

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO
RAPHAEL GRECO BANDEIRA

*Ciclo constituinte permanente:
revisitando possíveis genealogias da biopolítica informadoras das práticas judiciais*

BRASÍLIA
2014

RAPHAEL GRECO BANDEIRA

Ciclo constituinte permanente:

revisitando possíveis genealogias da biopolítica informadoras das práticas judiciais

Tese apresentada, como requisito parcial de Doutorado no Programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília – UNB, Campus do Distrito Federal, na linha de pesquisa Constituição, Estado e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Miroslav Milovic

BRASÍLIA

2014

Bandeira, Raphael Greco.

Ciclo constituinte permanente: revisitando possíveis genealogias da Biopolítica informadoras das práticas judiciais/

Bandeira, Raphael Greco. Brasília: UNB/PPG-Direito, 2014.
vii, 172f. II.

Orientador: Miroslav Milovic

Tese (doutorado) – UNB/PPG-Direito/Programa de Pós Graduação em Direito, 2014.

Referências Bibliográficas: f.158-164.

1. Ciclo Constituinte Permanente. 2. Estado de Exceção. 3. Poder Constituinte Originário. 4. Força Normativa da Constituição. 5. Biopolítica. 6. *Nomos*. 7. *Homo Sacer*. 8. Campo. 9. Multidão. 10. Panoptismo. I. Milovic, Miroslav. II. Universidade de Brasília, Departamento de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

RAPHAEL GRECO BANDEIRA

Ciclo constituinte permanente:

revisitando possíveis genealogias da biopolítica informadoras das práticas judiciais

Tese apresentada, como requisito parcial de Doutorado no Programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília – UNB, Campus do Distrito Federal, na linha de pesquisa Constituição, Estado e Democracia.

Aprovado em: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Miroslav Milovic (Orientador)
Faculdade de Direito – UNB

Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri
Faculdade de Direito – UFPR

Prof. Dr. Francisco Guimaraens
Faculdade de Direito – PUC/RJ

Prof. Dr. Cristiano Paixão
Faculdade de Direito – UNB

Prof. Dr. Wanderson Flor
Faculdade de Filosofia – UNB

Prof. Dr. Paulo Blair
Faculdade de Direito – UNB

BRASÍLIA
2014

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo constante ensinamento.

A meus familiares por toda dedicação e carinho.

A todos os professores que contribuíram direta ou indiretamente com questões fundamentais de direito constitucional e filosofia política, aprofundando meus conhecimentos na linha de Constituição e Democracia, notadamente a meu orientador Miroslav Milovic, aos professores Vladimir Safatle, Cristiano Paixão, Alexandre Araújo Costa, assim como a Francisco de Guimaraens, Paulo Blair, Wanderson Flor, e Vera Chueiri, por suas honrosas participações, e, finalmente, por cada um dos docentes do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito que em sala de aula atenciosamente enriqueceu minha formação em rigores de excelência acadêmica.

RESUMO

Existe uma forma de compreender a força normativa da constituição fora de universais de justiça racionalmente articulados. A validade de uma norma decorrente de seu 'enforço' de lei é um problema de decifração do conceito de democracia estranho à dogmática. A compreensão do Estado Democrático de Direito não pode partir simplesmente de uma lógica dicotômica entre, de um lado, poder constituinte originário, que libera a energia inicial necessária enquanto ruptura, e, de outro lado, um poder constituído. Os fenômenos dos 'estados de exceção' já demonstraram a insuficiência e a existência de uma definição da normalidade pela anormalidade. Assim, o direito precisa ter consciência de sua insuficiência lógico-racional. Sua validade encontra-se na decifração filosófica de como essas forças operam cotidianamente na sociedade, mérito atribuído a Michel Foucault com quem se fundamenta. Não apenas isso, mas a trajetória de guerras ao longo do século XX em períodos de flagrantes crises sociais, econômicas e políticas, evidenciaram a chave oculta da modernidade de um paradigma gerencial que alberga a 'vida nua' (*zoé*), para o qual Giorgio Agamben está atento em sua figura do '*homo sacer*'. O '*nomos*' enquanto ser político e decisão prévia do biopolítico existencial insistem na insuficiência do direito para afirmação de sua própria normatividade de um texto constitucional como exposto por Carl Schmitt. A pretensão de um futuro com uma biopolítica positiva capaz de romper com os problemas do trabