionário, ao passo que há 135,9 em Portugal, 135,9 na França e 229,3 na Itália. Quer dizer, embora os magistrados sejam individualmente responsáveis por mais casos novos por ano no Brasil do que em outras partes do mundo, o fato é que eles recebem o auxílio de uma força de trabalho significativamente maior para tanto (DA ROS, 2015. p. 10).

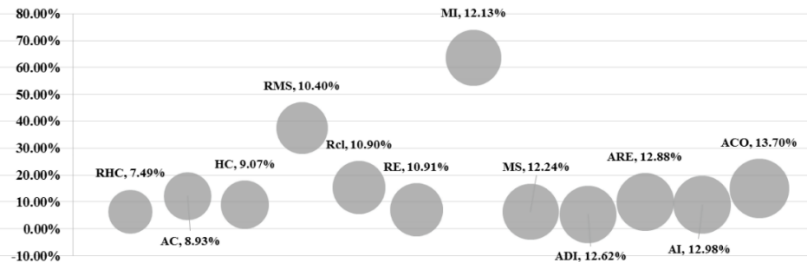
Esses indicadores revelam algo que é de conhecimento geral de todos aqueles que tenham qualquer contato com os fóruns e tribunais: servidores e estagiários são responsáveis por minutar despachos, decisões e sentenças e acabam servindo como mão de obra barata para o exercício de atividades das quais os magistrados assumem a responsabilidade política. Os privilégios atribuídos ao esforço individual mostram-se frágeis aqui, pois a grande disparidade salarial acaba se pautando menos na carga de trabalho que na preservação das elites jurídicas.

Além desse aspecto, a grande quantidade de “copia e cola” das decisões judiciais não deve deixar de ser mencionada. Em pesquisa sobre a qualidade das decisões judiciais do STF, foi demonstrado que

A média de identidade inter-documentos dos ministros é 33,6%. A média de identidade intra-documentos é de 18,2%. Ou seja: entre 2011 e 2013, os ministros usaram trechos de alguma outra decisão em 1 a cada 3 de suas decisões monocráticas. Quando o usaram os trechos da decisão anterior, esses representaram cerca de 1/5 da nova decisão (HARTMANN; CHADA, 2015).

Como mostra o gráfico apresentado na pesquisa (Gráfico 4), que apresenta esses dados na perspectiva das classes processuais, a quantidade de “Ctrl+C, Ctrl+V” no STF é expressiva e deve servir como importante referência para se pensar o heroísmo atribuído ao Judiciário no Brasil.

Gráfico 4 – Taxas de identidade de texto inter e intra-documentos no STF (2011-2013)



Fonte: (HARTMANN; CHADA, 2015, p. 23)

Outra importante questão a ser considerada foi apresentada pelos dados empíricos levantados na pesquisa *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?* (COSTA; BENVINDO, 2014), na qual se analisou o perfil de julgamento das ADIs no Supremo Tribunal Federal – já que correspondem a 94% dos processos de controle concentrado. A função de garantia da justiça e dos direitos está no fundamento das teorias de direito tendentes a conferir um papel mais atuante ao Judiciário, assim como do movimento de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Esse fundamento, porém, deve estar acompanhado de uma verificação acerca do exercício efetivo desse papel.

Num contexto em que argumentos que permitem relativizar direitos crescem e reforçam uma prática política do STF que alcança os âmbitos políticos, econômicos e sociais em detrimento do Legislativo e do Executivo, o estudo mostrou algo que já veio sendo afirmado no decorrer deste trabalho, mas com o amparo de uma pesquisa empírica:

O perfil geral das decisões e dos atores mostra que a combinação do perfil político dos legitimados com a jurisprudência restritiva do STF em termos de legitimidade conduziu a um modelo de controle concentrado que privilegia a garantia dos interesses institucionais ou corporativos. Apesar dos discursos de legitimação do controle concentrado normalmente se justificarem na necessidade de oferecer proteção adequada aos direitos dos cidadãos, o que se observa na prática é uma garantia relativamente efetiva dos interesses corporativos e não do interesse público. E mesmo quando o interesse público é efetivamente garantido por decisões em ADI baseadas na

aplicação de direitos fundamentais, quase sempre pelo MP ou pelos governadores, a maior parte das intervenções é no sentido de anular benefícios concedidos de forma indevida, e não de garantir direitos individuais, coletivos e difusos, que têm uma participação minoritária (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 77).

Muito embora o controle concentrado de constitucionalidade e o maior protagonismo do STF na cena política, social e econômica do país esteja lastreada em discursos que afirmam a garantia de direitos e a defesa do interesse coletivo, o que o estudo mostrou foi algo muito diverso. Ao tomar decisões de natureza política “e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos, sem que haja mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas” (VIEIRA, 2008, p. 453). Daí que não se pode

manter o discurso ilusório de que tal sistema conseguiu trazer o Brasil a um patamar de defesa da Constituição antes nunca visto, se, diagnosticadas cuidadosamente distintas variáveis de sua realidade, se constata que, mais do que defender a Constituição, por exemplo, o STF tem, predominantemente, decidido em prol de determinadas corporações e pouco atuado na defesa de direitos e garantias fundamentais. Aparece aqui o necessário debate sobre a legitimidade da atuação da corte constitucional, especialmente quando, mais do que defender direitos, seu ativismo tem se revelado consagrador de posições estratégicas de determinados grupos políticos, econômicos e sociais (COSTA; BENVINDO, 2014, p.8).

Não menos importante é a situação financeira do Judiciário brasileiro e os meios escusos aos quais tem recorrido para burlar o teto do funcionalismo. Jessé de Souza afirma que a sociedade moderna considera ter superado todos os privilégios injustos, mas o que se tem é uma tentativa de se fazer com que esses privilégios não se pareçam como tais, é a sua transformação em suposto “mérito pessoal” (SOUZA, 2015).

Assim, auxílios, como o auxílio-moradia (R\$ 4.377,73 mensais)<sup>150</sup>, devido a parlamentares, autoridades (membros da Magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública da União) e servidores impactam sobremaneira o orçamento e por vezes são concedidos em duplicidade a casais de juizes, ainda que em contrariedade à Resolução 199/2014 do CNJ<sup>151</sup>.

Não há uma estimativa precisa do valor gasto com o auxílio-moradia, mas, se todos o recebessem, como definiu o Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional e Justiça, a despesa seria de aproximadamente R\$ 450 milhões por ano. O cálculo refere-se apenas à União, já que a LDO não interfere em estados e prefeituras (BEZERRA, 2016).

Em meio à crise econômica que atravessa o país, o Sistema de Justiça gastou cerca de 1,2 % das riquezas do país no ano de 2014. Esse fato, impele ao seguinte questionamento: se um dos principais fundamentos da maior atuação judicial é a garantia de direito e a justiça social<sup>152</sup>, não seria necessário e urgente se pensar o quanto custa o sistema de Justiça no Brasil? Segundo os dados fornecidos pelo relatório do Conselho Nacional de Justiça *Justiça em Números*, referente ao ano base de 2014 e que não inclui dados orçamentários do STF (cerca de R\$ 577 milhões) e dos Conselhos:

No ano de 2014, as despesas totais do Poder Judiciário somaram aproximadamente **R\$ 68,4 bilhões**, o que representou um **crescimento de 4,3%** em relação ao ano de 2013, e de 33,7% no último sexênio. Essa despesa equivale a 1,2% do

---

<sup>150</sup> Os projetos de lei apresentados pela presidente Dilma Rousseff ao Congresso Nacional no início deste ano, ainda preveem reajuste de subsídios de advogados públicos federais, que “devem ocorrer a partir de agosto deste ano (5,5%), para depois serem complementados, sempre no mês de janeiro, de 2017 (5%), 2018 (4,75%) e 2019 (4,5%). Além disso, serão reajustados os valores do auxílio-alimentação (de R\$ 373 para R\$ 458); da assistência à saúde (R\$ 115 para R\$ 145); e de assistência pré-escolar (R\$ 70 para R\$ 321)” (BEZERRA, 2016).

<sup>151</sup> No estado de Santa Catarina a concessão de auxílio a casais de juizes de Santa Catarina esteve amparada pela Associação de Magistrados Catarinenses.

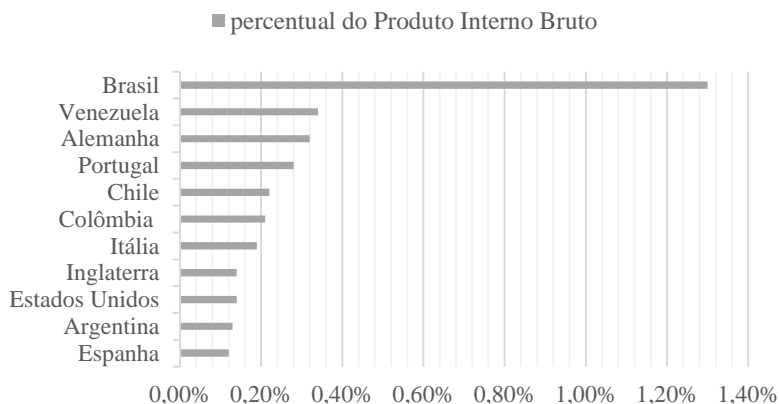
<sup>152</sup> O direito social surge, aqui, como um componente muito mais utópico que efetivo e plausível, já que carece de condições de efetividade.

Produto Interno Bruto (PIB) nacional, a 2,3% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios a um custo pelo serviço de justiça de **R\$ 337 por habitante** (CNJ, 2015, p. 29, grifos no original).

Esse número é comparável “ao orçamento anual do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, esta quantia é também maior do que o Produto Interno Bruto (PIB) de doze estados brasileiros considerados individualmente”<sup>153</sup> (DA ROS, 2015, p. 3). O autor revela que é, provavelmente, o custo mais alto por habitante dentre os países ocidentais, tanto em valores relativos quanto absolutos.

No gráfico (Gráfico 5) apresentado na pesquisa sobre O custo da Justiça no Brasil, é possível observar a diferença de despesas do Judiciário brasileiro em comparação a outros países:

Gráfico 5 – Despesas do Poder Judiciário



Fonte: (DA ROS, 2015, p. 4).

O gasto por cada decisão judicial também é aprestado pelo autor em comparação com outros países, mesmo considerando uma taxa de congestionamento em torno de 71,4% no ano de 2014 (CNJ, 2015) e a

<sup>153</sup> Em nota, o autor pontua que OS “dados são de 2012, quando o orçamento total do Poder Judiciário foi cerca de R\$ 61 bilhões” (DA ROS, 2015, p. 3, nota de rodapé 4).

conhecida morosidade judicial: “em média, de R\$ 2.248,93 ou € 691,98 no Brasil, e não passando de R\$ 1.679,15 ou € 516,66 na Itália, e R\$ 2.093,98 ou € 1.824,52 em Portugal” (DA ROS, 2015, p. 10). Em outros termos, trata-se de um Judiciário caro, demorado e com decisões mal fundamentadas e repetitivas.

Uma estratégia utilizada, que permite minorar o problema da morosidade judicial e desafogar o Judiciário sem a redução do salário dos juízes tem sido o incentivo às medidas alternativas de resolução de conflitos. Partindo de um Código de Processo Civil como mecanismo oficial de pacificação social, passando pela estruturação da arbitragem pelo ordenamento positivado (Lei 9.307/96), pela Resolução n. 125 do CNJ, bem como por sua incorporação ao conceito de jurisdição até o momento atual do Novo Código de Processo Civil é que se vislumbra a evolução do tratamento dispensado aos métodos de solução de controvérsias pelo sistema jurídico pátrio. O Novo Código de Processo Civil estabelece os institutos da conciliação e da mediação, ampliando também a comunicação dos atos processuais com o juízo arbitral.

O contexto de emergência dos métodos alternativos de solução de controvérsias no Brasil é, entretanto, peculiar. Diversamente do movimento do RAD ou ADRs (Alternative Dispute Resolution), o fundamento de sua existência não foi a incompletude de resposta do aparato estatal. Aqui, apresenta-se como paliativo à não efetividade jurisdicional, reduzindo a carga judicial por meio de um convencimento à conciliação e mediação.

Cumprir destacar, ainda, a preservação das elites jurídicas<sup>154</sup> no cenário do sistema de justiça brasileiro, como espaço de poder relacionado à organização burocrática do Estado. A formação das elites da administração da justiça e sua hierarquização no interior das instituições do sistema começa pelas faculdades de direito, alcança os juristas intelectuais na consolidação da ideologia dominante da administração da Justiça do Estado (ALMEIDA, 2010), assim como as relações hierárquicas de poder entre os juízes, advogados e profissionais de cúpula do Judiciário. Ainda que o STF não possua superioridade administrativa, é inegável a sua liderança simbólica (ALMEIDA, 2010).

---

<sup>154</sup> Sobre a formação e afirmação das elites jurídicas no Brasil, que joga “luz sobre os processos sociais por meio dos quais o poder se origina, se reproduz e circula no interior e entre as instituições estatais de justiça” (ALMEIDA, 2010, p. 48), vide tese de doutorado ALMEIDA, F. N. R. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. São Paulo. Tese (Doutorado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. 2010.



Frederico Almeida afirma que as relações de poder também

se estabelecem entre as profissões jurídicas no intrincado jogo de poder e competições inter profissionais que se estendem da prática cotidiana da justiça até a composição dos tribunais superiores e outros círculos superiores das elites jurídicas, nos quais os critérios mais ou menos objetivos dos concursos públicos e de progressão em carreiras burocráticas são substituídos pelo requisito genérico do – notável saber jurídico e pela indicação política de membros dos poderes Executivo e Legislativo (ALMEIDA, 2010, p. 47).

A discussão sobre as relações sociais, familiares e políticas para a preservação de posições no Judiciário ficou recentemente em evidência em função das indicações das filhas dos ministros do STF Marco Aurélio e Luiz Fux como desembargadoras. Esse tipo de indicação é possibilitado pelo quinto constitucional, o que favorece que as elites jurídicas influentes formem alianças para disputa de espaços e cargos. O campo político da administração da justiça estatal permite que uma minoria de juristas domine os demais.

Posto isso, importa considerar que a atribuição de um poder tão amplo ao Judiciário põe os jurisdicionados a mercê de decisões progressistas como as referentes ao reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, a admissão de cotas raciais nas universidades, a vedação do financiamento eleitoral por pessoas jurídicas, mas, por outro lado, também os põe diante da validação da lei de anistia, da autorização em sede liminar da retomada das obras da usina de Belo Monte, da admissão de cumprimento da pena condenatória com após decisão confirmada em segundo grau<sup>155</sup>. Nesse sentido, Daniel Sarmiento indaga:

sob a perspectiva de uma sociologia da interpretação constitucional, até que ponto a introdução entre nós de uma “dogmática fluida” [...] não pode ter como efeito colateral o agravamento de patologias que marcam as nossas relações sociais. Será que o nosso Direito precisa de mais rigidez ou de maior maleabilidade? Ao fim

---

<sup>155</sup> Vide HC 126292.

e ao cabo, quem tende a se beneficiar com a adoção de uma hermenêutica jurídica mais flexível? (SARMENTO, 2009, p. 16)

Essas são as reflexões que a breve exposição da realidade do Judiciário brasileiro pretende promover. Além disso, como pode o momento de uma tão celebrada abundância de direitos conviver com a perene exposição da vida à morte?<sup>156</sup> Pensar o direito no Brasil é partir desse cenário, é trabalhar sobre essa substância.

### 3.2. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

Todas as sociedades e todas as culturas (não importa se democráticas ou totalitárias, conservadoras ou progressistas) entraram hoje em uma crise de legitimidade, em que a lei [...] vigora como puro “nada da Revelação” (AGAMBEN, 2010a, p. 57).

A retórica pós-positivista e neoconstitucionalista encontra a sua legitimação no discurso da justiça social. Esse discurso, porém, é exatamente o que autoriza a denegação seletiva de direitos. Daí que não apenas o que afirmam tais discursos, mas ao que eles servem e o que permitem que deve ser posto em questão. Importa romper com o plano estritamente teórico para que se efetive justamente aquilo que postula o movimento neoconstitucionalista, o apreço à realidade subjacente à teoria.

Diante da diversidade de posições e vertentes encampadas sob o seu rótulo, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo parecem ter um valor de legitimação que advém da própria autodenominação ou da filiação à corrente. Argumentos que se revelam retóricos e desprovidos de consenso sobre os elementos básicos da teoria, como a definição de princípios e regras, ponderação e subsunção, etc. mostram que a defesa de uma abertura hermenêutica e argumentativa antecede a definição dos termos dessa abertura. O que resulta são os efeitos concretos de suspensão

---

<sup>156</sup> A realidade retratada pelo Mapa da violência 2015 mostra o crescimento do homicídio feminino ainda que sob a égide da Lei 11.340/06, colocando o Brasil na posição de 5º país com maior número de homicídios femininos do mundo. As vítimas preferenciais dos homicídios são meninas e mulheres negras que, sob a vigência da lei, cresceu 35%. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/index.php>. Acesso em novembro de 2015.

e flexibilização da ordem jurídica sem a devida consideração sobre o *como* ou *quando* dessa suspensão.

Até mesmo do ponto de vista acadêmico a leitura pós-positivista acaba significando uma abertura teórica e metodológica que dá amparo para o tratamento de qualquer questão sob qualquer mérito, habilitando os juristas a tratarem de qualquer assunto com menor rigor e apuro acadêmico. Isso não significa que não existam autores que se empenhem numa construção teórica séria e bem fundamentada, mas existem tantas defesas e reconstruções quanto autores que se aventurem a tratar da questão.

Marcelo Neves destaca que a importação acrítica de teorias estrangeiras teria banalizado os modelos principiológicos colocando os princípios ora como panaceia para resolução de todos os problemas da prática constitucional, ora como retórica destinada ao “afastamento de regras claras e ‘completas’, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas” (NEVES, 2013, p. IX).

A própria definição de princípios é vaga e imprecisa. A referência constante a termos que são tomados como óbvios, mas que não são definidos permite que, muitas vezes, elementos diferentes sejam designados como princípios. Assim, muito se fala e discute sobre os princípios como se com esse termo estivessem se referindo ao mesmo conceito.

É claro que há termos e expressões que, por si sós, dispõem de uma força sedutora tão enorme, que o simples invocá-los serve à legitimação retórica daquele que o emprega, independentemente do significado que se lhe venha a atribuir. O termo “princípios”, assim como o vocábulo “Constituição”, ganhou esse perfil (NEVES, 2013, p. XXI).

Diante da escassez de legitimidade que envolve o direito e as democracias contemporâneas, o pós-positivismo apresenta demandas de justificação, argumentação e fundamentação a fim de satisfazer o anseio de legitimação do direito. A justiça, a garantia dos direitos e a ampliação principiológica juridiciza o todo social, político e econômico, marcando a invasão da vida pelo direito. Assim, direito injusto seria simulacro de direito e todo contexto que possa ser lido na perspectiva da “justiça” é invadido pela legalidade, uma legalidade fluida, aberta e que coincide com a própria vida. Écio Oto Duarte afirma que a nova racionalidade

normativa reconfigurou o princípio da legalidade

pois que, com a invasão de todos os domínios da vida social por parte do direito e do advento da nova dimensão de uma atividade administrativa empenhada na configuração da própria sociedade – a administração constitutiva, este princípio assume uma dimensão mais alargada (DUARTE, 2010, p. 22).

A força de lei sem lei como a vigência sem significado da lei emerge à luz aqui. No limite, o que resta é uma lei que nada significa e um poder que pode concretizá-la. A disputa pelo poder e força jurídica de dizer o que é o direito parece ter sido vencida pelos juristas na realidade brasileira.

Susanna Pozzolo, a fim de explicar as razões pelas quais o direito não se exaure na lei afirma que o direito positivo “vive em relação osmótica com o mais amplo discurso prático (o direito natural, ou a justiça ou a moral ou o que é objetivamente de bem)” (POZZOLO, 2010, p. 90). A autora reconhece que “poderia, de qualquer forma, permanecer uma ampla margem de discricionariedade política para o legislador como a que ocorre na Constituição legalista-liberal”, mas isso seria resolvido pelo “juízo de constitucionalidade ao qual se atribui um encargo sempre mais concretizante e permeável” (POZZOLO, 2010, p. 91). Se, de fato, múltiplas concepções de bem podem surgir na sociedade, deve-se atribuir às cortes o papel de encontrar, ao menos precariamente, esse “verdadeiro bem”. Opera-se, assim, um processo de centralização das decisões nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário: “os diversos sujeitos interessados recorrerão ao juízo das Cortes, percebidas ainda, pelo menos idealmente, como meros lugares de um possível saber objetivo, para ver afirmada a própria e ‘verdadeira’ concepção de bem” (POZZOLO, 2010, p. 91).

Ao Judiciário é dada a tarefa de dizer o direito, assim como encontrar o bem ou a moral ou mesmo conseguir definir qual a moral, dentre as diversas possíveis é a melhor, correta ou legítima. Em outros termos, não é sobre a Constituição, ou sobre os valores de justiça ou de bem, mas o que as cortes assim entendem como tal. Aos juízes é atribuído um papel moral autoritário, já que em uma sociedade tão plural quanto a reconhece o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, não é possível se chegar a um consenso sobre matérias morais controversas. Aliás, a própria diversidade de posturas metaéticas possíveis, já aponta as dificuldades dessa atuação moral do Judiciário.

### 3.2.1. O Direito na economia globalizada e neofeudalismo: as formas do sagrado

Diversamente da origem comum que se atribui à religião como *religare*, Agamben aponta que sua etimologia oferece um sentido contrário: *relegere*. Ao invés de marcar a união entre o humano e o divino, *religio* delimita a sua separação, de modo que, não “só não há religião sem separação, como toda separação contém ou conserva em si um núcleo genuinamente religioso” (AGAMBEN, 2007, p. 56). Pensar as formas em que se realiza a separação entre o sagrado e o profano na história do pensamento jurídico nos dá subsídios para perceber as novas versões daquela que “é reconhecidamente pequena e feia e não ousa mostrar-se” (BENJAMIN, 2005, p. 222), a teologia.

O modelo neoliberal que seculariza o paradigma cristão providencial do governo divino do mundo não significa o fim da teologia, mas a sua permanência. Trata-se de um deslocamento de conceitos de uma esfera a outra, mantendo intocada a sacralidade do poder. A tomada da vida pela economia é a forma da presença do teológico sob outras vestes.

Assiste-se a profundas alterações no contexto político mundial. O aumento da distância entre as normas e a realidade, os entraves à aplicação dos programas estatais e a diluição das fronteiras entre o público e o privado conduzem a novas reflexões e experiências administrativas, jurídicas e políticas (ROTH, 1996). Uma das principais causas de tais modificações reside no fenômeno da globalização, pois a interdependência econômica entre os Estados altera o modo de sua estruturação política interna (ROTH, 1996).

A consequência é o desgaste da soberania e da autonomia dos Estados em seus processos políticos internos. “Diminuídos seus poderes de coação, o Estado tem que compartilhá-los com outras forças que transcendem o nível nacional e que, segundo sua a posição na hierarquia mundial, o determinam” (ROTH, 1996, p. 19). O modo de produção e a aplicação das regras jurídicas tornam-se insuficientes, abrindo-se o campo para um efetivo pluralismo jurídico. O Estado e o direito veem-se, então, em uma crise de legitimidade, posto que a promulgação de normas não seja mais de monopólio dos Estados (ROTH, 1996, p. 19).

O momento atual evidencia que a “desadaptação das intervenções do Estado devidas às transformações econômicas e políticas às quais se acrescenta a onda neoliberal, e anti-estatal, tem provocado um retrocesso e uma deslegitimação da regulação social estatal” (ROTH, 1996, p.20).

A suposta anomia instituída pela economia de mercado e a

dissolução das referências regulatórias no cenário econômico é particularmente perversa no âmbito dos países periféricos do sistema capitalista, nos quais já se vislumbram as recentes tendências de autorregulação voltadas a conferir ao mercado a soberania na regência dos interesses, promovendo: “Competitividade, produtividade e integração no plano econômico, fragmentação, exclusão e marginalidade, no plano social” (FARIA, 1999, p. 281).

Num contexto que envolve grande parte das democracias latino-americanas, herdeiras de regimes autoritários, insere-se a realidade jurídico-política brasileira, na qual a exceção presta-se a conformar o direito estatal ao capital transnacional (FARIA, 1999), apoiando-se na necessidade de eficiência na gestão econômica do Estado.

Além disso, a generalização da urgência põe a necessidade e a oportunidade num mesmo patamar, tornando cada vez maior a possibilidade de suspensão e, portanto, de decisão. Há, pois, o agigantamento da atuação judicial que conduz a uma judicialização da política. Esse fato marca a existência cada vez maior de normas carregadas de conteúdo axiológico e que constituem o aparato normativo que confere ao juiz ampla possibilidade de atuação nos limites (ou fora deles) hermenêuticos<sup>157</sup>.

A unidade do Estado diante da pluralidade de interesses e decisões econômicas para além das fronteiras territoriais “passa a ser um problema – e não um fato natural” de forma que, no “âmbito de uma economia transnacionalizada [...] os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los” (FARIA, 1999, p. 32). Isso conduz José Eduardo Faria a questionar o papel a ser exercido por uma Constituição-dirigente, como o é a Constituição de 1988, já que ela foi escrita num período de turbulência econômica.

Frente a pergunta sobre o papel que a Constituição assume nesse cenário ele apresenta duas hipóteses não conflitantes: primeiro, a constituição como um documento meramente simbólico, ou a

sua conversão num centro de convergência de valores e princípios, em cujo âmbito teriam caráter absoluto apenas duas exigências constitucionais:

---

<sup>157</sup> O discurso jurídico de matriz teórica do pós-positivismo reconduz o direito a um influxo da moral constitucional como “se, de fato, houvesse uma verdadeira Constituição acima de nós, que falasse por si, que ditasse a moral [...] quando a realidade é a interpretação moral” (CORRÊA, 2008, p. 300).

do ponto de vista substantivo, os direitos fundamentais da cidadania e a manutenção do pluralismo axiológico, mediante a adoção de mecanismos neutralizadores de soluções uniformizantes e medidas capazes de bloquear a liberdade e instaurar uma unidade social amorfa e indiferenciada; do ponto de vista procedimental, as garantias para que o jogo político ocorra dentro da lei, isto é, de regras jurídicas estáveis, claras e acatadas por todos os atores (FARIA, 1999, p. 35).

Quando sobrevém a noção de uma política que passa a se determinar por condições de “necessidade” econômica é possível falar sobre o ocaso do político dentro dessa percepção ocidental. Quem decide sobre o direito, já que na tensão entre capitalismo e democracia as decisões não se atêm a uma deliberação pública nos moldes democrático-institucionais? Existe um deslocamento dos polos de decisão para além das instâncias jurídicas, para centros econômicos, sendo tomadas por agentes econômicos – pessoas, grupos e instituições.

A política não tem mais centralidade e os espaços de decisão tornam-se cada vez mais tecnocráticos. A economia parece estar acima da política e o direito age em nome da necessidade, seja ela política, econômica ou moral.

O sistema político deixa de ser o *locus* natural de organização da sociedade por ela própria. Em vez de uma ordem soberanamente produzida, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente recebida dos agentes econômicos [...], trata-se de uma ordem cada vez mais auto-organizada e auto-regulada (FARIA, 1999, p. 35).

O estado de exceção na experiência jurídico-política brasileira aponta um limiar entre o necessário e o excesso. A necessidade apresenta-se como resultado do uso constante de um argumento de emergência (social, moral e econômico), enquanto dispositivo ou discurso legitimador do uso da decisão como mecanismo político e jurídico.

No âmbito de um contexto neoliberal de globalização econômica e no qual a política cedeu espaço à economia e à gestão da vida e dos corpos, o valor que emerge é o valor da eficiência. O argumento de emergência, nesse sentido, justifica e legitima o uso e o expediente da decisão para fazer com que o direito dê respostas rápidas, satisfatórias e

eficientes à urgência das exigências econômicas. O direito como decisão é o que se amolda a essa configuração da sociedade. Os procedimentos democráticos institucionalizados são em larga medida incompatíveis com essa urgência.

O estado de exceção retoma em última instância à intrincada pergunta sobre quem decide sobre o direito no Brasil e se “a moralidade constitucional retira da esfera do humano o direito, somente a necessidade pode, na cultura mercantil pós-positivista, ditar a regra” (CORRÊA, 2008, p. 315). Os recentes desvarios jurídico-políticos envolvendo o Judiciário e que ganharam lugar em função dos escândalos divulgados da mídia sobre a corrupção e a crise política, desnudam de forma obscena a configuração do poder e das instituições no Ocidente que subsistem numa necessária relação com a anomia que as institui. A exceção é a barbárie cotidiana tornada possível pelo atual estágio do capitalismo.

A constante suspensão de direitos e o desdém em relação à Constituição – a pretexto de sua garantia ou sob alguma variação do argumento de segurança – que goza de notável cumplicidade quando perpetrada diariamente nas ruelas da periferia, nos presídios e em relação a populações reconhecidamente marginalizadas (pobres, negros, homossexuais e pessoas em condições de vulnerabilidade em geral), não alcança apenas esses grupos, vez que a vida nua se alastra por todos os espaços. As populações marginalizadas são apenas a dimensão mais evidente do estado de exceção. O estado de exceção tornado a regra revela que nele todos tornam-se virtualmente *homines sacri*.

O apelo publicitário à autonomia, a despeito de uma autoritária normatividade, aponta para os interesses econômicos que exigem desregulamentação e um “self-service normativo que identifica a liberdade individual e coletiva à possibilidade de rompimento com os marcos legais instituídos” (PHILIPPI, 2005, p. 47). Os mais afetados são os países periféricos, nos quais o paradigma do campo acentua-se, assim como o refugio humano fabricado pelo Estado neoliberal e pelo mercado. Essa é a perversa condição imposta pela permissividade por meio da transposição da competência decisória e regulamentar a “núcleos extraterritoriais de poder, inacessíveis aos cidadãos” (PHILIPPI, 2005, p. 47).

Nesse contexto, José Eduardo Faria chega a afirmar que, do ponto de vista jurídico-sociológico, estaríamos nos encaminhando para um modelo neofeudal, no qual assiste-se ao retorno de um direito pessoal de atores políticos e econômicos com maior poder de decisão, articulação, barganha, etc. Assim, “as instituições de direito surgidas com a ‘economia-mundo’ parecem desenvolver-se na perspectiva de regulação



de caráter ‘neofeudal’” (FARIA, 1999, p. 325), no qual valores privados e públicos se confundem e “os critérios de mercado – custo, competitividade, produtividade e eficiência – têm, *de fato*, estabelecido a medida das relações públicas” (FARIA, 1999, p. 328).

Interessante se pensar, a partir da abordagem de José Eduardo Faria, que o Medieval se distingue da Modernidade exatamente pela pretensão criativa do Estado sobre o direito. Não há Estado no período medieval, assim como também não há o indivíduo e nem o poder político consumado. Cada um vivia segundo seu estado, isto é, seu papel na sociedade. Para Paolo Grossi, a instância do direito e da política estão separadas. Eis o abismo que separa a Modernidade do Medieval. Já que o direito já está dado, na sociedade, nos usos, ao Príncipe não compete a função de criar o direito, mas apenas de aplicá-lo. Daí que o Príncipe medieval não é legislador, mas juiz. “O direito, de fato, existe antes do poder e prescindindo deste; encontra-se nas raízes mais íntimas da sociedade” (GROSSI, 2010, p. 26).

Nesse sentido, cuida-se de um direito que vem de baixo,

o direito nasce nos fatos da vida cotidiana e muitos destes fatos – sobretudo graças a sua duração no tempo – adquirem por si próprios uma carga normativa, sem que seja necessária a intervenção de um poder público para dar autoridade e para garantir a obediência (GROSSI, 2010, p. 29).

Serão, pois, os juristas e não os políticos a dar uma tradução técnico-jurídica aos fatos: o jurista se apresenta como aquele que revela o direito. Aqui, prepondera um primado da sociedade que subsiste pela ideia de ordem. Quem assegura essa ordem não é a política, mas o direito. Trata-se de uma ordem cuja matriz é consuetudinária. “O poder político, preocupado de modo míope somente com aquela reduzida porção do jurídico necessária ao seu exercício, se desinteressa por todo o resto” (GROSSI, 2010, p. 52).

A imagem que o autor invoca é a de uma teia

Uma teia; mas se poderia também evocar uma rede como imagem menos hilomórfica. Com uma precisão comparativa que pode vir a ser iluminadora: hoje, em um momento de crise do Estado como poder político consumado, em um momento percorrido por uma tensão desestatalizante, sociólogos, cientistas políticos,

juristas repropõem a imagem da rede (GROSSI, 2010, p. 48).

Essa percepção do período medieval como uma pluralidade representada por uma teia tem levado a afirmações de retorno do medieval na atualidade. Para Grossi, porém, seriam afirmações arriscadas e simplistas, pois, melhor que esse tipo de afirmação, deve-se considerar que

cada civilização histórica em que a presença do Estado se atenua ou mesmo desaparece, domina uma sociedade que se caracteriza como realidade relacional, global, e, portanto não fechada, ou melhor, abertíssima em uma auréola que chega a uma projeção universal, em que nenhuma das suas coagulações consegue ser perfeitamente insular, a se individualizar (GROSSI, 2010, p. 49).

Mas afirmação de um mero retorno ao medieval não é, obviamente, tão literal. A questão crucial, ressaltada por Grossi, é a inexistência de um poder político consolidado no período medieval. A contemporaneidade desativa vários elementos que distinguem o direito moderno do direito medieval, tal como a separação entre o público e privado e a centralidade e autonomia dos Estados. A crise do poder político atual não acompanha o fim das estruturas da soberania moderna, aliás, como afirma Agamben, “o declínio do Estado deixa sobreviver em todos os lugares seu invólucro vazio como pura estrutura da soberania e de domínio” (AGAMBEN, 2015a, p. 104). Justamente esse pluralismo que convive com a existência das estruturas do poder político é que deve ser problematizado e não simplesmente um recurso a preciosismos históricos que não servem a crítica, mas a justificação do direito atual como essa visão de Grossi pode conduzir.

Em outros termos, o que fica em evidência é que a referência a um modelo neofeudal põe em relevo uma importante questão: ao mesmo tempo em que subsistem aspectos de um direito pessoal, pluralista, de indistinção entre o público e o privado, no qual espaços descentralizados da economia determinam o quadro a partir do qual os Estados podem atuar, há também uma estrutura de Estado que, embora limitada em seu poder de decisão, é cada vez mais forte, isto é, mais policial e judicial. Teóricos da soberania política, como Schmitt, vêm o mero verniz do Estado, como pura soberania e domínio, como “o sinal mais seguro do fim da política” (AGAMBEN, 2015a, p. 105).

Retomando a perspectiva da religião como separação, é possível delinear a forma do sagrado e compreender a ubiquidade da economia como nada menos que a subtração do Comum, ou seja, daquela cuja máxima expressão é a linguagem e seu principal atributo a descontinuidade e diferença. Em tempos de economicização, o sagrado assume a forma do necessário e inevitável. A captura daquilo que é constitutivo do humano como um ser sem obra é um dos produtos centrais do capitalismo e o que o torna improfanável. Ele atinge o que permite ao humano produzir a história. A economia, na condição de tarefa a ser cumprida ofusca o ser sem obra. O ser sem obra, em potência, é o único capaz de história, política e ética.

O ocaso do político – o que nos impele a ver que o político aqui não significa o aparato estatal e as instituições políticas – assinala a separação. A necessidade é o que desponta no seio da economia e das crises recorrentes que constituem o capitalismo na atualidade. O que resta é “um mundo em que tudo é necessário e nada é possível é um mundo sem sujeito, um mundo sem liberdade, sem possibilidade de criação” (ASSMANN, 2007, p. 6). A indisponibilidade da política para o uso é o que resulta de uma tal onipresença do econômico.

### 3.2.2. Crise e legitimidade

O ato de julgar vem do termo grego *Krisis* que, segundo Agamben, tem sua origem em *krino* que remete a “separar” e “decidir”. Além do sentido jurídico do termo, ele também tem uma acepção médica e teológica. *Krisis* refere-se ao “momento decisivo na evolução de uma doença, quando o médico deve ‘julgar’ se o doente morrerá ou sobreviverá” (AGAMBEN, 2014c, p. 33), assim como, no campo teológico, designa o Juízo Final.

Em *Pilatos e Jesus*, Agamben aborda “um dos momentos-chave da história da humanidade, no qual a eternidade atravessou a história num ponto decisivo” (AGAMBEN, 2014c, p. 22) e tenta compreender a razão pela qual esse momento assume justamente a feição de uma *krisis*, isto é, um juízo processual. A compreensão do momento em que o reino do mundo deve julgar o reino eterno permite avaliar a “*krisis* histórica que, de algum modo, está sempre em curso” (AGAMBEN, 2014c, p. 34).

O confronto entre o humano e o divino se dá no momento em que se encontram, frente a frente, o juiz do reino do mundo (Pilatos) e o juiz do reino divino (Jesus), que naquele instante não estava na função de juiz, mas de salvador do mundo (AGAMBEN, 2014c). Segundo Agamben, Pilatos, devendo decidir, não pode fazê-lo e acaba conduzindo um

processo sem julgamento. Ao invés de um julgamento, Pilatos “entrega” Jesus aos hebreus. Deste modo,

O cruzamento entre o temporal e o eterno assumiu a forma de um processo, mas de um processo que não se conclui com um julgamento. Jesus, cujo reino não é deste mundo, aceitou submeter-se ao julgamento de um juiz, enquanto Pilatos recusa-se a julgá-lo (AGAMBEN, 2014c, p. 65).

O que significa, portanto, um processo sem julgamento? O que se extrai dessa impossibilidade de julgar? Esse enigma representado pelo processo sem juízo, presidido por Pôncio Pilatos no momento decisivo da história, descreve o permanente estado de crise a que estamos lançados. A indecisão sobre a ordem jurídica e a ordem divina, como uma alegoria do nosso tempo,

condenou a humanidade a uma *krisis* incessante - incessante porque nunca poderá ser decidida de uma vez por todas.

§ A insolubilidade implícita no embate entre os dois mundos, e entre Pilatos e Jesus, é atestada nas duas ideias-chave da modernidade: que a história seja um “processo” e que esse processo, enquanto não se concluir em um juízo, esteja em permanente estado de crise (AGAMBEN, 2014c, p. 74-75).

Se a concepção cristã do tempo é linear e se compreende o transcurso entre a criação do mundo e o dia do Juízo, a percepção moderna da história como progresso nada mais faz que promover a secularização da escatologia cristã. Daí que nas *Teses sobre o conceito de história* de Walter Benjamin se apropria de uma leitura judaica do tempo, no qual todo dia é o “Dia do Juízo” e no qual não é o *continuum*, mas o instante da ruptura e da quebra que fica em evidência (AGAMBEN, 2008). O tempo de Walter Benjamin, o tempo de um estado de exceção efetivo, é, pois, o tempo messiânico do hebraísmo “no qual cada segundo era a pequena porta pela qual podia entrar o messias” (AGAMBEN, 2008, p. 125).

Assim, a crise que hoje se alastra a todos os âmbitos e momentos deixa de remeter ao último dia e ao fim dos tempos. “Por conseguinte, acaba a faculdade de decidir de uma vez por todas, e a decisão incessante não decide propriamente nada. Em outras palavras, como aconteceu com

Pilatos, de repente se inverte em catástrofe” (AGAMBEN, 2014c, p. 76). O tempo histórico se prolonga como um permanente indecível que, ao mesmo tempo, é uma permanente crise em que se deve decidir sobre tudo. Eis o modo normal de funcionamento do capitalismo atual. A sua crise é, assim, não o seu fim, mas a sua permanência. Assim como, no plano político, a exceção é a regra, no plano econômico a regra é a crise.

Assim como o estado de exceção requer que haja porções sempre mais numerosas de residentes desprovidos de direitos políticos e que, no limite, todos os cidadãos sejam reduzidos a vida nua, do mesmo modo a crise, tornada permanente exige não apenas que os povos do Terceiro Mundo sejam sempre mais pobres, mas também que um percentual crescente de cidadãos das sociedades industriais sejam marginalizados e sem trabalho. E não há Estado dito democrático que não esteja atualmente comprometido até o pescoço com essa fabricação maciça de miséria humana (AGAMBEN, 2015a, p. 120).

Agamben adverte que a posição da crise do capitalismo ocupa, ironicamente, o papel da revolução permanente e da revolução ininterrupta maoísta que se destina a assegurar um poder constituinte contínuo. Afinal, são as crises que permitem que a exceção esteja sempre à espreita.

Em *O mistério do mal*, Agamben interpreta a renúncia exemplar do papa Bento XVI e sua importância para pensar a situação política das democracias, na medida em que lança um olhar para a distinção entre dois princípios essenciais da nossa tradição política: a legalidade e a legitimidade. Partindo dessa questão, ele se propõe a pensar o significado do fim dos tempos numa perspectiva tanto teológica quanto política. Para Agamben, a crise da sociedade hoje é tão profunda porque não é apenas a legalidade que está em questão, mas também a legitimidade (AGAMBEN, 2013c). O filósofo italiano sustenta que

la ilegalidad está tan difundida y generalizada porque los poderes han perdido toda conciencia de su legitimidad . Por eso es inútil creer que puede afrontarse la crisis de nuestras sociedades a través de la acción – sin duda necesaria – del poder judicial. Una crisis que golpea la legitimidad no

puede resolverse exclusivamente en el plano del derecho. La hipertrofia del derecho, que pretende legislar sobre todo, antes bien conlleva, por medio de un exceso de legalidad formal, la pérdida de toda legitimidade sustancial (AGAMBEN, 2013c, p. 12-13).

Agamben não defende a ascendência da legitimidade ou da legalidade. Para ele, ambos devem se manter em harmonia para que a máquina governamental se operacionalize. Decisivo é que a contraposição entre *auctoritas* e *potestas* recebeu em nossa tradição o nome de direito natural e direito positivo. Que esses princípios permaneçam sem jamais coincidir é do que dependem a permanência das instituições. A compreensão dos princípios, manifestada por parte da teoria pós-positivista, como positivação do direito natural acaba demonstrando, assim, as suas limitações.

Certamente, a legitimação dos Estados-nação atravessa, em toda parte, e há muito tempo, uma crise, cujo sintoma mais evidente era precisamente a tentativa obsessiva de recuperar em legalidade, mediante uma proliferação normativa sem precedentes, aquilo que estava se perdendo em legitimidade (AGAMBEN, 2015a, p. 113).

Diante de uma tal crise de legitimidade, fica evidente o motivo pelo qual o processo de juridicização da vida caminha ao lado da economicização. A crise como presença incessante da escatologia, do juízo final secularizado, revela que o excesso de legalidade é vestígio da perda de legitimidade.

Ao eclipse da experiência messiânica do cumprimento da lei e do tempo, corresponde uma hipertrofia inaudita do direito, que pretende legislar sobre tudo, mas que trai, com um excesso de legalidade a perda de toda legitimidade verdadeira. Afirmo, aqui e agora, medindo as palavras: hoje, sobre a terra, não há mais nenhum poder legítimo, e os próprios poderosos do mundo são todos reis de ilegitimidade. A juridicização e a economicização integral das vidas humanas [...] marca não apenas a crise dos direitos e dos Estados, mas também e sobretudo a da Igreja (AGAMBEN, 2015).

Para Agamben, não há mais nenhum poder legítimo e fonte de legitimidade, hoje, é a emergência e um poder que dela depende não pode deixar de produzi-la. O estado de exceção desejado decorre da legitimidade emanada pela emergência. Não se trata, portanto, da mera ausência ou não-aplicação do direito, mas do abandono da lei ao soberano que pode decidir pela sua aplicação ou não aplicação.

*il potere non ha oggi altra forma di legittimazione che l'emergenza e dovunque e continuamente si richiama ad essa e, insieme, lavara segretamente a produrla (come non pensare che un sistema che può ormai funzionare solo sulla base di un' emergenza non sia anche inressato a mantenerla a qualunque prezzo?) (AGAMBEN, 2014b, p. 266).*

A crise a que estamos lançados hoje se mostra tão profunda porque põe em questão não apenas a legalidade das instituições, mas mesmo a sua legitimidade. A juridicização da vida é reflexo da perda total de legitimidade que presente ser sanada pelo influxo do direito sobre todos os espaços sociais.

### **3.2.3. Juridicização da vida**

Ao contrário da compreensão comum de que o advento do princípio da dignidade da pessoa humana como norte e fundamento de todo ordenamento jurídico teria posto fim à economicização em favor de um maior humanismo, a tese que defendemos é que os processos de juridicização e economicização são confluentes e simultâneos.

Antes de prosseguir, é importante esclarecer os termos da juridicização a qual já me referi sem, contudo, ter dado uma atenção especial e sem maior esforço de definição. A judicialização das relações sociais é uma face da juridicização, mas esta não se exaure naquela.

A judicialização destaca a invasão da atuação judicial para além de suas funções típicas, levando o Poder Judiciário a assumir papéis outrora atribuíveis somente ao Legislativo ou Executivo, como a execução de políticas públicas e a definição de critérios para o exercício de uma lei. A juridicização compreende esse movimento, mas vai além dele, de modo que é a invasão da própria vida pelo direito que se trata.

Isso aponta no sentido de que, partindo da radicalidade da perspectiva agambeniana, a crítica à judicialização não se pauta em uma

visão, senão conservadora, ao menos idealizada do princípio da separação de poderes. Decerto que o referido princípio seja um parâmetro inescusável para o tratamento das questões que envolvem a proeminência judicial no pós-positivismo. Contudo, o processo de juridicização é mais amplo e, muito embora a judicialização o revista de tons mais particulares, esses dois movimentos não são inteiramente coincidentes.

Se é possível falar em um pressuposto antropológico em Agamben, este seria a natureza linguística do homem. A juridicização e economicização da vida aproximam-se, pois, na medida em que expropriam os homens da política. Toda juridicização é, necessariamente, antipolítica, pois “a demanda da justiça vem do desamparo da política” (RICOEUR, 1999, p. 15).

A juridicização é, por si, um problema para Agamben, de modo que outras teorias do direito, como o próprio positivismo, poderiam ser objeto da crítica agambeniana. A presente pesquisa se destina a analisar a maneira que o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo incorporam esses processos de juridicização e de economicização. A percepção de que vivemos em um estado de exceção tornado a regra é desenvolvida a partir de um *como*, isto é, qual a forma que a exceção assume na realidade brasileira? A juridicização e a economicização da vida são tomadas como aparato da crítica ao pós-positivismo no Brasil.

Não se tem, portanto, uma politização da justiça, mas a juridicização da política. A ideia de uma politização da justiça é refutada em quatro aspectos. Primeiro, porque a própria linguagem técnica dos tribunais é uma negação das possibilidades linguísticas que envolvem a política. A linguagem técnica é incompatível com a linguagem política que congrega ontologia, política e arte e que faz da língua morada do Comum. Aliás, o debate político encontra-se invadido e também legitimado pela linguagem jurídica: processo, direito, defesa, contraditório, etc.

Em segundo lugar, o Judiciário absorve mais a dimensão subjetiva e, portanto, privada do direito, do que a pública. A privatização do direito, que coloca os seus titulares em uma condição de reconhecer o “seu direito”, não intercede pelo que é comum (um uso), mas pelo que é “meu” (propriedade). Aqui não há espaço para a potência e para a ética, mas para a decisão.

Em terceiro lugar, o sentido de política que ao Judiciário pode-se atribuir é o de político como poder político, e como possibilidade de definição do amigo e do inimigo, no qual está em proeminência a coercitividade do Estado. O recurso a um terceiro (Judiciário) repousa no reconhecimento da força a que ele pode recorrer em caso de



descumprimento. É o recurso, em última instância, à força que está na base da demanda judicial. Daí a fundamental vedação à autotutela como expressão do monopólio legítimo da violência pertencente ao Estado.

Um quarto aspecto faz referência à estrutura gerencial do Judiciário, no qual persiste mais um sentido de administração que de politização. Isso reforça a leitura de um agigantamento da postura gerencial que o poder assume atualmente. A EC 19/98 como consolidação do eficientismo-economicista neoliberal<sup>158</sup>, fazendo coincidir efetividade com eficiência e legitimando a erosão do ordenamento e da estrutura do Estado (MARCELLINO JUNIOR, 2007) é um atestado disso. A visão do jurisdicionado como cliente é abertamente tratada pelo eficientismo.

A normatização e invasão da vida pelo direito aprofunda a biopolítica e não permite o desenvolvimento de outras formas de vida. A vida é apropriada pelo jurídico de modo a não restar mais espaços para o político e para a potência. A confluência da economicização e da juridicização da vida parte do reconhecimento de que a política hoje se delinea como uma economia política. A centralidade que os temas da “crise” – com conotação predominantemente econômica – ocupam na atualidade dão claras mostras desse fato. O que está presente aqui é o “estado de exceção que se caracteriza pelo excesso de normatividade e controle sobre a vida” (ASSMANN; BAZZANELA, 2013, p. 51).

Em resumo, a juridicização não é o mesmo que a judicialização. A judicialização da política diz respeito à usurpação da função legislativa pelo Judiciário. Por sua vez, a juridicização diz respeito à interferência do direito como um todo sobre todos os aspectos da vida. É como se a sociedade atribuísse a uma figura externa, o direito, o papel de definir todas as dimensões do social. Essa hipertrofia do direito demonstra a crise de legitimidade que envolve os poderes na atualidade e que é combatida pelo acréscimo de legalidade. Essa forma de legalidade, porém, apenas se destina a permitir um acesso virtualmente ilimitado do poder sobre a vida dos cidadãos. A reformulação da legalidade, por meio de princípios como

---

<sup>158</sup> Segundo Marcellino Júnior, a confusão entre os significantes eficiência e efetividade conduz a naturalização da falácia desenvolvimentista, na qual se imagina estar postulando um Estado que garanta direitos, sobretudo os sociais, sendo que o que ele pretende é exatamente o seu oposto, um Estado mínimo. Sempre se pensou “com a expressão ‘eficiência’, estar falando em efetividade estatal, no sentido de efetividade social, de melhora da qualidade e ampliação dos serviços públicos, de garantia e implementação de direitos fundamentais. E o propósito da ideologia individualista que sustenta o paradigma da ação eficiente é exatamente o contrário: é nos legar um Estado mínimo, sonegador de direitos e garantias” (MARCELLINO JÚNIOR, 2007, p. 145).

“dignidade da pessoa humana”, “liberdade”, “igualdade”, “solidariedade”, etc. reforçam a invasão do direito.

A atuação Judicial que muitas vezes excede a “legalidade formal” com o intuito de se preservar alguma forma de legitimidade, não pode olvidar que o predomínio da legitimidade como princípio hierarquicamente superior, colocando a legalidade como seu mero epifenômeno é o que respalda o pensamento reacionário. De outro lado, o princípio legitimador restrito ao momento do voto, reduzindo a legitimidade à legalidade, é também problemático (AGAMBEN, 2013). A coincidência entre legitimidade e legalidade apenas aprofunda a biopolítica de controle dos corpos e tende a fazer com que a máquina jurídico-política torne-se letal.

O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última análise, 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*. Enquanto os dois elementos ficarem vinculados, mas conceitual, temporal e pessoalmente distintos [...] a dialética entre os mesmos pode de algum modo funcionar. Mas quando eles tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção, em que eles se indeterminam, se torna a regra, então o sistema jurídico político se transforma numa máquina mortal (AGAMBEN, 2013c, p. 335).

Nesse aspecto, a “exigência de uma dimensão mais ampla do princípio da legalidade” (DUARTE, 2010, p. 58) apresentada pelo neoconstitucionalismo mostra que os governantes de hoje não sabem, ou não querem, distinguir legalidade e legitimidade. Tentam, portanto, resolver o problema da falta de legitimidade por meio da juridicização da vida.

### 3.3. CRÍTICAS AO PÓS-POSITIVISMO E AO NEOCONSTITUCIONALISMO

O direito, representado pelos tribunais, regenerará a República? Cercados de holofotes, os tribunais são colocados como salvadores da pátria “em perigo”, seriam eles capazes de responder às

expectativas neles depositadas? (KOERNER; SCHILLING, 2015, p. 76).

O direito dos juristas que se afirma no Brasil como um movimento pretensamente original, que se vislumbra com o “neo” ou o “pós”, parece mais “reinventar a roda”, já que reproduz ora um voluntarismo, ora um antilegalismo que possuem larga tradição no meio jurídico.

Nessa linha, algumas críticas mais básicas devem ser feitas à corrente justicista do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo antes do apontamento dos espaços de exceção que ela reafirma. Em primeiro lugar, a questão da supremacia da Constituição e da força normativa da Constituição, como uma novidade do neoconstitucionalismo, deve ser questionada.

O pós-positivismo atribui a si, indevidamente, o mérito de atribuir força normativa à Constituição. O entendimento de que a Constituição seria outrora compreendida como documento político não tem pertinência, já que as

Constituições escritas-instrumentais que proliferaram na Europa e na América Latina desde o início do século XIX, seguindo o exemplo dos EUA e da França, foram sempre e necessariamente vistas como superiores à legislação ordinária. Sem caráter jurídico-normativo vinculante e sem superioridade em relação às demais fontes do direito, a Constituição perde seu sentido em qualquer momento histórico (DIMOULIS, 2011, p. 3).

Dimoulis afirma que, mais que isso, não apenas por um equívoco, mas porque o neoconstitucionalismo, não faz jus ao “neo”. Não é novo e os fenômeno que reivindica para si, não tem nenhuma novidade (DIMOULIS, 2011).

Barroso argumenta, porém, que se antes o que havia era no máximo uma normatividade formal, agora, com a normatividade dos princípios, as cláusulas gerais, a ponderação e a abertura valorativa da Constituição, o que se tem é uma supremacia constitucional de caráter material (BARROSO, 2001). O que significa que essa normatividade material é também questionável se se define pela possibilidade de controle de constitucionalidade, ao que Virgílio Afonso da Silva rebate

a supremacia de uma constituição não tem nenhuma relação lógica necessária com a possibilidade ou impossibilidade de que juízes possam controlar a constitucionalidade das leis. Nesse sentido, o fato de os juízes franceses não poderem controlar a constitucionalidade das leis não torna a constituição francesa menos suprema do que outras constituições do mundo e não faz com que ela sirva menos do que essas outras constituições ao propósito do controle do poder político (SILVA, 2009, p. 202).

Além disso, o controle jurisdicional das leis é apenas uma das formas de controle e a opção pelo Judiciário em detrimento de outros poderes e instituições tem caráter político e não lógico (SILVA, 2009).

No Brasil, por exemplo, o controle de constitucionalidade, que se assenta no princípio da supremacia constitucional existe desde a promulgação da Constituição de 1891 e teve Rui Barbosa como um de seus principais defensores<sup>159</sup>.

Rui Barbosa defendia que a “declaração constitucional de um direito importa a proibição de violá-lo, proibição imperativa até para o poder legislativo, quanto mais para o executivo” (BARBOSA, 1893, p. 228). Mais adiante ele ainda afirma:

Neste systema é a soberania constitucional [...] que define e protege os direitos individuaes, assim contra todas as forças extta-governativas, como contra as invasões arbitrarías do proprio governo.

---

<sup>159</sup> Em livro escrito em 1893, sob a vigência da Constituição de 1891, Rui Barbosa cita um trecho de Marshall. “Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escriptas, sempre o fizeram com o intuito de asentar a lei fundamental e suprema da nação: e, conseguintemente, a theoria de taes governos deve ser que qualquer acto da legislatura, offensivo da Constituição, é nullo. Esta doutrina está esencialmente ligada ás constituições escriptas, e, portanto, deve-se observar como um dos principios fundamentaes de nossa sociedade’.

Esta demonstração, bem se vê, não asenta em considerações peculiares á nação americana. Baseia-se não tanto nos textos como na índole de seu regimen constitucional, que a Constituição brasileira reproduz, e que se applica, em geral, a todas as constituições escriptas com separação limitativa dos poderes.[...]

‘A Constituição é a ultima base, onde se ha-de apoiar a validade de todos os actos do governo nacional. Quaesquer actos de funcconarios federaes, que a Constituição não auctorize, são legalmente nenhuns’”(BARBOSA, 1893, p. 448).

A soberania constitucional investe os tribunais da União no poder de interpretar as cláusulas da Constituição concernentes aos direitos e imunidades individuais, abrindo-as contra o arbítrio da legislatura, ou do executivo (BARBOSA, 1893, p. 231).

Segundo Marcelo Neves, também não faltou durante a Primeira República argumentos de princípios (NEVES, 2013). Decerto não havia desde então a compreensão do princípio da supremacia constitucional como é hoje compreendido e formulado, mas não é também correto afirmar que a Constituição era despida de força normativa.

### **3.3.1. O sincretismo**

A investigação da influência de culturas jurídicas, institutos ou teorias não pode se ater a uma investigação unilateral. Para tanto, é importante pensar sobre o todo. A pergunta deve ser: será que as citações de autores estrangeiros têm o propósito de mero transplante, ou mero gesto de adesão com o intuito de fazer parte de uma certa escola? Importa verificar a maneira específica da relação e da introdução de conceitos jurídicos estrangeiros. É necessário repensar a recepção das teorias pelos juristas, já que há aqui uma ampla ressignificação.

O fato de se tratar de um modismo acadêmico não é, em si, um problema da teoria. A crítica a uma corrente teórica pela sua mera designação de “modismo” só aponta uma postura conservadora que não corresponde ao sentido da crítica. Se o problema da reprodução em série de modelos – em sua maior parte estrangeiros – discursivos é o seu uso acrítico, descontextualizado e que pouco ou nada acresce à pesquisa jurídica, não se pode cair no mesmo erro de descartar uma teoria em função de seu rótulo e não apontar os problemas substanciais que a acomete. Por essa mesma razão, a crítica ao sincretismo não pode se exaurir no controle do uso das teorias estrangeiras como um patrulhamento do uso correto dos termos.

Os conceitos e terminologias variam, mas o mais relevante não é a escolha de um ou de outro modelo, mas sim a questão de saber se, na respectiva ordem constitucional, na relação recíproca entre doutrina e prática constitucional desenvolve-se um modelo juridicamente

consistente e socialmente adequado (NEVES, 2013. p. 188).

A questão do reconhecido sincretismo metodológico no pós-positivismo envolve algumas ponderações. Em primeiro lugar, poderia indicar a problemática do termo “pós-positivista”, na medida em que conduz a alguns equívocos tais como a suposição de se teria superado cronologicamente ou teoricamente o positivismo jurídico<sup>160</sup>. Do ponto de vista temporal, depois de Dworkin, por exemplo, assiste-se a uma efervescência do positivismo jurídico com um amplo debate a partir de autores como Joseph Raz, Andrei Marmor, Jules Coleman, Scott T. Shapiro, Will Waluchow, Neil MacCormick, Tom Campbell, entre outros, reformulando vários aspectos do positivismo jurídico. Além disso, os movimentos antilegalistas vêm de longa data e não podem ser considerados uma peculiaridade do movimento pós-positivista. Além do mais, no aspecto teórico, é importante questionar algo como uma superação de fato.

Noutro sentido, o termo indica uma espécie de filiação às teorias pós-positivistas estrangeiras. Se o que ocorre no Brasil é um reconhecido sincretismo metodológico, o termo poderia levar a justificados enganos. Mas como não é nosso propósito contender sobre o termo empregado, outra consideração a ser feita é a seguinte: se se reconhece a especificidade que a corrente pós-positivista assume no cenário nacional, se o sincretismo é “inevitável e desejável” (BARROSO, 2007), deve-se, por consequência, reconhecer que os objetivos e efeitos que eles assumem no Brasil não podem ser os mesmos que esses autores estrangeiros postulam em seus países de origem. Como o próprio Barroso afirma, não se deve pretender viver a vida dos outros.

Desse modo, é um equívoco conceber a teoria pós-positivista como forma de controle do poder só porque essa era a pretensão de Dworkin<sup>161</sup>,

---

<sup>160</sup> Não se pretende aqui elaborar uma crítica ao pós-positivismo em função dos seus equívocos em relação ao positivismo. Algumas ressalvas serão feitas no decorrer do trabalho, sem, contudo, qualquer pretensão de dar centralidade a esse enfoque. Para essa discussão sobre os problemas da crítica pós-positivista e neoconstitucionalista ao positivismo vide DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v2).

<sup>161</sup> Como conciliar a percepção de que a “Constituição, aqui, não é moldura e garantia, mas constitui um a espécie de ponte entre o discurso jurídico e o discurso, moral, motivo pelo qual a sua interpretação e aplicação não podem

por exemplo. Se no contexto anglo-americano os princípios detêm um papel de limitação do poder discricionário dos juízes e se esses princípios são formados a partir da compreensão dos membros de uma comunidade moral, o mínimo que se deve ter em perspectiva é que num contexto tão distinto do anglo-americano, como o brasileiro, os princípios podem assumir outro papel.

O sincretismo metodológico apresenta novamente os seus problemas nesse ponto. Além da possibilidade da formação de uma elite autorizada a dizer o direito e interpretar os valores morais ideais desse tão aclamado constitucionalismo<sup>162</sup> ele ainda desconsidera o caráter opinativo da jurisprudência nacional. Isso se deve ao fato de que muitas dessas discussões vieram de contextos de estabilização democrática e foram trazidos para espaços de pretensa transição democrática, como a brasileira.

Assim é que, para Rodriguez, grande parte das teorias da argumentação não apresentam qualquer utilidade para a jurisprudência brasileira. O perfil da (ir)racionalidade jurídica brasileira é suficientemente forte para incorporar autores como Dworkin, Alexy e Habermas sem realmente se afetar por suas teorias (RODRIGUEZ, 2013).

Compreendemos, assim, que não se trata de filiação a uma escola, uma vez que essa “escola” já deveria estar consolidada, o que não ocorre. Existe, em verdade, uma seleção aleatória de autores estrangeiros. Segundo Maia, “como não poderia deixar de acontecer em nações periféricas, a reflexão teórica aqui desenrolada está sobredeterminada pelos influxos especulativos das culturas jurídicas mais maduras” (MAIA, 2012, p. 40). Desse modo, é possível falar que se trata muito mais de um propósito de legitimação, já que os autores invocados são os mais plurais possível, como Müller, Alexy, Dworkin, Heidegger, etc.

Isso apenas revela que o uso desses autores estrangeiros atua na legitimação da performance discursiva do sujeito, já que se tratam de fontes de prestígio científico. “A recepção parcial e interessada de autores com prestígio internacional é um fenômeno frequente. Muitas obras são ‘transmutadas’, adaptando seu sentido e finalidade a condições e necessidades locais” (DIMOULIS, 2006, p. 97). Importa, porém, ter em

---

prescindir de valoração ética” (POZZOLO, 2010, p. 98), com a visão de Dworkin que concebe os direitos como trunfos do indivíduo contra as arbitrariedades da maioria?

<sup>162</sup> Essa competência de dizer o direito e de afirmar a sua interpretação oficial justa e legítima é o que Frederico Almeida, a partir de Bourdieu, chama de um capital simbólico específico: o capital jurídico (ALMEIDA, 2010).

conta quais necessidades locais demandam teorias que reforçam atitudes decisionistas.

### 3.3.2. O moralismo

A história do pensamento jurídico é a história da disputa sobre quem diz o direito. A quem é dada a palavra de dizer o que é o direito, seja ele atribuído a uma ordem objetiva das coisas – nesse caso importa saber a quem é dado “ler” a realidade do direito –, seja ele concebido como uma dimensão subjetiva. No caso do pós-positivismo, se trata de definir a quem é dado reconhecer o que é a justiça e a moral.

Os juízes são colocados como detentores de uma superioridade moral que ainda se encontra despida de outros controles. Isso porque, o direito acaba não fazendo diferença prática<sup>163</sup>, de forma que a Constituição não se coloca para fechar, mas para abrir o sistema jurídico remetendo os direitos a um plano moral. Tem-se, assim, uma fragilização desses direitos que se pretende resguardar.

não havendo atualmente nenhum acordo sobre o conjunto determinado de normas morais, a operação que transfere para esse plano os direitos, retirando-os da esfera jurídica, cria a ilusão de sua segurança, ocultando a sua intrínseca fragilidade (POZZOLO, p. 102).

A intensa discricionariedade judicial possibilitada pela indeterminação principiológica está sempre recoberta pelo argumento moral. Ao erguer o espantelho do formalismo de um lado e se vestir de um argumento moral de outro, o pós-positivismo e a teoria dos princípios desarmam qualquer oponente e crítica. É como se se demarcasse as posições entre bem e mal.

As teorias neoconstitucionalistas afirmam o recurso a moralidade no âmbito de um registro mais amplo das críticas ao formalismo. Rodriguez afirma que “ao longo de mais de 100 anos, a crítica ao formalismo tem se confundido com a história das ideias jurídicas no ocidente” (RODRIGUEZ, 2010, p. 113). Aliás, tornou-se “o insulto favorito daqueles que pretendem apresentar novidades no campo jurídico

---

<sup>163</sup> A tese da diferença prática para os positivistas diz respeito à possibilidade das normas jurídicas constituírem o motivo ou fundamento da ação prática do sujeito (COELHO, 2016).



que funciona como um aríete, capaz de destruir qualquer obstáculo e abrir caminhos para qualquer argumento” (RODRIGUEZ, 2010, p. 114).

É sempre o “bom juiz” ou o “bom direito” que está implícito no pós-positivismo. Essa pressuposição, no entanto, é um contrassenso no plano jurídico, na medida em que as normas jurídicas ou o estado civil se amparam em um pressuposto antropológico que coloca o direito como limitador na natureza e/ou atuação social dos homens.

O reconhecimento da pluralidade de fato de posições morais não conduz necessariamente ao relativismo moral. Veja-se, por exemplo, a dificuldade em se formular consensos morais básicos como em relação à preservação da vida, que em larga medida é controversa em função de temas como aborto, linchamentos, execuções policiais, etc.

Ademais, independentemente da posição metaética que se adote, para o direito (mesmo na perspectiva pós-positivista) o que importa são as argumentações e fundamentações das decisões, nas quais a relação entre o direito e a moral é apresentada como subsídio para o controle democrático. A questão é que esse controle não é possível de ser feito, pois não há quem guarde os guardiões. Isto é, ainda que se aceite a tese cognitivista e universalista da moral, não há critério de controle do referencial moral.

O argumento da necessidade de uma justificação moral é rebatido por Comanducci, para quem a justificação moral sempre apontará para uma moral subjetiva. Comanducci destaca uma consequência perigosa: “la disminución del grado de certeza del Derecho derivada de la técnica de «ponderación» de los principios constitucionales y de la interpretación «moral» de la Constitución” (COMANDUCCI, 2003, p. 91).

Esse problema poderia ser enfrentado pela instituição de uma moral objetiva. Mas do ponto de vista prático

De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, em nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de Derecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aun el más débil, que queramos

atribuirle a esta palabra) (COMANDUCCI, 2003, p. 92).

Os princípios, nesse registro, favorecem e ampliam a indeterminação do direito. Por três razões: a) as normas jurídicas que se afirmam como princípios são vagas; b) como resultado, pela ausência de uma moral objetiva, aumenta a discricionariedade judicial; c) acresce à indeterminação dos princípios a técnica que a ela corresponde, a ponderação, a qual não se baseia em uma disposição hierárquica e estável dos princípios. “La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral” (COMANDUCCI, 2003, p. 94).

A questão posta por Comanducci é acerca da natureza do que se designa por “moral”. Para isso, ele traz quatro possibilidades. Duas de cunho objetivo e duas de natureza subjetiva:

Veo al menos cuatro soluciones posibles:

- 1) Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a «hechos» morales).
- 2) Que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional).
- 3) Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida.
- 4) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada (COMANDUCCI, 2003, p. 94).

Segundo o autor, a primeira solução teria problemas ontológicos e epistemológicos sérios e, na verdade, acabaria conduzindo à terceira solução. Assim também, diante da diversidade de regimes morais, a segunda posição também se confundiria com a escolha de uma moral subjetiva. A terceira solução, por seu turno, colocaria ao inteiro arbítrio do juiz a possibilidade de fundamentação das suas decisões, fazendo com que a “certeza del Derecho quedaria confiada solamente a la conciencia moral de cada juez” (COMANDUCCI, 2003, p. 95).

Para o autor, a quarta solução se defronta com a ausência de instrumentos adequados para que o juiz defina quais são as normas morais vigentes em um país. Assim, a depender da dificuldade desse empreendimento é possível que esta solução também venha a se identificar com a terceira (COMANDUCCI, 2003).

Comanducci pondera ser ainda mais difícil o fato de que, mesmo que superadas as barreiras epistemológicas: a) as normas morais não são homogêneas na sociedade; b) as normas morais compartilhadas já estejam incorporadas em regras e princípios jurídicos, ainda subsistiriam alguns problemas.

En el primer caso la cuarta solución es reducible a la tercera (el juez debe elegir la norma moral que prefiera). En el segundo caso – que parece hipotetizado con frecuencia por los neoconstitucionalistas – la justificación moral es coextensiva a la justificación jurídica, o se convierte en totalmente inútil (COMANDUCCI, 2003, p. 97).

Note-se, aliás, que a influência da viragem linguística que está no suporte da teoria pós-positivista do direito torna-a ainda mais problemática, pois além de abrir amplamente a margem para a interpretação, ainda subtrai um critério de verdade para a identificação do controle da interpretação.

Nesse ponto, a discricionariedade do positivismo kelseiano se mostra tão próximo do pós-positivismo quanto ele temia. Isso porque, o direito se destaca pelo recurso, em última instância, da força e, havendo uma decisão judicial transitada em julgado, ela possui o amparo da força coercitiva do Estado. A decisão moral sobre o direito pertence em última e definitiva instância, ao Judiciário. Como afirma, Susanna Pozzolo, “cria-se o risco de um assim chamado ‘governo dos juizes’ e, ao menos em parte, o perigo de um governo dos juristas, ainda que se dissolva o possível risco da ‘tirania da maioria’” (POZZOLO, 2010, p. 100).

### 3.3.3. A *reductio ad Hitlerum*

A apropriação moralista da fórmula de Radbruch<sup>164</sup> leva a uma

---

<sup>164</sup> A fórmula de Radbruch, como é conhecida na literatura jurídica, trata-se da tese do não direito, na qual Radbruch defende que o direito injusto não pode ser considerado direito. Ele considera a moral um critério de validade do direito. Nesse sentido, Radbruch pondera que o positivismo haveria desarmado os juristas alemães frente a leis de conteúdo arbitrário e delitivo e, portanto, mais que o valor de segurança jurídica, é o valor da justiça que deveria ser o fundamental (RADBRUCH, 1962, p. 35). Vide. RADBRUCH, Gustav. *Arbitradriedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

associação do positivismo normativista com a possibilidade do direito nazificado. O sucesso e a popularidade do pós-positivismo são indícios dessas confusões<sup>165</sup>. As teorias pós-positivistas se propõem a sanar os problemas gerados pelas teorias que são comumente responsabilizadas por dar apoio aos regimes totalitários. A visão comum que é atribuída ao normativismo kelseniano pelos seus críticos no Brasil se aproxima notavelmente da interpretação schmittiana sobre Kelsen e das bases do legalismo do século XIX que teve como expoente a escola da exegese. Uma crítica dependente de um tal esforço caricatural não deixa de ser contraproducente.

A expressão *reductio ad Hitlerum* é uma irônica referência à *reductio ad absurdum*, uma forma de argumentação que consiste em atacar uma posição mostrando que ela conduz a resultados absurdos. O movimento antilegalista no qual se insere o argumento é resquício de um momento histórico que não encontra mais espaço na atualidade<sup>166</sup>. Para Hespanha, os riscos a que se submetem hoje a democracia são outros: a) que existe um direito “natural”, “racional” ou “certo” e b) a tendência aristocrática de que os juristas são os que podem dizer o que é o direito certo (HESPANHA, 2012).

O argumento segundo o qual “o positivismo pode levar à justificação da ditadura, da discriminação, do autoritarismo e de tantos outros males porque basta um preceito estar incluído na norma para ser justo” (NASCIMENTO, 2004, p. 428) é tão problemático que é possível ser, inclusive, invertido. Para Dimitri Dimoulis, a visão nazista “do direito não se relaciona com a perspectiva juspositivista. Decorre de um pensamento moderno que exalta o papel dos julgadores e reivindica a flexibilização das normas vigentes em prol de valores e princípios” (DIMOULIS, 2006, p. 262). Aliás, a sua pretensão era instituir um “Estado de justiça” em detrimento do modelo do Estado de direito (DIMOULIS, 2006).

Durante a República de Weimar, os autores da social democracia enfrentavam a preocupação do deslocamento das funções do Legislativo para o Judiciário, que “passa a se ver como uma autoridade decisória autônoma, contrastando com a democracia parlamentar, tendendo a

---

<sup>165</sup> Nesse sentido: BARROSO, 2007. p. 4, ALVES JUNIOR, 2002, p. 5, BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. 2008, p. 336-337; FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 111, NASCIMENTO, 2004, p. 428.

<sup>166</sup> Hespanha desenvolve os equívocos do movimento antilegalista no tópico 7.5.7. O antilegalismo em HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

considerar o direito positivo como obstáculo a sua atividade” (BERCOVICI, 2008, p. 303), o Judiciário recorria, assim, a teorias hermenêuticas e interpretativas que lhe davam amparo e permitiam o controle de constitucionalidade, questão que se destinava a impedir a transformação do Estado de direito liberal em Estado social (BERCOVICI, 2008).

Isso porque, no período do nazismo, o Judiciário deveria conferir não penas unidade ao povo, mas dar uma consciência saudável a um povo doente. A função de um heroísmo messiânico conferida aos juizes na atualidade é muito próxima dessa visão.

quando o juiz é investido – de acordo com as “Cartas aos Juizes” (*Richterbriefe*) distribuídas pelo Ministério da Justiça a partir de 1942 – na condição de “protetor dos valores de um povo [...] e aniquilador dos falsos valores”, o povo torna-se “unidade”, “verdadeiro” povo, objeto da representação e produto da atividade decisória judicial. O antipositivismo e o antiformalismo primários da doutrina nazista corresponderam à lógica de tais descrições funcionais (MAUS, 2000, p. 197).

Bernd Rüthers relata o desenvolvimento da “renovação populista do direito” que partiu inclusive da destruição da crença no direito formal e que gozou de largo apoio dos juristas nas universidades a ponto de Hitler afirmar que “¡Nada me da mayor fe en el triunfo de nuestra idea que el éxito del nacional-socialismo em las universidades!” (HITLER *apud* RÜTHERS, s/d, p. 32).

Rüthers adverte que os juristas que escreveram a favor da “renovação jurídica racista” depois de 1933 o faziam voluntariamente e conscientes do que faziam. Do mesmo modo, os juizes que se desviavam deliberadamente do direito vigente para defender novas fontes e ideias jurídicas como “*la voluntad del Führer, el programa del partido o ‘el sano sentido del pueblo’ [...] como ‘derecho superior válido’*” (RÜTHERS, s/d, p. 62) não são escusáveis, pois a jurisprudência preferiu submeter-se a ideologia dominante ao invés de obedecer a lei válida (RÜTHERS, s/d)

A conversão ou perversão da *práxis* jurídica contou com o esmero teórico dos juristas entusiastas da “renovação” em favor de uma “interpretação sem limites”. Rüthers afirma que

Los instrumentos de la conversión jurídica fueron suministrados a la praxis de la justicia por las universidades, primeiramente em la forma primitiva de reglas de sentido común, posteriormente em pulidas consrtrucciones conceptuales y estrategias de interpretación (RÜTHERS, s/d, p. 62).

Marcelo Neves ainda destaca que durante o nacional-socialismo, os juristas que permaneceram em seus postos foram aqueles que defendiam a importância dos princípios organizados em torno de valores e teleologias, próprios da tradição hegeliana. Enquanto isso, autores considerados formalistas, partidários do positivismo democrático, como foi o caso de Kelsen, foram banidos.

Evidentemente para o “Führer”, um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso. Uma teoria de princípios referentes ao desenvolvimento do povo alemão na “história universal” como “realização do espírito geral” ou “aprofundamento do espírito do mundo em si” apresentava-se muito mais adequada aos “fins” do nazismo (NEVES, 2013, p. 173).

Segundo Ingeborg Maus, um dos acontecimentos mais relevantes do pós-guerra foi o fato de que grupos “profissionais cuja consciência individual fora – de modo especialmente bem-sucedido – reprimida durante o regime nazista lograram fortalecer sua posição central de instância de consciência da sociedade” (MAUS, 2000, p.198).

Além disso, o pós-guerra continuou contando com a independência judicial, na medida em que nem os juízes saíram de seus cargos e nem a simples continuidade dos métodos jurídicos após a guerra era inevitável. Isso podia ser identificado pelo ditado “A lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes”. Para a autora, a manutenção em seus cargos dos professores nas faculdades de direito assim como na burocracia judicial reforçou esse procedimento

Aos que lá lecionavam, como também à burocracia judicial, restou o poder de reelaborar o próprio passado, de tal forma que lhes foi possível invocar a mesma doutrina jurídico-positivista de interpretação do direito, combatida por eles de 1933 a 1945 em seu potencial supostamente

destruidor da governabilidade, contrapondo-a depois de 1945 à submissão da Justiça no regime nacional-socialista se mais fácil justificar o domínio da doutrina antiformalista com o “recomeço do Estado de direito” (MAUS, 2000, p. 198).

Para não se ater ao caso alemão, Marcelo Neves mostra que no período do regime militar brasileiro não predominou uma teoria formalista. Miguel Reale, como um dos mais influentes teóricos e filósofos e do direito nesse período, adotou um modelo axiológico próximo da tradição hegeliana em sua *Teoria tridimensional do direito* e se tornou um forte crítico do formalismo. Além disso, ele defendeu substantivamente o autoritarismo militar a partir do “realismo objetivo”.

É claro que qualquer modelo rigoroso de regras constitucionais seria inoportuno para um regime político de “exceção”, ou seja, um regime em que as exceções definidas *ad hoc* para a manutenção da eventual estrutura de dominação constituem a “regra”. O fato de que o autoritarismo distanciou-se de um modelo de regras torna-se mais patente na experiência latino americana em virtude da falta de consistência ideológica dos regimes, o que tornava imperiosa uma maleabilidade às pressões particularistas de grupos e pessoas, implicando a ruptura casuística das regras por eles mesmos imposta, ao sabor das conveniências políticas concretas (NEVES, 2013, p. 174).

O que deve ficar claro é que a corrente pós-positivista brasileira atribui comumente ao positivismo a abertura para uma aplicação nazificada do direito. A crítica agambeniana, porém, aponta para além dos problemas de uma teoria do direito (positivista ou pós-positivista), mas para a própria estrutura do direito, na medida em que o campo de concentração é tratado por Agamben como o paradigma biopolítico do Ocidente. Isso permite ter em conta que a questão nazista não diz algo sobre o positivismo, mas sobre a “estrutura jurídico-política originária” (AGAMBEN, 2010a, p. 26). Trata-se, enfim, de uma continuidade entre democracia e autoritarismo que vai muito além de uma corrente ou teoria do direito, mas que diz respeito à ubiquidade da exceção. Por essa razão, impende abordar os espaços de exceção tornados possíveis pela teoria neoconstitucionalista do direito no Brasil.

### 3.4 ESPAÇOS DE EXCEÇÃO: ESPAÇOS DE DECISÃO

O estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação. Introduce no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real. Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa (AGAMBEN, 2011a, p. 58).

O estado de exceção descortina uma duplicidade da ordem jurídica, uma de cunho normativo em sentido estrito e outra anômica (AGAMBEN, 2005). Se por um lado o jurídico norteia a face normativa do poder estatal, de outro, uma figura gerencial se apresenta agigantada no campo político do Ocidente. A questão identificada por Agamben é que esse aspecto extralegal não só esteve sempre presente na política como tem suplantado o Estado de Direito.

O Judiciário, sobretudo os tribunais superiores, têm feito subtrair determinados casos da incidência da lei ou mesmo da Constituição mediante o uso de aberrações como a mutação constitucional ou o cânone interpretativo da interpretação conforme a constituição – cuja fundamentação doutrinária muito se destoa da aplicação judicial (SILVA, 2006) – que se presta a obstar qualquer interpretação por parte dos órgãos estatais que conflite, não com a Constituição, mas com o entendimento do Tribunal do que seja ou deva ser a Constituição.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal não somente desempenha sua função de guardião da constituição de forma cada vez mais centralizada, como passa a ter a possibilidade quase que ilimitada de excluir qualquer "desobediência" interpretativa por parte de quase todos os órgãos estatais (SILVA, 2006, p. 205).

Opera-se, ainda, um trânsito epistêmico do que seja positivismo, o qual se impregnou de tal carga depreciativa que a observância do texto da lei é rotulada de positivismo, como se só houvesse um tipo de positivismo,



cuja perniciosa existência legitimasse as tão cruéis práticas legalizadas nos regimes totalitários do século XX. Assim, o decisionismo ganha legitimidade por que se proclama pós-positivista.

O positivismo jurídico no Brasil tem sofrido ataques das mais relevantes expressões teóricas do direito no âmbito de discursos que invocam para si ora a defesa de um direito social, ora a restauração da moral no direito, ora uma concepção processualista do direito. A esse respeito Lênio Streck indaga:

cumprir princípios significa descumprir a lei?  
Cumprir a lei significa descumprir princípios?  
Existem regras (leis ou dispositivos legais)  
desindexados de princípios? Cumprir a “letra da  
lei” é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser  
um positivista? (STRECK, 2010, p. 169).

O direito opera a arriscada tentativa de subsistência quando renuncia a si mesmo inserindo em si a sua própria ausência. É exigível que determinados sacrifícios sejam feitos em favor da Democracia, cujo ritual fora prescrito pelo poder constituinte. Contudo, o engodo do sacrifício se irradia por meio da abertura estabelecida pelo caráter estruturalmente indeterminado das disposições normativas. O teor político do conteúdo semântico de “necessidade”, “urgência”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, ou mesmo a sua atribuição a um referencial semântico fictício, por meio do qual a decisão da autoridade permanece velada, permite que se vislumbre “o esquema da exceção soberana, a lei aplica-se-lhe desaplicando-se” (AGAMBEN, 2010a, p. 57).

Sobreleva-se, pois, a situação de uma norma que vigora sem significar de onde decorre a questão sobre a (i)legitimidade da lei (AGAMBEN, 2010a). Esse “puro nada da revelação” (AGAMBEN, 2010a) cuida-se do nada jurídico instaurado pela inflação normativa que faz das propostas políticas indiscerníveis e da norma um nada sem sentido. O direito, então, passa a dar lugar a outros atos com força de lei.

Todas as sociedades e todas as culturas (não importa se democráticas ou totalitárias, conservadoras ou progressistas) entraram hoje em uma crise de legitimidade, em que a lei (significando com este termo o inteiro texto da tradição no seu aspecto regulador [...]) vigora como

puro “nada da Revelação” (AGAMBEN, 2010a, p. 57).

Essa simples vigência sem significado não carrega uma relação necessária com seu conteúdo (AGAMBEN, 2010a), trata-se da permanência do vazio sob a roupagem da lei, do estado de exceção travestido de Estado de direito. Relegar o fato a que se designou como excepcional ao vácuo normativo abre espaço para a decisão tão familiar ao soberano.

o direito deve “satisfazer, de forma utilitária, às necessidades sociais”. É por isso que o direito é visto essencialmente indeterminado, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última ratio (STRECK, 2010, p. 164).

Na realidade da política atual, a inflação de direitos produz um vazio jurídico sobre o qual qualquer decisão se torna possível. Não se vislumbra qualquer realidade fática que se furte à incidência do princípio da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade humana... A Constituição de 1988 inovou na garantia de diversos “novos” direitos, mas esses se encontram destituídos de efetivação. O que resta da lei nesse cenário? A pura vigência sem significado. A mera forma convive com o “fundamento místico” que paira sobre o ordenamento jurídico e é invocada para revestir de autoridade atos do poder constituído ou constituinte (AGAMBEN, 2011a).

Além da dissolução da divisão entre as funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), o estado de exceção expõe o alicerce místico da lei e do direito, na medida em que o direito existe em razão da força, pois é ele mesmo uma força autorizada. O problema que emerge a partir de então é o seguinte: a lei e o direito se sustentam sobre esse fundamento místico, mas essa força de lei é passível de ser estendida a outros atos que não sejam propriamente lei. Eis o que a justiça precisa,

mas não só a justiça.

No caso extremo, pois, a “força de lei” flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (AGAMBEN, 2011a, p. 61).

Assim, pode a lei deparar-se com um caso concreto definido pelo soberano como emergencial e diante desse caso despir-se de sua “força” para entregá-la a um ato que possa conter a emergência e restaurar a ordem dentro da qual as leis possam ser efetivamente aplicadas. Se o estado de emergência será realmente aplacado, se pode ou é conveniente que o seja, ou se a força de lei estará distante de toda lei é o problema do estado de exceção.

A forma de lei é a lei despida de seu conteúdo, a força de lei é o *imperium* fluante que confere aplicabilidade à lei ou a atos sem valor de lei e juntas, forma de lei e força de lei, fundam o grau zero de sentido da lei (AGAMBEN, 2011a). Uma lei vigente apenas como forma é insuperável e se confunde com a própria vida (AGAMBEN, 2010a).

Os direitos fundamentais, enquanto versão reflexa dos direitos humanos em âmbito nacional permitem a introdução da crítica Agambeniana. Os direitos fundamentais reafirmam a insuficiência do ser humano se não acompanhado de seu qualificador cidadão. O déficit de cidadania no Brasil agrava essa avaliação da medida em que há um histórico processo de integração desigual na cidadania. Marcelo Neves argumenta que se formam subintegrados, isto é, subcidadãos que incorporam a dimensão dos deveres no sistema jurídico e são sistematicamente subtraídos de seus direitos, ao mesmo tempo em que, em número muito menor, formam-se superintegrados, aqueles que usufruem apenas dos benefícios do sistema (NEVES, 1994).

O estado de exceção, nos moldes da teoria agambeniana, tem assumido diversas roupagens no cenário jurídico-político brasileiro. A pura vigência sem significado da lei instaura a flexibilização dos sistemas jurídicos, sobretudo, a partir de fenômenos exigidos pela globalização econômica, tais como a desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização em certos âmbitos, e, em outros, a judicialização da política e o deslocamento das instâncias decisórias para regiões

extraterritoriais de poder, cuja legitimação encontra amparo num discurso jurídico de salvaguarda do “direito social”.

Em última instância a disputa política representa a disputa sobre quem diz o direito. Na modernidade vai se formando a convergência entre a política e o poder político. O problema, como apresentado por Agamben, é que quando dois aspectos da máquina biopolítica chegam à coincidência o seu efeito é letal. Essa convergência entre lei e anomia, *auctoritas* e *potestas*, direito natural e direito positivo, no conceito moderno de soberania é a marca do desenvolvimento da ordem política moderna. O pós-positivismo se apresenta, portanto, como um discurso que reivindica o poder de dizer o direito ou dizer o que é justiça, a moral ou o bem. Eis a forma do sagrado, a figura da separação.

O que este tópico mostra é a progressiva compreensão da política menos como conteúdo e mais como forma, isto é, a associação entre política e direito configura uma relação de força, marcando a compreensão da política como poder político. Essa coincidência revela que, como destaca Agamben, a “política sofreu um eclipse duradouro por que foi contaminada pelo direito” (AGAMBEN, 2011a, p. 133).

### 3.4.1. Perpetuação do poder constituinte

A doutrina jurídica que embasa filosoficamente a Modernidade é o jusnaturalismo contratualista. O pacto social fundacional da sociedade política deu suporte teórico à consolidação do Estado Moderno. Essa ficção jurídica participou do movimento de supressão do pluralismo jurídico próprio do período medieval, atribuindo a uma única instância o papel de legitimamente afirmar o direito, inclusive pelo recurso à força.

A formação do Estado e a consumação de um poder político soberano – constituído no interesse seja da preservação da propriedade (Locke), seja da segurança (Hobbes), da liberdade (Kant) – parte de um mitologema jurídico fundamental: o contrato social. Agamben põe em questão esse referencial moderno mostrando que o poder político não se funda em uma vontade política, mas na vida nua.

Agamben constringe esse dentro e fora que marca a distinção entre natureza e direito expondo a exceção soberana como instância que evidencia a indiscernibilidade entre estado de natureza e a comunidade política. O estado de natureza não sucumbe à constituição do poder político, mas permanece em perene virtualidade. O soberano hobesiano, único portador desse estado de natureza, já mostra a presença fundamental e atual do que se pressupõe fora. A figura que opera essa indiscernibilidade é a soberania,

em Hobbes, o estado de natureza sobrevive na pessoa do soberano, que é o único a conservar o seu natural *ius* contra *omnes*. A soberania se apresenta, então, como um englobamento do estado de natureza na sociedade (AGAMBEN, 2010a, p. 42).

Nesse sentido, surge a dialética entre poder constituído e poder constituinte ou entre o poder que põe e o que conserva o direito. Essa indiferença entre natureza e cultura assinala a atual configuração da soberania. A impossibilidade de se traçar o limiar entre o dentro e o fora arrisca o poder a uma relação promíscua entre garantia e criação do direito.

A constante crise moral, política ou econômica que chega ao Judiciário demanda a sua constante releitura da Constituição, que dilui as fronteiras entre o dentro e o fora do direito. Uma jurisdição constitucional que confunde guardião e autor da Constituição, coloca o Judiciário num papel de poder constituinte permanente, que só se sustenta no âmbito de uma “sociedade órfã”, dependente de boas figuras paternas que lhe garantam a moral pública e a democracia social. O Estado de direito, aqui, desvela a presença constante do estado de natureza em seu interior.

A ampliação dos direitos políticos e sociais no pós-Segunda Guerra, não significou necessariamente mais democracia econômica e social, sobretudo em função da crise econômica a partir da década de 1970. Com a ampliação da função diretiva da Constituição e seu agigantamento sem atenção às possibilidades concretas de sua efetivação, perde espaço os partidos e o Poder Legislativo para que o espaço constitucional seja ocupado por “outro poder, que irá tomar a Constituição em suas mãos e se arrogará o monopólio da concretização constitucional: surge o momento dos tribunais” (BERCOVICI, 2008, p. 322), que se vê diante de normas constitucionais programáticas e principiológicas.

Em contexto semelhante, Crisafuli admitiu que a tentativa de ampliar o campo da juridicidade não significou a concretização das normas constitucionais, especialmente as sociais (BERCOVICI, 2008). No âmbito do neoconstitucionalismo, com uma visão idealizada do juiz ao lado de uma má expectativa em relação ao legislador, os juizes deixam de atuar na garantia de direitos, para legitimarem o sistema constitucional. Assim, de “guardião do poder constituinte, o tribunal constitucional se pretende seu substituto, usurpando o poder constituinte do povo” (BERVOVICI, 2008, p. 324). Para Gilberto Bercovici, a transformação dos tribunais constitucionais em atores hegemônicos deve passar pela

consideração da distância entre Constituição e política democrática.

Quanto mais a constituição se torna objeto de interpretação do tribunal, mais a política democrática e partidária abandona o terreno da constituição. A constituição se liberta do poder constituinte, mas a política também se desvinculada das finalidades constitucionalmente estabelecidas (BERCOVICI, 2008, p. 326).

A abertura dos princípios não deixa de fazer menção à possibilidade de um poder constituinte permanente, isto é, de uma construção permanente do direito. Afinal, como afirmam Fernandes e Bicalho, o

conteúdo dos direitos fundamentais é retirado, primeiramente pelo Constituinte, dos valores centrais para a sociedade; porém, é somente em um segundo momento, quando da ponderação dos princípios concorrentes no processo interpretativo, que são fixados o real conteúdo e a abrangência de seus termos (FIGUEIRA; BICALHO, 2011, p. 126).

A percepção da complexidade social favorece o descrédito em relação à regra, concebida como “fria”, limitada, incapaz de atender e acompanhar as transformações sociais. A grande possibilidade de desrespeito à regra nesse cenário exige um enfrentamento mais flexível em relação aos direitos e a ponderação judicial de princípios previstos no próprio ordenamento. Deste modo, o direito admite uma perene atualização, garantindo a sua permanência e autoridade. O juiz “atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente” (GARAPON, 1999, p. 41). O modo normal de governo é, pois, atribuído à jurisdição

A exceção toma-se regra, e o processo, de instrumento de solução de conflitos, se transforma no modo comum de gestão de setores inteiros, como a família ou a imigração. Antes concebida de maneira negativa e punitiva, a justiça toma-se positiva e construtiva. Outrora parecendo expressar um certo atraso nos costumes, a instituição judiciária traz doravante esperanças de mudança.

Considerada como instituída, vê-se agora como instituidora (GARANPON, 1999, p. 49).

A Constituição passa a ser vista como uma dimensão jurisprudencial, na qual a atuação da jurisdição constitucional age em substituição ao soberano, não apenas num trabalho com pretensão cognitiva em relação ao texto constitucional, mas colocando as normas como suporte para uma intervenção cada vez mais sem limites. Dizer a Constituição hoje é afirmar a fratura biopolítica originária, que recorre ao povo como fundamento do poder, para no momento imediatamente seguinte retirá-lo para que os juristas, sábios e guardiões da Constituição, da justiça e moralidade atuem pelo povo. Afinal, há sempre o povo (sujeito político) e o povo (populacho, massa), mostrando que não é contrato, mas vida nua que sustenta o poder político.

### **3.4.2. Direito de crise**

Nos registros do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, a crise pode ter dois sentidos. O primeiro diz respeito ao comum argumento da crise política do Legislativo ou mesmo do Executivo. O Judiciário aparece como o terceiro neutro, permitindo a “suspensão” do exercício rotineiro da função legislativa pelo Legislativo ou da execução de políticas públicas pelo Executivo. Um exercício, aliás, que pretende sanar uma desconjuntura que o próprio Judiciário ajuda a promover. O discurso que acompanha essa desconfiança no Legislativo, no limite, abarca a desconfiança em relação ao próprio povo, ao voto e à democracia.

Noutro sentido, a crise se apresenta como a impossibilidade do direito positivo atender às mudanças da sociedade. A inflação normativa, associada à abertura do direito pela normatividade dos princípios, sempre remonta a uma crise do direito. A incapacidade do direito de lidar com as transformações sociais é o argumento para uma legislação de circunstância e uma jurisprudência contingencial. O discurso da crise, de origem nem tão recente, que postula uma “revolta dos fatos contra os códigos”, instaura um direito em permanente construção a fim de incluir o que lhe escapa, isto é, a sua ausência, por meio de artifícios hermenêuticos ou argumentativos (D'AVILA OLIVEIRA, 2009).

No âmbito da normatividade dos princípios, é como se, estando a dignidade, a liberdade ou a igualdade, ameaçados, coubesse aos juristas retomar a normalidade por meio de sua decisão. A missão que os juristas outorgam a si de salvar a todo instante o direito nada mais é que a afirmação de um direito de crise ou de um sistema constitucional de

crises. A esses heróis, em cujas mãos julgam estar empunhando o direito, basta invocar o princípio da dignidade humana para que boa parte dos dilemas sociais sejam sanados<sup>167</sup>.

Os elementos “externos”, de natureza sociológica ou moral, aos quais recorrem as decisões judiciais são acobertados pelo manto da juridicidade pela via da normatividade dos princípios. A crise revela-se, pois, como termo a partir do qual se abre a força “política” da emergência e da necessidade. Nessa perspectiva, no Brasil, o artifício da crise assume um caráter econômico, moral ou social.

O contexto econômico no qual se situa o Brasil, como periferia do capitalismo global, mostra que

Nos Estados periféricos há o convívio do decisionismo de emergência para salvar os mercados com o funcionamento dos poderes constitucionais, bem como a subordinação do Estado ao mercado, com a adaptação do direito interno às necessidades do capital financeiro, exigindo cada vez mais flexibilidade para reduzir as possibilidades de interferência da soberania popular (BERCOVICI, 2006, p. 96).

O discurso legitimador ou sustentador do uso da decisão como

---

<sup>167</sup> Em coluna do CONJUR, Lênio Streck mostra algumas possibilidades decorrentes da superafetação da dignidade da pessoa humana: “dá-se três mães a uma criança e/ou dois ou três pais (fora os avós); estende-se licença-maternidade por três ou quatro meses porque a mãe teve trigêmeos; licença maternidade para homem que adotou gêmeos com licença dobrada; concede-se usucapião de terras públicas em nome da dignidade da pessoa humana (até a caça se proíbe com base nesse super-princípio), que, também serve para fundamentar sentenças cíveis em acidente de trânsito, reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de terceirizados contra a União, inadimplemento de obrigações, elasticidade para reconhecimentos de assédio moral, alteração de função de trabalhador em ofensa à convenção coletiva, reintegração de posse (afinal, qual é a reintegração que não viola alguma “dignidade?”), alteração de prenome, cerceamento de defesa, manutenção – ou cassação - de prisão preventiva (sim, isso vai até ao processo penal) e tantos outros exemplos colhidos de uma rápida pesquisa nos ementários eletrônicos de vários tribunais brasileiros” (STRECK, 2015). Outros exemplos interessantes – como o uso como argumento de que a briga de galo ofenderia o princípio da dignidade da pessoa humana – sobre o uso abusivo de princípios no STF são citados por Marcelo Neves também em coluna do CONJUR (NEVES, 2012).



mecanismo político e jurídico – o argumento de emergência (e justiça ao caso concreto) – não é apenas judicial, está presente em todos os âmbitos, mas especificamente avalia-se o argumento de emergência tanto para se atribuir amplos poderes ao Judiciário (ineficiência do Legislativo para tratar de questões políticas relevantes) quanto o argumento de emergência no campo das próprias decisões judiciais no sentido de se concretizar a Constituição a justiça social.

A abertura que o postulado da normatividade dos princípios dá é que ela coloca questões políticas (definição de metas) como questões jurídicas, de modo que se desloca para o Judiciário a possibilidade de tomada de decisões políticas, em relação às quais não possui os devidos mecanismos e nem está devidamente capacitado e aparelhado. Os instrumentos com frequência utilizados nesse expediente são a ponderação e o sopesamento. Virgílio Afonso da Silva aponta algumas críticas a tais instrumentos<sup>168</sup>:

o sopesamento é a saída fácil para se obter qualquer resposta que se queira[...] Além disso, Böckenförde afirma que, com o sopesamento como forma primordial de aplicação dos direitos fundamentais, a constituição deixa de ser uma constituição normativa e vinculante, sendo rebaixada a mero material de sopesamento do juiz (SILVA, 2011, p. 365).

O autor ainda menciona “Jürgen Habermas, que afirma que o sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante” (SILVA, 2011, p. 365). Virgílio Afonso da Silva admite, porém, que a ponderação ou o sopesamento podem adquirir uma objetividade em sentido fraco desde que conjugue os aspectos metodológico, teórico e institucional que assegurem o seu controle intersubjetivo e previsibilidade (SILVA, 2011).

A grande questão, porém, é a emergência desejada que permite aos magistrados invocarem a “pretensão de correção” como aporte moral para agir de forma discricionária. Os princípios jurídicos acabam mostrando-

---

<sup>168</sup> Virgílio Afonso da Silva referencia esses autores, porém, para criticá-los, já que para o autor é possível haver subjetivismo tanto no campo da aplicação das regras, quanto no campo da aplicação dos princípios. Do mesmo modo, tanto a subsunção quanto a ponderação e o sopesamento podem ter um certo grau de objetividade. Os problemas desse argumento já foram colocados nesta pesquisa.

se mais suscetíveis a abusos e à corrosão da ordem jurídica que as regras em função de sua ampla margem de concretização. Marcelo Neves pontua que

Se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica. E essa situação se torna mais forte com a introdução de outro ingrediente: a ponderação desmedida (NEVES, 2013, p. 191).

Isso pôde ser constatado pela tese de doutorado de Fausto Morais sobre o princípio da proporcionalidade no STF, na qual foram analisadas 189 decisões, no período de dez anos, que se utilizaram do princípio da proporcionalidade. O autor, a partir do referencial de Alexy, mostra o simulacro de sopesamento utilizado pelo STF, no qual não se tem nem um critério intersubjetivo para se definir o que é princípio, quais princípios devem ser considerados e nem se desenvolve uma argumentação racional que ampare a decisão tomada pelo tribunal. O princípio da proporcionalidade surge, assim, “como *enunciado performático* que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete” (MORAIS, 2013, p. 299)<sup>169</sup>.

Assim, a “compulsão ponderadora” ou o desenvolvimento de uma ponderação *ad hoc*, mostra-se como prática normalizada.

Em vez de ser uma exceção, atuando como técnica argumentativa para reduzir o “valor-surpresa” da decisão judicial em controvérsias constitucionais sobrecomplexas, a ponderação pode, nessas condições, transmutar-se em meio de acomodação de interesses que circulam à margem do Estado de direito e da democracia, sob o manto retórico dos princípios (NEVES, 2013, p. 196).

O diagnóstico agambeniano de que o estado de exceção tende a se

---

<sup>169</sup> Vide MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013.

tornar a regra geral e que tem origem justamente no interior de sistemas democráticos, não poderia ficar mais claro. A possibilidade de contar com o aparato do Estado para decidir ou não em conformidade com a lei tende a se tornar prática duradoura de governo. Em entrevista proferida em 2012, Agamben afirma que

“Crise” e “economia” atualmente não são usadas como conceitos, mas como palavras de ordem que servem para impor e para fazer com que se aceitem medidas e restrições que as pessoas não têm motivo algum para aceitar. “Crise” hoje em dia significa simplesmente “você deve obedecer!”. Creio que seja evidente para todos que a chamada “crise” já dura décadas e nada mais é senão o modo normal como funciona o capitalismo em nosso tempo. E se trata de um funcionamento que nada tem de racional (AGAMBEN, 2012).

Nesse campo, não deve passar ao largo da visão de um direito de crise a tão propalada “crise” do ensino jurídico. Ela tornou-se um tema do qual muito se tem ocupado a literatura jurídica brasileira, sobretudo a partir do final da década de 1970 à década de 1990. Mas a crise há tantos anos assombra a academia jurídica que mesmo agonizante, sob tantos aspectos, ainda resiste em seu lugar. Os mesmos problemas, as mesmas deficiências, o mesmo papel e o ensino jurídico permanece em crise e pelas mesmas razões.

A multiplicação inflacionária de trabalhos concernentes ao tema conduz à necessidade de um olhar mais detido. Uma crise tão duradoura pode apontar que não se trata de uma falência, mas do sucesso de um empreendimento que não se materializa nos termos da expectativa de uma parcela da academia. Fazendo aqui o uso do conceito e da ideia de paralaxe, não se pode negar que o ensino jurídico hoje se apresenta como um caso de sucesso para uma mirada política mais tecnicista e menos crítica.

#### *3.4.2.1 O princípio na suspensão da regra – força de lei*

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, por meio da inserção da moral no direito, permitem que no conflito entre regra e “justiça”, a regra seja suspensa abrindo-se um amplo campo para a decisão. O argumento de emergência orienta-se por um ideal moral fomentando uma

ponderação que favorece a suspensão seletiva de direitos. Em outros termos, se submete o direito à discricionariedade moral e política. No contexto de uma dimensão principiológica na qual qualquer decisão se torna possível, a compreensão do princípio como norma consoma a tentativa do direito incluir em si a sua própria suspensão, indeterminando as fronteiras entre o fato e o direito.

O pressuposto de urgência e necessidade aparecem no neoconstitucionalismo como face moral da emergência, que permite a suspensão do direito por um princípio superior presente no próprio sistema jurídico. A tentativa de “normativização” dos princípios corresponde a tentativa de inserir no interior do direito o que lhe escapa.

Se a emergência e a necessidade autorizam a abertura para a decisão com limites cada vez mais flexíveis, nada mais compreensível que a criação voluntária de circunstâncias emergenciais. Assim, a lacuna que se abre pela exceção é fictícia e decorre da separação entre a norma e a sua aplicação.

O estado de exceção desejado se desdobra naquilo que Dimoulis chama de “subjativismo desejado”, o qual “não ocorre em razão das deficiências dos métodos de interpretação, e sim das boas opções do próprio intérprete” (DIMOULIS, 2006, p. 243). Para tanto, parte-se de um pressuposto questionável da complexidade social que faria com que se tornassem mais frequentes os casos extremos, ou *hard cases*<sup>170</sup>. Como se a sociedade, outrora homogênea, houvesse se tornado plural e, portanto, multiplicado os casos difíceis e a situação excepcional.

A lógica excepcional do pós-positivismo se revela na medida em que postula a compreensão dos princípios como norma, incluindo a moral no direito. Assim, é possível incluir no direito a decisão via ponderação, especialmente quando a aplicação da norma em si é considerada “injusta”. É como se inserisse uma exceção à regra a fim de que se abra o espaço para a decisão (ou ponderação). É a constante criação da emergência e da suspensão da normalidade para que se abra o espaço em que tudo é possível. Segundo Fernandes e Bicalho, assim, “é possível afastar determinada norma quando de sua aplicação em concreto com o escopo

---

<sup>170</sup> Interessante pontuar que os *hard cases*, aos quais é dada particular atenção pelo neoconstitucionalismo, são tratados por Schmitt, em texto de 1912, como casos excepcionais (MATOS; MILÃO, 2013) a decisão judicial deveria levar em consideração a figura de um “juiz-tipo” muito semelhante ao juiz Hércules de Dworkin, mas que se distancia dele pela percepção de justiça de uma comunidade como o faz Dworkin. O juiz, para Schmitt, não cria, mas reconhece o direito (MATOS; MILÃO, 2013).

de se buscar uma solução justa” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 116) Ao argumento de que a “letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 117).

#### 3.4.2.2. *O tudo é possível*

Para Agamben, o campo de concentração é o paradigma do espaço público do nosso tempo, no qual o espaço “juridicamente vazio” do estado de exceção “(em que a lei vigora na figura [...] da sua dissolução) irrompeu de seus confins espaço temporais e [...] tende agora a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível” (AGAMBEN, 2010a, p. 44).

Importa questionar o discurso pós-positivista na medida em que ele “manifesta o desejo do operador do direito de se liberar dos vínculos impostos pelas normas vigentes” (DIMOULIS, 2006, p. 61). A produção de territórios abertos à decisão e a suspensão que introduz o vazio no direito se ampara numa crença na possibilidade de uma sociedade sem normas. A dissolução dos limites, muito afeita ao contexto neoliberal, só pode conduzir a uma perspectiva da “lei do mais forte”, no qual os bons e melhores são aqueles que ocupam os espaços de decisão. A supressão do limite é uma implicação do estado de exceção, consubstancial à política ocidental, no qual “tudo é possível”.

Um importante resgate poder ser feito, aqui. Schmitt teria exposto a natureza das categorias biopolíticas fundamentais ao equiparar o conceito de raça às

“cláusulas gerais e indeterminadas” que foram penetrando sempre mais profundamente na legislação alemã do Novecentos. Conceitos como “bom costume” – observa Schmitt –, “iniciativa imperiosa”, “motivo importante”, “segurança e ordem pública”, “estado de perigo”, “caso de necessidade”, que não remetem a uma norma, mas a uma situação, penetrando invasivamente na norma, já tornaram obsoleta a ilusão de uma lei que possa regular a priori todos os casos e todas as situações, e que o juiz deveria simplesmente limitar-se a aplicar. Sob a ação destas cláusulas, que deslocam certeza e calculabilidade para fora da norma, todos os conceitos jurídicos se indeterminam (AGAMBEN, 2010a, p. 167-168).

A cláusula geral permite essa afluência entre fato e direito. A palavra do *Führer* é tomada como fonte imediata e em si perfeita da lei, não como declaração que se converte em direito, mas a viva voz da norma, de forma que “normatização e execução, produção do direito e sua aplicação não são mais, de modo algum, momentos distinguíveis” (AGAMBEN, 2010a, p. 169).

Aqui, talvez seja possível traçar um parâmetro com a performatividade que envolve a interpretação constitucional, trata-se da construção que se efetiva pela declaração e que se confirma pela conhecida expressão: “a Constituição é aquilo que o STF diz que ela é”. Nesse aspecto é importante considerar que o estado de exceção agambeniano não significa simplesmente indefinição do direito, embora a indefinição possa se apresentar, como demonstrado na pesquisa, como um dos indícios dessa realidade. A indeterminação à qual se refere a teoria da exceção é uma indeterminação sobre o dentro e o fora do direito e, portanto, vai muito além do caráter estruturalmente indeterminado das proposições jurídicas.

### **3.4.3. As duas faces do herói: guardião e senhor da Constituição**

A atual conjuntura política brasileira, que colocou o STF no centro do debate político-jurídico nacional, levando-o a decidir sobre questões tão importantes como o rito de Impeachment, a nomeação de ministro do governo Federal, prisão preventiva contra um senador, processo criminal contra o presidente da Câmara dos deputados, não é uma novidade do cenário de crise política no Brasil. Há tempo o STF tem ocupado um espaço privilegiado no âmbito jurídico-político, decidindo sobre questões de relevância política, social e moral.

O apelo aos 11 para a salvação não apenas da constitucionalidade, mas da moralidade pública aponta o efetivo ocaso da política. Uma Constituição que deve ser tão constantemente defendida sugere a frequência em que é atacada e exige de seu guardião uma aproximação tão promíscua que o ataque e a defesa passam, pouco a pouco, a se coincidir. A sutileza demonstrada por Agamben em Estado de exceção é advertir que a exceção tende a se tornar uma prática normalizada. O clima generalizado de insegurança garante a permanência de um fenômeno transitório. Eis o vértice da crise política, o sempre presente discurso de colocar a democracia em segurança.

A atribuição de uma função heroica ao judiciário não deixa de remeter ao complicado problema da relação entre meios e fins, em que os meios tendem a agigantar-se a ponto de tomar e aglutinar a sua própria

finalidade. Schmitt aborda essa questão ao tratar da ditadura comissária e da ditadura soberana. A ditadura comissária se revela como destinada à missão de salvar o direito e a democracia. A ditadura soberana é aquela que finalmente a suplanta, tornando a ditadura um fim em si. Decisivo é que a distinção entre as duas formas de ditadura não é de qualidade, mas de intensidade e jamais será possível definir com clareza em que momento se fixa a passagem de uma a outra. Nunca fica evidente o momento em que a ditadura comissária se converte em ditadura soberana. Nesse sentido, Agamben adverte sobre esse “círculo vicioso segundo o qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína” (AGAMBEN, 2011a, p. 20).

Embora tais medidas sejam excepcionalmente admissíveis num governo democrático, seu uso reiterado pode aniquilar a democracia, pois não há amparo “institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a Constituição” (FRIEDRICH *apud* AGAMBEN, 2011a, p. 20).

Ingeborg Maus adverte de que o Judiciário é colocado como superego da sociedade não apenas em função da ampliação de sua atuação, mas pela compreensão da justiça desde a perspectiva de uma veneração religiosa (MAUS, 2000). Assim, o juiz torna-se “o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiam à justiça a guarda de seus juramentos” (GARAPON, 1999, p. 27).

No período do julgamento da Ação Penal 470 no STF a sociedade brasileira como um todo se voltou ao Supremo para acompanhar os julgamentos. A visibilidade pública foi tão grande e envolveu tanta comoção que era possível ver um clamor da opinião pública, sobretudo nas redes sociais, no sentido de colocar a esperança nos ministros e, especialmente no então ministro Joaquim Barbosa, este inclusive no sentido de se candidatar à presidência da República. O herói nacional naquele momento era esse ministro, em função das posições que assumia na condição de relator do referido processo.

O apoio a figuras do Judiciário nas manifestações e, em especial, na considerada maior manifestação política pelo DATAFOLHA, ocorrida no dia 13 de março de 2016, teve como principal figura de incorporação de heroísmo, o juiz Sergio Moro que conduz as investigações da operação que ficou conhecida como Lava Jato. O papel jurídico, político, mas, sobretudo, moral que tem sido atribuído aos juízes é inegável e excede o que comumente se espera das instituições democráticas.

Esse novo papel simbólico que o juiz é chamado a ocupar, como depositário de todo tipo de demanda social – a questão do direito dos animais aponta para essa dependência – mostra que não “se trata da ação esporádica de alguns juizes desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política” (GARAPON, 1999, p. 46).

A constitucionalização e o enfraquecimento dos limites pressupõe um “Juiz de bom senso” (POZZOLO, 2010), mas não é possível garantir esse heroísmo pessoal. A abertura do neoconstitucionalismo permite a atuação de bons e maus juizes. A mesma facilidade com que se deprecia o potencial do Legislativo ou do Executivo em satisfazer as pretensões sociais e democráticas, de um lado, corresponde a exaltação do Poder Judiciário, de outro. Como se este pudesse ver-se livre de tantas restrições – embora de outra ordem, por se tratar de um poder contramajoritário – quanto os demais poderes da República, reféns de interesses eleitorais, partidários, midiáticos, etc.

Segundo Garapon, “o juiz torna-se igualmente uma referência para o indivíduo perdido, isolado, sem raízes – produzido por nossas sociedades – que procura no confronto com a lei o último resquício de identidade” (GARAPON, 1999, p. 24). Questões centrais para a política e para a moral são levadas para o Judiciário, desde as mais problemáticas questões referentes à vida, como o caso da decisão sobre as células-tronco, até a união civil entre pessoas do mesmo sexo e o financiamento de campanhas, como exemplos relevantes no campo da moral e da política. “Esta nova sensibilidade traduz uma demanda moral: a espera de uma instância que nomeie o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva” (GARAPON, 1999, p. 25).

Além disso, Sarmiento (SARMENTO, 2009) apresenta, não sem censuras, a propensão manifestada em algumas posturas do STF – ele cita o caso das decisões sobre células tronco (ADI 3510) e da ADI 2.797 – de fechar-se ao debate interinstitucional posicionando-se, inclusive, em desfavor da interpretação constitucional pelo Legislativo<sup>171</sup>.

Sarmiento destaca que

---

<sup>171</sup> Sarmiento menciona a cautela de Luis Roberto Barroso na ocasião, na condição de *amici curiae*, em função de se tratar de um tema, cujo consenso já havia se firmado no âmbito do legislativo. O caso da ADI 2.797 refere-se ao argumento usado na corte de que ao legislador não cabe interpretar a Constituição.



Esta idealização da figura do juiz não se compadece com algumas notórias deficiências que o Judiciário brasileiro enfrenta. Dentre elas, pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que compromete a capacidade dos magistrados de dedicarem a cada processo o tempo e a energia necessárias para que façam tudo que o que demandam as principais teorias da argumentação defendidas pelo neoconstitucionalismo. E cabe referir também às lacunas na formação do magistrado brasileiro, decorrentes sobretudo das falhas de um ensino jurídico formalista e nada interdisciplinar que ainda viceja no país, que não são corrigidas nos procedimentos de seleção e treinamento dos juízes (SARMENTO, 2009, p.12-13).

O ensino jurídico deficiente, o produtivismo acadêmico proveniente das exigências do sistema Capes, além de todas os problemas apontados no primeiro tópico deste capítulo são algumas das questões a serem consideradas diante de todo esforço exigido por essa nova teoria do direito, na qual as

decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com “casos difíceis”, se tornem filósofos (Dworkin) e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores (MAIA, 2012, p. 47).

A grande expectativa em torno dos juízes mostra-se insustentável na medida em que se considere a grande carga de trabalho atribuída aos juízes, o que em grande medida é enfrentado pelo auxílio de servidores e estagiários que, aliás, corresponde a 43% do número de servidores auxiliares (CNJ, 2015). Quem elabora as decisões é em grande parte os estagiários e servidores e com considerável recurso ao expediente do “copia e cola”.

Rodriguez ainda sustenta que as fundamentações das decisões

assumem a forma de uma opinião pessoal que decorre, em parte, da formação da decisão coletiva que se dá na forma de uma votação por maioria (Rodríguez, 2013). A euforia em relação à normatividade dos princípios no Brasil não pode deixar de ponderar sobre a realidade opinativa da jurisprudência nacional.

Virgílio Afonso da Silva argumenta que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, à semelhança no norte-americano, se caracteriza por

(1) quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; (2) inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; e (3) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma colagem, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas (SILVA, 2009, p. 217).

Isso mostra que não se trata simplesmente de se apresentar uma teoria jurídica sem apreço às condições estruturais do Judiciário com a pretensão de que com o maior esforço ou com maior investimento ela poderá ser aplicada de maneira mais adequada. Mais que isso, propor uma teoria do direito que dê mais poder ao Judiciário e exija um notável esforço dos juízes para que seja implementada de modo minimamente aceitável só pode indicar ingenuidade ou a falácia da teoria. Um propósito não tão nobre quanto o defendido pelo pós-positivismo, que tanto aponta a incapacidade do positivismo de olhar para a realidade concreta e com tanto empenho critica a aplicação da “letra fria da lei” por ser impermeável ao “mundo da vida”, parece não vislumbrar o seu próprio alheamento às limitações que devem ser consideradas pela teoria do direito no Brasil.

### 3.4.3.1. Abertura para o decisionismo

Daniel Sarmiento afirma que o protagonista do movimento teórico neoconstitucionalista é o juiz, que “é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas [...] como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular” (SARMENTO, 2009, p. 5).

Para Agamben, o paradigma liberal do mercado que se autorregula foi suplantado pela justiça, que imagina poder controlar uma sociedade ingovernável por meios exclusivamente técnicos. Assim, a *oikonomia* secularizada transforma o tempo em algo sem fim e sem objetivo (AGAMBEN, 2013c). A crise ininterrupta que se desvela nesse contexto é a necessidade cada vez maior de decisão sobre aquilo que se mostra impossível de decidir.

A afirmação weberiana de impossibilidade de um crepúsculo dos deuses se deve ao eterno confronto dos valores. O principialismo deixa inevitavelmente aos juristas o papel de identificar o que é o bem e enfim suplantar o eterno confronto entre os valores. A política e o direito se põem num campo de decisão sobre o que é bem e ao Poder Judiciário é atribuída exclusiva capacidade de dizer razoavelmente o seu conteúdo.

Trata-se, porém, de um subjetivismo com vestes morais, na medida em que a moral é abstrata e não apresenta as respostas para a sua aplicação concreta, de modo que ao juiz abre-se uma ampla possibilidade de ação. Dimitri Dimoulis adverte que “a tentativa de principiologizar a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento do legislador” (DIMOULIS, 2006, p. 62). Segundo o autor, do ponto de vista político, “a introdução da moral na definição do direito favorece a incerteza e as oscilações decisórias, permitindo ao Estado intervir de variadas formas na vida dos cidadãos sob o pretexto de aplicar princípios morais” (DIMOULIS, 2006, p. 204).

Dimoulis ainda adverte que

os criadores da Constituição, na qualidade de representantes do poder político dominante em determinado país, se reservam o monopólio de imposição de regras supremas no ordenamento jurídico e confiam a competência legislativa, concretizadora dos mandamentos constitucionais, aos legisladores ordinários e não aos doutrinadores

ou a especialistas da moral (DIMOULIS, 2006, p. 207).

Além disso, o recurso constante a moral e a justiça, em regra, está despido de critérios para a sua definição. O subjetivismo e a arbitrariedade que disso decorre é inevitável.

O direito vem dessa instância que está fora da deliberação, o representante do povo é o jurista, o detentor do conhecimento que salvará a todos aqueles incapazes de decidir o direito. O forte teor aristocrático dessa tendência fica claro.

Aquele poder que vem do povo, sujeito da soberania, confere a autoridade para que os juristas atuem em seu nome. Inegável é ampliação dos poderes que são conferidos às altas cortes judiciais para determinar o conteúdo da Constituição. Hespanha ressalta que o momento brasileiro atual mudou a função do discurso axiológico, de modo que se os movimentos de orientação hermenêutica emancipatória, tais como os de uso alternativo do direito, pluralismo e antiformalismo detinham um papel progressista, no contexto de governos conservadores e autoritários, hoje, percebe-se que o impulso para a liberação dos constrangimentos da lei tem um papel ambíguo

pode, assim, funcionar como uma espada de dois gumes, um promovendo um direito ainda mais emancipador, ou, em contrapartida, um direito vinculado a valores mais conservadores do que os do direito maioritário. O caráter paradoxal da situação tem sido notado, mas, na metodologia espontânea dos juristas, a hermenêutica mantém a sua aura de movimento indiscutivelmente emancipador. Que, aparentemente, não se dá conta de que o reforço do poder dos juristas proporcionado pela confiança na bondade de uma hermenêutica jurídica “contramaioritária” pode não apenas voltar-se contra o direito maioritário, mas ainda substituir os sentimentos comunitários de justiça por uma ponderação de valores que uma elite especializada declara serem os mais vantajosos para a comunidade ou os realmente queridos por ela. Ou seja, novamente, um *Professorenrecht* nasceria da promessa de um *Volksrecht* (HESPANHA, 2013, p. 9).

Não apenas em função da tomada do poder de “dizer o direito”,

mas pela estrutura aristocrática do Judiciário, que o elitismo deve ser denunciado. A afirmação do elitismo no campo político da justiça, como campo social de capitais, relações e posições, decorre da constatação de que a “nobreza togada”, segue as mesmas trajetórias, famílias, universidades e classes sociais (ALMEIDA, 2010). Esse campo político da justiça é delimitado

pela ação de grupos e instituições profissionais pelo controle da organização jurisdicional (as competências constitucionais e as regras procedimentais que compõem o direito processual) e da organização judiciária (a burocracia que aplica o direito processual na resolução de conflitos) e, assim, o poder de direção da administração da justiça estatal (ALMEIDA, 2010, p. 42).

Isso aponta para o risco de captura das instâncias judiciais pelos mais diversos grupos de interesses em função do caráter elitista e corporativista do Poder Judiciário. Em tese sobre o assunto, Frederico Almeida mostra que as elites jurídicas que administram a justiça no Brasil resistem às reformas do modelo de Administração pública. O elitismo ainda pode ser assegurando em função da falácia meritocrática que ainda acoberta o Judiciário. A legitimação judicial não é nem política nem jurídica, mas meritocrática: os bons são os que ocupam tais cargos. O capital jurídico decorre menos de mérito pessoal que de acesso a capitais específicos, meios, condições e privilégios.

Isso significa mais que uma transferência de poder do povo para os juristas, já que isso presume que o povo já o tenha exercido de algum modo. O que constatamos com Agamben é que a biopolítica e a lógica da exceção não são apanágios da modernidade, mas nos cabe compreender as suas manifestações nos espaços públicos na atualidade.

#### **3.4.4. Privatização do direito**

Uma das principais críticas à judicialização decorre do déficit democrático que decorre da atribuição de um poder cada vez mais amplo de decisão sobre questões morais a políticas a um poder constituído por juizes não eleitos. A essa crítica, os defensores da judicialização argumentam em dois sentidos. Em primeiro lugar, defende-se que a eleição não é o único critério para se definir se uma instituição é ou não democrática, posto que o respeito às regras do jogo democrático assim

como o papel que a instituição desempenha para a manutenção da democracia também deva ser levado em consideração. Isto é, não apenas a possibilidade de decisão pelo povo e pelos seus representantes, mas o respeito às normas e direitos fundamentais definem o caráter democrático da judicialização. Daí a aposta em um sentido material de democracia, que exceda o mero critério majoritário<sup>172</sup>. Sobre esse argumento, foram feitas as devidas ponderações.

No que concerne a questão da deficiência democrática ou representativa do judiciário<sup>173</sup>, há autores que consideram que a representação “advocatória” sanaria esse vício (RODRIGUEZ). Essa representação que transfere o espaço público para o Judiciário reforça justamente uma questão problemática: a privatização ou balcanização do direito e das demandas sociais.

Diferentemente da representação política clássica, a Justiça, aparentemente mais próxima do alcance dos cidadãos (não todos), permite uma atuação individual que coloca as demandas individuais e obrigações particulares numa posição central e a dimensão coletiva adquire um papel secundário. Promove-se, assim, uma concepção particularista do direito.

O neoliberalismo retoma a privatização do direito. O direito de todos do liberalismo ou o direito público torna-se direito privado garantido nos tribunais. A dependência da concretização do direito pelos tribunais submete o direito ao pleito de demandas individuais. Assim, as políticas públicas se reduzem a direitos subjetivos. O mundo comum se fragiliza e o espaço público se vê condenado a reduzir-se a uma sociedade de litigantes.

---

<sup>172</sup> O neoconstitucionalismo aposta num desenho institucional que flexibilize o modelo estanque de separação dos poderes a fim de atribuir um maior protagonismo aos juízes. “No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos” (SARMENTO; SOUZA NETO, p. 154).

<sup>173</sup> A falta de condições do Supremo Tribunal Federal atuar no exercício de uma função representativa é apresentada a partir de dados empíricos e com clara argumentação em HARTMANN, Ivar Alberto; CHADA, Daniel Magalhães. *A Razão Sem Condições De Qualidade (Reason without Conditions for Quality)*. In. VILHENA, Oscar (Org.). **Coletânea Organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria"**, de Luís Roberto Barroso. 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2689294>. Acesso em março de 2016.

Ao invés de uma mobilização cívica, o direito dos tribunais induz a disputa judicial. O uso estratégico da Justiça, que se mostra bastante frequente no que concerne a partidos minoritários e de oposição é um exemplo. Diferentemente de uma unidade social, o que a justiça apresenta é uma sociedade em disputa e dividida. A despeito de todas as tentativas de uniformização e centralização judicial, o que está implícito é uma percepção de um julgamento que sempre comporta revisão, recurso, contraditório. É uma sociedade desmembrada que fica, então, exaltada. “Não é mais a ordem e sim a desordem que parece natural nessa nova cena” (GARAPON, 1999, p. 52).

Diante de uma moralidade difusa, quais elementos morais são selecionados? A complexidade social, tão referenciada pelos neoconstitucionalistas, acaba cedendo a uma compreensão uniformizante da moral adequada. Sobre a visão central conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana, Marcelo Neves afirma

A simplificação da ordem constitucional, no sentido de retroá-la a um princípio último, amplamente aberto, tende a um moralismo, incompatível com o funcionamento do direito em uma sociedade complexa, na qual a dignidade humana sofre leituras e compreensões as mais diversas (NEVES, 2014, p. 193).

A preferência dos princípios jurídicos em relação às regras, podendo ser invocados ao sabor do argumento da “justiça” permite a prevalência de interesses particulares e circunstanciais. A Constituição fragiliza-se, pois, num momento em que mais é necessária a sua implementação, no contexto de consolidação democrática e de uma Constituição que assegura direitos sociais. O ataque à legalidade é, porém, convenientemente encoberto por uma retórica principiológica e moral. Assim é que o principiológismo confirma efeitos mais deletérios para os direitos do que emancipatórios, pois não apenas a segurança jurídica é afetada pela abertura demasiada à interpretação judicial, mas a própria efetividade dos direitos.

### **3.4.5. O simbólico e a glória**

Cumpre, enfim, apontar o aspecto não apenas do reino e do governo, mas da glória. Convém questionar com Agamben: Se o poder é apenas força e exercício, para que ele precisa da glória? Estariam os

ritualismos, as insígnias, os cerimoniais e as liturgias relegados a momentos históricos superados? Estariam as funções dos tronos, cetros, coroas e objetos cerimoniais restritas às vitrines dos museus?

talvez nunca uma aclamação em sentido técnico tenha sido pronunciada com tanta força e eficácia como o *Heil Hitler* na Alemanha nazista ou *Duce duce* na Itália fascista. Esses gritos fragorosos e unânimes que ontem ressoavam nas praças de nossas cidades parecem hoje fazer parte de um passado longínquo e irrevogável. Mas é realmente assim? (AGAMBEN, 2011b, p. 276)

A forma moderna da aclamação pública nas democracias consensuais em que vivemos assume a forma da opinião pública. Segundo Agamben, o que “ficava confinado às esferas da liturgia e dos cerimoniais concentra-se agora na mídia e, por meio dela, difunde-se e penetra em cada instante e em cada âmbito, tanto público quanto privado, da sociedade” (AGAMBEN, 2011b, p. 278).

Assim, o Judiciário e a mídia atuam de forma cada vez mais estratégica. A publicidade dos processos, o vazamento de informações à imprensa e o desprezo ao princípio da inocência tornam-se admissíveis a pretexto de se preservar o magistrado e lhe dar força na luta contra os poderosos. O alegado mal exercício da justiça, assim como a reputação de transparência e informação desinteressada pelos meios de comunicação colocam a mídia na função de árbitro, com acesso privilegiado – geralmente antes mesmo da Justiça – a provas e testemunhos. No meio do caminho fica o direito que deve ceder à moral e a justiça feita em praça pública (GARAPON, 1999).

Eis por que o jogo atual entre justiça e mídia é perverso: cada um encontra a absolvição de sua transgressão na transgressão do outro – a mídia se faz juiz, alguns juízes se aventuram sobre o terreno político, e os políticos denunciam a conspiração... para se isentarem (GARAPON, 1999, p. 68).

A denominada “espetacularização do Judiciário” ou a sua midiáticação expõe ainda um perigoso exibicionismo. O papel espetacular que o Judiciário assume perante a mídia fica evidente pelos discursos rompantes e em larga medida destituídos de real argumento jurídico. Uma indústria do espetáculo como o representa o caso da Lava



Jato, na qual a publicidade e a necessidade de legitimação midiática determinam a atuação judicial, infunde ao Judiciário e ao processo a lógica do espetáculo, alçando-o a ocupar, com a mídia, a função de espaço público das atuais democracias espetaculares. O medo, o terror, a dor, o ódio e todo emocionalismo que a mídia suscita pode gerar algum consenso, mas não o suficiente para embasar uma autêntica comunidade política. A dimensão pública excede a visão binária “mocinhos” e “bandidos” e só reforça uma compreensão schmittiana do político.

O uso da televisão poderia constituir “um instrumento magnífico do espírito público”, dizia de Gaulle, mas existe um grande risco de que ela possa ampliar os mecanismos mais arcaicos do bode expiatório e do linchamento. Na mídia, com efeito, “a controvérsia é reduzida a um espetáculo muito mais próximo da tauromaquia do que da discussão razoável (GARAPON, 1999, p. 80).

A condução midiática de processos penais como a Ação Penal 470, cujo expoente foi o então ministro do STF, Joaquim Barbosa que se apresentava como a celebridade do processo e a Operação Lava Jato que colocou o juiz Sérgio Moro como ilustre figura pop da atualidade mostra nada mais que uma luta teatral entre mocinhos defensores da sociedade, e vilões. A justiça de um lado e bandidos execráveis, de outro, dão o enredo ao acúmulo de espetáculos que constitui as nossas sociedades atuais.

Uma atuação espetacular do Judiciário se legitima em função dos esplendores da glória e da opinião pública, como forma moderna das aclamações, produzidos pela mídia. Os cidadãos restam, pois, lançados à condição de consumidor, telespectador ou litigante (GARAPON, 1999).

A ampla utilização pelos tribunais de assessorias ou secretarias de comunicação social desvelam a pretensão de legitimação via mídia e opinião pública. O papel dos meios de comunicação em massa, em especial o conhecido papel mídia brasileira já em outros momentos para a instituição do golpe do 1964 no Brasil, não pode deixar de ser mencionado como mecanismo que não apenas controla e governa a opinião pública, mas que dispensa a glória.

Se os meios de comunicação são tão importantes nas democracias modernas, isso não se deve apenas ao fato de permitirem o controle e o governo da opinião pública, mas também e sobretudo porque

administram e dispensam a Glória, aquele aspecto aclamativo e doxológico do poder que na modernidade parecia ter desaparecido. A sociedade do espetáculo – se denominarmos assim as democracias contemporâneas – é, desse ponto de vista, uma sociedade em que o poder em seu aspecto “glorioso” se torna indiscernível com relação à *oikonomia* e ao governo (AGAMBEN, 2011b, p. 10).

No contexto em que juízes são alçados ao posto de heróis, a opinião pública midiaticizada assume um papel aclamativo que outrora ocupavam as liturgias e cerimoniais, cuja função é revestir de glória o poder. Na sociedade do espetáculo a dispensação da glória coloca a mídia em uma posição estratégica, especialmente num cenário em que a mídia mistura notícia e propaganda, vendendo-as como informação e transparência.

A função simbólica do direito nada mais mostra que as vestes da glória que encobrem o vazio do poder. O pós-positivismo, vinculando-se a moral e a uma perspectiva democrática voltada ao consenso conduzido por atores jurídicos, se apega a percepções de democracia que continuam presas as amarras teológicas. A legitimidade tanto aclamativa – como a de Schmitt – como a consensual, que funda as democracias contemporâneas, revelam a glória, o simbolismo resplandecente que legitima e constitui o poder. Um poder vazio, no entanto.

Em vista dessas considerações, a teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben fornece um instrumental teórico que nos habilita a enfrentar a realidade brasileira com outro olhar. Permite considerar a lógica da exceção e o paradigma do campo como constituintes da política ocidental e não como apanágio do contexto brasileiro. O que distingue a situação brasileira e os contornos específicos do estado de exceção na teoria do direito no Brasil foi o que buscou ser apresentado nesta pesquisa. O pano de fundo neoliberal, o anseio de onipotência em larga medida conferido aos juízes, a dependência econômica do Brasil no contexto internacional, a realidade do Judiciário brasileiro foram elementos para se esboçar uma crítica às teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas, tomando por referência a teoria agambeniana do estado de exceção.

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo procuram legitimar-se promovendo um discurso de regeneração moral e emancipação social que não subsiste ao contato mais próximo com a realidade. O Judiciário brasileiro é caro, moroso, suas decisões são em grande parte pautadas em fundamentações destituídas de racionalidade, com recurso a argumentos de autoridade em função da grande carga de trabalho nas mãos dos juízes

e servidores e o ensino jurídico que forma seus integrantes está fundado em um produtivismo e em uma formação muitas vezes acrítica. Mesmo assim, cresce a quantidade de teorias que permitem relativizar direitos, depositando nos juízes expectativas cada vez maiores.

Além do mais, o Judiciário tem experimentado uma ampliação da centralização das decisões em seus órgãos de cúpula, aos quais é conferida uma destacada atuação política, inclusive com a abstrativização do controle de constitucionalidade, que revela servir menos a demandas sociais, que a interesses corporativos.

No âmbito de uma crise de legitimidade dos poderes e instituições, experimentamos uma juridicização e economicização da vida que pretende sanar a falta de legitimidade ampliando os espaços de alcance do direito. A crise, assim, é tomada como a possibilidade de decidir continuamente sobre questões que se revelam cada vez mais indecíveis. O que resta da crise é, pois, um “faça” e um “obedeça”, evidenciando a força de ~~lei~~ sem lei que ela legítima.

O principiologismo que flexibiliza o direito e as regras não apenas investe o poder constituído de uma função constituinte, como mostra os perigos de que os guardiões se mostrem, por vezes, senhores da Constituição. Mostra-se, assim, a incongruência do argumento neoconstitucionalista que invoca a existência de uma sociedade super/hipercomplexa, mas autoriza o recurso à moral, como se esta fosse unívoca, para a definição de princípios e a tomada de decisões. Em uma democracia espetacular, na qual as aclamações são suplantadas pela opinião pública, não faltam identificações de figuras messiânicas, destinadas a salvar a República dos males da corrupção, da desigualdade e da injustiça. Isso mostra que o poder não é só reino e força, mas é também glória. Desnudar o vazio, cujo manto de glória reveste o poder, é um dever dos juristas.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trabalhos desta natureza não são concluídos, mas abandonados. Deixa-se que se desprendam de um impulso à revisitação constante, que se exponham às críticas e que outros nele reconheçam deficiências e limitações. O resultado de um percurso acadêmico ainda incipiente são as inquietações, a identificação de tantos espaços a serem desbravados e campos a serem ainda perscrutados. O que resta é a resignação de que se trata de um passo num longo e infindo percurso, no qual as angústias e os limites não nos abandonam.

Pensar, a partir de e com Agamben, a realidade jurídico-política das democracias ocidentais que teriam pretensamente superado os totalitarismos e sido postas a salvo de um retorno ao autoritarismo se mostra tanto mais necessário quanto complexo. Isso porque, no âmbito de uma urgência desejada que corrói elementos basilares do Estado de direito, não se pode tomar a devida distância que exige uma pesquisa mais consciente de todas as facetas da realidade que merecem atenção e corre-se, pois, todos os riscos de um trabalho que se encontra embebido na realidade investigada, presenciando o curso errático dos movimentos que se presta a questionar.

O estado de exceção, nos termos da configuração agambeniana, aponta a ubiquidade da exceção e seu pertencimento à própria estrutura do poder e da constituição política do Ocidente, não apenas do ponto de vista institucional, mas biopolítico. O propósito da pesquisa foi verificar alguns modos específicos em que o produto da exceção se apresenta no contexto brasileiro – mediante o uso estratégico do discurso pós-positivista como legitimação do poder – sustentada pelo monopólio de uma violência que se apresenta como legítima. O Estado se apropria, assim, da própria vida, recorrendo à violência para a manutenção de uma suposta ordem. Esse é o retrato do biopoder.

Eis a exigência de uma reflexão sobre a força de lei – vigência sem aplicação e aplicação sem vigência – como formas assumidas pela teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben na realidade jurídico-política brasileira no contexto de uma economia globalizada. Trata-se da experiência atual de relativização da soberania e perda relativa do poder dos Estados que traduz o decréscimo de garantia dos direitos que lhe acompanha. Num espaço neoliberal de um Estado fraco para regular a ordem econômica, mas forte para executar seus interesses, ou mesmo de um Estado que, pretendendo regular tais forças, reverbera numa “captura

regulatória”<sup>174</sup>, a figura da decisão sobreleva-se como o objeto da disputa política e econômica e, portanto, como inevitável problema jurídico.

A realidade brasileira foi considerada desde os elementos práticos e discursivos que conduzem a efeitos jurídico-políticos eminentemente centralizadores e decisionistas que envolvem o poder Judiciário, na medida em que estes expõem a configuração do poder e a função desempenhada pelo que se proclama como Estado democrático de direito. Para essa leitura, o pós-positivismo e neoconstitucionalismo foram tomados como fio condutor. Nesse sentido, a força de lei conferida ao Poder Judiciário revela um paradigma decisionista envolto em um efficientismo vigorosamente econômico.

A euforia principiologista é muitas vezes tomada como fundamento para a flexibilização da ordem jurídica, para abertura ao subjetivismo, para suspensão de regras estabelecidas e, ao contrário do que o neoconstitucionalismo e pós-positivismo defendem, para a desvalorização da Constituição.

Por um lado, a abertura e a introdução da moral por meio dos princípios é aclamada como atestado da consolidação democrática e do percurso emancipatório, que o movimento justeórico pós-positivista e neoconstitucionalista conduzem. Por outro lado, a pluralidade de posições quanto a definição do que sejam os princípios, as regras, a ponderação, o sopesamento, a subsunção, etc. expõe a conveniência do sincretismo metodológico para autorizar uma prática judicial sem limites. Nesse ponto, as críticas formuladas no terceiro capítulo se prestaram a reconhecer como o pós-positivismo e neoconstitucionalismo constituem metamorfoses dos espaços de exceção que invadem a realidade jurídico-política brasileira. Aquele que pode suspender a lei, coloca-se fora dela e os sujeitos restam, então, abandonados a uma lei que vige como simples forma.

Alguns autores não partilham dessa crítica ao afirmar não apenas que tanto a subsunção quanto a ponderação podem compreender incertezas e imprevisibilidade, como pelo fato de que alguns autores não partilham da defesa à abertura desmesurada da ordem jurídica, mas é

---

<sup>174</sup> As teorias da captura regulatória, nos termos básicos desenvolvidos por Stigler, partem da ideia de que o Estado, na tentativa de regular o Mercado, a fim de suprir as suas falhas, tende a deixar de atuar em conformidade ao interesse público e tornar-se instrumento das empresas reguladas. Assim, o Estado regulador, suas instituições, os sujeitos competentes para decidir ou supervisionar, restam capturados pelos próprios sujeitos que pretende regular a fim de que trabalhem no interesse destes sujeitos (GONÇALVES, 2014).

justamente a grande pluralidade e o sincretismo metodológico que aprofunda os problemas levantados por parte majoritária da teoria. A impossibilidade de se fixar um consenso mínimo é um indício das dificuldades que a teoria encontra e favorece o uso retórico, casuístico e mesmo oportunista das teses neoconstitucionalistas e pós-positivistas e isso não deve deixar de ser posto em evidência.

A imagem de redenção depositada no Judiciário, cuja função messiânica de salvaguarda da justiça e do bem, coloca os juristas como heróis da República, aponta a carência de autoridade a que o espaço jurídico é chamado a suprir, invadindo os espaços da política, da moral, da economia. Consuma-se, assim, a captura da vida e todos os seus aspectos pelo jurídico, afirmando a indiferença entre fato e direito.

O campo de concentração é o paradigma de um tempo em que norma e anomia são lançadas numa indiferença. No limite, o que está sendo discutido é quem é que diz o que é o direito. São as majorias, o povo, a política, ou uma meia dúzia de iluminados? A nova versão do Filósofo-rei assume, aqui, a forma do jurista. Essa comunidade de juristas reforça um elitismo social, amparado na tentativa de conferir ao Judiciário o poder de dizer o direito, ou, ainda, dizer o que é o “bem”.

A transferência da atuação política para o Judiciário, e a substituição das disputas e conflitividades próprias da democracia para as barras dos tribunais, nos quais a deficiência ou ausência de políticas públicas são remediadas pelos pleitos individuais, contribui para que o direito venha integrar a dimensão da propriedade privada. Não se fala em direito, mas do “meu direito”, não é a lei, mas a decisão.

Foi questionada, ainda, a transferência de centralidade do Legislativo e Executivo para o Judiciário com a conseqüente atribuição de maior esforço argumentativo e empenho teórico, situação que é incompatível com a realidade do Judiciário brasileiro, de forma que acaba levando os juízes a dependerem do esforço de servidores, assessores e estagiários para minutar decisões. É de conhecimento geral que o juiz acaba tendo que dividir funções com pessoas que não se qualificaram para esse tipo de atividade.

A seletividade das demandas que não apenas chegam, mas que são providas pelo Judiciário desvela, ainda, a sua afinidade com interesses de elites políticas, econômicas e jurídicas. A que(m) serve, pois, um Judiciário forte, sem limites, corporativista, caro, moroso e que representa o último bastião da moral pública? Não são os atos de defesa da ordem, da moral e da Constituição os mesmos que invariavelmente levam a seu aniquilamento?

Não se pode pensar a teoria do direito no Brasil ignorando dados

de realidade básicos (apresentados no terceiro capítulo), como se eles não existissem e como se fosse possível falar em principiologia complexa supondo que os juizes que o adotarão possuem sequer condições – principalmente estruturais – para isso.

Uma desconfiança deve ficar clara, portanto, a desconfiança dos poderes que invoquem uma missão de salvar a democracia deixando de lado os mecanismos democráticos que eventualmente se mostrem obstáculos ou empecilhos para a sua atuação.

O déficit democrático decorrente do deslocamento do direito de instâncias representativas para espaços contramajoritários só põe à vista que não é o postulado do Estado de direito que deve pautar a leitura da realidade, mas a exceção permanente. O protagonismo judicial é apenas uma face possível do estado de exceção. Nesse registro, a teoria do direito no Brasil, no marco pós-positivista e neoconstitucionalista, foi apresentada não apenas a partir da construção teórica que ela reivindica, mas como efetivamente repercute na prática jurídico-política brasileira. O arremedo de proporcionalidade e sopesamento que amparam a uma performance judicial cada vez mais invasiva dão mostras do esfacelamento dos limites postos ao Judiciário.

A percepção de que vivemos em um estado de exceção decorre de uma leitura da história a contrapelo, que não se contenta em contar a história dos que venceram, mas atende ao apelo obscuro de nossa época. As atuais circunstâncias que invadem os espaços jurídico-políticos no Brasil exigem essa postura, demandando o reconhecimento de que 1964 não chegou ao fim e que a exceção não é uma ruptura com a ordem, mas guarda com ela um relacionamento nada trivial. Torna-se, pois, cada vez mais urgente denunciar a terra de ninguém do estado de exceção.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **A comunidade que vem**. Tradução e notas de Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **A democracia é um conceito ambíguo**: depoimento. Atenas: outubro de 2013a. Entrevista concedida a Anastasia Giamali, para o ALBA, e Dimosthenis PapadatosAnagnostopulos, para a RedNotebook. In: Blog da Boitempo. São Paulo: 4 de julho de 2014. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-umconceito-ambiguo/>>. Acesso em março de 2015.

\_\_\_\_\_. Arqueologia da obra de arte. Transliteração e tradução de Vinícius N. Honesko. **Princípios**. V. 20, n.34, Jul/Dez de 2013b, pp. 349-361. Natal, RN

\_\_\_\_\_. **Cristianismo como religião**: a vocação messiânica. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/>. Acesso em: dezembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Da Teologia Política à Teologia Econômica. Tradução portuguesa de Selvino José Assmann. **Interthesis – Revista Internacional Interdisciplinar**, v. 2, n. 2 jul/dez 2005. Entrevista concedida a Gianluca Sacco.

\_\_\_\_\_. **“Deus não morreu. Ele tornou-se Dinheiro”**. 2012. Entrevista com Giorgio Agambem à Ragusa News de 16/08/2012. Disponível em <<http://blogdaboitempo.com.br/2012/08/31/deus-nao-morreuele-tornou-se-dinheiro-entrevista-comgiorgio-agamben/>>. Acesso em novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. **El misterio del mal**: Benedicto XVI e el fin de los tempos. Tradução de María Teresa D’Mesa. Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2013c.

\_\_\_\_\_. Entrevista com Giorgio Agamben. **Revista do departamento de psicologia – UFF**, v.18 –n.1, Jan./Jun. 2006. Entrevista concedida a Flávia Costa.

\_\_\_\_\_. Estado de exceção e genealogia do poder. Trad. Daniel Arruda Nascimento. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 108, pp. 21-39, jan./jun. 2014a.

\_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011a. 142 p.

\_\_\_\_\_. **Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Infância e história: Destrução da experiência e origem da história**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. 170 p.

\_\_\_\_\_. **L'uso dei corpi**. Homo sacer, IV, 2. Neri Pozza Editore, 2014b.

\_\_\_\_\_. **Meios sem fim: notas sobre a política**. Trad. Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015a. (FILÔ/Agamben)

\_\_\_\_\_. Movimento. Tradução de Selvino José Assmann. **Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis**, Florianópolis, v. 3, n. 1, p. 1-8, abr. 2008a. ISSN 1807-1384. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/748>>. Acesso em: 23 fev. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/748>.

\_\_\_\_\_. **O homem sem conteúdo**. Tradução de Cláudio Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013d. (FILÔ/Agamben;2).

\_\_\_\_\_. **O que é o contemporâneo e outros ensaios**. Tradução de Vinícius Nikastro Honesko. Chapecó, SC: Argos, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que resta de Auschwitz**. 1ª ed. Rev. São Paulo: Boitempo editorial, 2010c.

\_\_\_\_\_. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo**. São Paulo: Boitempo editorial, 2011b.

\_\_\_\_\_. **Pilatos e Jesus**. Tradução de Silvana de Gaspari, Patricia Peterle. São Paulo: Boitempo; Florianópolis: Editora da UFSC, 2014c.

\_\_\_\_\_. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. **Signatura Rerum**: sobre el metodo. Trad. de Flavia Costa y Mercedes Ruviluso. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010d.

\_\_\_\_\_. **Stasis**: la guerra civile come paradigma político. Homo Sacer, II, 2. Torino: Bollati Boringhieri, 2015b.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?** O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Pesquisa financiada pelo CNPq. Brasília: Universidade de Brasília, 2014. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2509541](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541).> Acesso em setembro 2015.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da Justiça no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-08102010-143600/>. Acesso em novembro de 2015.

ALMEIDA, Guilherme de Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Tendencias del Primer Semestre de 2015**. Relatório. Disponível em: <http://unhcr.org/myt15/>. Acesso em dezembro de 2015.

ALVES JUNIOR, Francisco. Os princípios e a importância prática da reflexão teórica no contexto pós-positivista. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n° 03. 2002.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

\_\_\_\_\_. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

\_\_\_\_\_. **Nós, os refugiados**. Trad. Ricardo Santos. Covilha: Lusofia, 2013.

\_\_\_\_\_. **Da Violência**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.

ASSMANN, Selvino José; BAZZANELA, Sandro Luiz. **A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2013.

\_\_\_\_\_. Apresentação. *in*: AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, páginas 7-14.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em : <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em fevereiro de 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n°. 9, março/abril/maio, 2007.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n°. 6, setembro, 2001. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf) . Acesso em maio de 2015.

\_\_\_\_\_. ; BARCELLOS, A. P. de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Método, 2008.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência – Crítica do poder. Tradução de Willi Bolle. In: BENJAMIN, W. **Documentos de cultura**,

**documentos de barbárie:** escritos escolhidos. São Paulo: Edusp; Cultrix, 1986. p. 160-175

\_\_\_\_\_. **Magia e técnica, arte e política.** São Paulo: Brasiliense, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006.

\_\_\_\_\_. **Soberania a Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEZERRA, Rafael. **Ser instituição ou corporação, eis a questão.** 2016. Disponível em < [http://jota.uol.com.br/ser-instituicao-ou-corporacao-eis-a-questao#\\_ftn3](http://jota.uol.com.br/ser-instituicao-ou-corporacao-eis-a-questao#_ftn3)>. Acesso em março de 2016.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Justiça, Razão comunicativa e emancipação social: Filosofia do Direito e Teoria da Justiça a partir do pensamento de Jürgen Habermas. **Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra**, v. LXXXV|III, p. 287-312, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6ª ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa** 21:209, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação. CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben:** uma arqueologia da potência. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012. (FILÔ/Agamben).

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In.: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta; 2003

CAVALLETTI, Andrea. **A guerra civil paradigma da política**. 2015. Disponível em: <<http://flanagens.blogspot.com.br/2015/03/a-guerra-civil-paradigma-da-politica.html>>. Acesso em Dezembro de 2015.

COELHO, André Luiz Souza. Positivismo Jurídico Exclusivo. In.: **III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas contemporâneas**. Pará. Palestra. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZQBipc>>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016. Postado em 22 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. Positivismo Jurídico, Lacunas e Discricionariedade. 2008. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2008/11/positivismo-juridico-lacunas-e.html>>. Acesso em março de 2016.

COELHO, Luiz Fernando. O pensamento crítico no direito. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis: CPGD/UFSC, n° 30, jun. 1995.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In.: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta; 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

CONTE, Christiany Pegorari. A aplicabilidade da teoria estruturante no direito contemporâneo face à crise do positivismo clássico. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi**. Brasília, nov. 2008. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03\\_197.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/03_197.pdf)>. Acesso em maio de 2015.

CORRÊA, Murilo Duarte Costa. Do juspositivismo ao neoconstitucionalismo: o plano de organização do Direito como norma. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011

\_\_\_\_\_. “Profanar, criar”: das mortalhas jurídicas do pós-positivismo ao vôo livre do direito vivificado em Nietzsche. **Captura crítica: direito política e atualidade**. Florianópolis, v 1, n1, jul/dez. 2008, p. 299-318.

CUNHA, Luciana Gross; ALMEIDA, Frederico de. Justiça e desenvolvimento econômico na Reforma do Judiciário brasileiro. In: Mario G. Shapiro; David M. Trubek. (Org.). **Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361-386.

CUNHA, Sérgio Sévulo da. Introdução à edição brasileira. IN: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª. Tradução: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, julho. 2015. p. 1-15. ISSN 2359-2826

DATAFOLHA. **Avaliação da presidente Dilma Rousseff**. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, fev. de 2015a. Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao\\_dilma.pdf](http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/11/30/avaliacao_dilma.pdf). Acesso em março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Índice confiança de algumas personalidades**. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, fev. de 2016a. Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/02/29/indice\\_de\\_confianca\\_personalidades.pdf](http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/02/29/indice_de_confianca_personalidades.pdf). Acesso em março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Manifestação Av. Paulista 13/03/2016**. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, mar. de 2016b. Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/03/14/manifestacao\\_13\\_03\\_2016.pdf](http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/03/14/manifestacao_13_03_2016.pdf). Acesso em março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Ranking de confiabilidade de 12 personalidades brasileiras**. Instituto de Pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, nov. 2015b. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/12/04/personalidades-brasileiras.pdf>. Acesso em março de 2016.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Lisboa: Edições Antipáticas, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Crítica do Neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em direito da UFBA**. n. 22, ano 2011.1, pp. 179-203.

\_\_\_\_\_. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v2).

DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. In.: Duarte. E. O. R.; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

FALCÃO, Joaquim; WERNECK, Diego Arguelhes; CERDEIRA, Pablo de Camargo. **I Relatório Supremo em Números**. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em abril de 2015.

\_\_\_\_\_; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<http://supremoemnumeros.fgv.br>>. Acesso em abril 2015.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo, Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

FERNANDES, R. V. de C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 48 n. 189 jan/mar.2011.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: vontade de saber. 13<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999b.



\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder.** 29ª reimpressão Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

\_\_\_\_\_. **Nascimento da Biopolítica.** Curso no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GALEANO, Eduardo H. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: L&PM Editores, 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GIOVANNI, Reale; ANTISERI, Dario. **História da filosofia:** Antiguidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990. p. 73-76; p. 85-102; p. 125-131; p. 165-66.

GONÇALVES, Ricardo Miguel Pereira. A Captura Regulatória: uma abordagem introdutória. Publicações **CEDIPRE Online** – 25. Disponível em: <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014. Acesso em março de 2015.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre Poder e Ordenamento.** Tradução de Arno Dal Ri Junior. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2010.

HARTMANN, Ivar Alberto; CHADA, Daniel Magalhães. A Razão Sem Condições De Qualidade (Reason without Conditions for Quality). In. VILHENA, Oscar (Org.). **Coletânea Organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria", de Luís Roberto Barroso.** 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2689294>. Acesso em março de 2016.

HARVEY, David. **O neoliberalismo:** história e implicações. Trad. Adail Sobral and Maria Stela Gonçalves. 4ª ed. São Paulo: Loyola, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt - Kelsen sobre el guardian de la constitución. **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 86, p. 195-227, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/as-culturas-juridicas-dos-mundos-emergentes-o-caso-brasileiro/>>. Acesso em maio de 2015.

\_\_\_\_\_. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Terão os juízes voltado ao centro do direito? **Julgar**, Número Especial (O poder judicial numa democracia descontente – Impasses, desafios e modernização da justiça, Oitavo Congresso dos Juizes Portugueses), 2009, pp. 1-12.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard: Harvard University Press, 2004.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 285p

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2ª. Tradução: Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do direito**. 8ª ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2009.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: **Revista Quaestio Iuris**, UERJ, v. 4, n.1, 2012.

MARCELLINO JUNIOR, J. C. Eficiência Administrativa e as (des)conexões entre Direito, Economia e Democracia. **Revista de Direito do Cesusc**. Nº 2. Jan/Jun 2007. p. 141-155.

MARSHALL, Thomas Hamprey A. Capítulo III: cidadania e classe social. In: \_\_\_\_\_. **Cidadania, classe social e status**. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. P. 57-114.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; MILÃO, Diego Antônio Perini. Decisionismo e hermenêutica negativa: Carl Schmitt, Hans Kelsen e a afirmação do poder no ato interpretativo do direito. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2013, n.67, pp. 111-137. ISSN 2177-7055.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, n. 58. nov. 2000. pp. 183-202.

MECCARELLI, Massimo. Dissenso político e expansão do sistema penal: uma análise comparada sobre os regimes de legalidade na Itália e na França ao fim do século XIX. In: DAL RI JR., Arno; NUNES, Diego (org.). **Anais do Encontro de história do direito da UFSC**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação: instrumentos do *stare decisis* e prática constitucional brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 241, jul/set 2005.

MORAIS, Fausto. **Hermenêutica e pretensão de correção**: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. 2013. 346 f. Tese (Doutorado em Direito) – Direito, Universidade do Vale do Sino, Rio Grande do Sul, 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 43, 2008. p. 247-268.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGRI, Antonio. Sovereignty: that divine ministry of the affairs of earthly life. In: **Journal of Cultural and Religious Theory**, v. 9, n. 1, 2008; pp. 96-100.

NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out->

27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>.  
Acesso em março de 2016.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. (Biblioteca jurídica WMF).

\_\_\_\_\_. **Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. Dados** (Rio de Janeiro. Impresso), Rio de Janeiro, v. 37, n.2, p. 253-275, 1994; Meio de divulgação: Impresso; ISSN/ISBN: 00115258.

NONATO, Israel. **STF e a censura ao vídeo da RCL 4335.** 2013. Disponível em : <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/stf-e-a-censura-ao-video-da-rcl-4335>>. Acesso em fevereiro de 2015.

OLIVEIRA, Leonardo D'Avila. **Os nomes da crise: Luhmann, Habermas e fatalismo na abertura do direito** Prisma Jurídico, vol. 8, núm. 2, julio-diciembre, 2009, pp. 445-462.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). **Actualización sobre la migración en el Mediterráneo.** 2015. Disponível em: <<http://www.iom.int/es/news/actualizacion-sobre-la-migracion-en-el-mediterraneo>>. Acesso em dezembro de 2015.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Os signos totalitários do mundo ultraliberal. **Veredas do Direito.** Belo Horizonte. v. 2, n. 4, p. 45-50, jul./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre a legalidade e coisas afins.... In: I Congresso Nacional de Psicanálise Direito e Literatura, 2009, Belo Horizonte. **Anais do I Congresso Nacional de Psicanálise, Direito e Literatura.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2009. p. 10-18.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI.** Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POZZOLO, Susanna. O Neoconstitucionalismo como último desafio ao Positivismo Jurídico. In DUARTE, Ecio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitradriedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

\_\_\_\_\_. Anexo II. In.: **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

RAMOS, Renata R. Direito enquanto decisão - a impotência e o assujeitamento do "homem mercadoria" às imposições do novo soberano difuso. 2009. [Dissertação em Direito] – UFSC.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

RICOEUR, Paul. Prefácio a Antoine Garapon. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2013.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROTH, André-Nöel. O Direito em crise: fim do Estado moderno? In: FARIA, José E. (Org.). **Direito e globalização: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 15-27

RÜTHERS, Bernd. **Carl Schmitt en el Tercer Reich: ¿la ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?**. Tradução de Luis Villar Borda. Buenos Aires: Editoria Struhart & Cia., s/d.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o->

neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em março de 2016.

\_\_\_\_\_; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. O Führer protege o direito. Tradução Peter Naumann. *In.*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2011a. p. 219-225.

\_\_\_\_\_. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 252 p. (Del Rey internacional).

\_\_\_\_\_. Sobre os três tipos do pensamento jurídico. Tradução Peter Naumann. *In.*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2011b. p. 161-217.

\_\_\_\_\_. **Teologia Política: Quatro capítulos sobre a doutrina da soberania**. Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. Parte 2, p. 81-133. *In.*: A crise da democracia Parlamentar. 130 p. (Clássica).

\_\_\_\_\_. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982. (Alianza universidad textos ; 57).

DATASENADO. **O cidadão e o Senado**. Relatório de Pesquisa: Secretaria de Pesquisa e Opinião Pública/Senado Federal. Dezembro de 2015. Disponível em:

<[http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/OcidadoeoSenadofederal\\_dez2015.pdf](http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/OcidadoeoSenadofederal_dez2015.pdf)>. Acesso em maio de 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *In.*: **Revista Direito GV**, v. 3, p. 191-210, 2006.

\_\_\_\_\_. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**. N. 250, 2009. pp. 197-227.

\_\_\_\_\_. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. 2003, pp. 607-630.

\_\_\_\_\_. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. *In* Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015.

SOUZA, Renata Martins. **Teoria metódica estruturante na concreção dos direitos sociais no sistema jurídico brasileiro**. 2011 [Dissertação em direito] PUC-MG.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In*: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, NEJ/Eletrônica, v. 15, n. 1, pp. 158-173, Itajaí, janeiro/abril, 2010.

\_\_\_\_\_. **Zimmermann, Schmidt, Streck e Otavio: todos contra o pan-principalismo**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-05/senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principalismo-clausulas-gerais2>>. Acesso em novembro de 2015.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Neopositivismos**: novas idéias sobre uma antiga tese. p. 3800-3818. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo\\_de\\_souza\\_tavares.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodrigo_de_souza_tavares.pdf)>. Acesso em novembro de 2015.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09, pp. 67-77. jan./jun. 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. **Revistas Direito GV**, São Paulo. Vol .4 n.2. jul/dez 2008, pp. 441-464.

CANÁRIO, Pedro. "**Caminhamos a passos largos para o common law**", afirma Teori Zavascki. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>. Acesso em novembro de 2015.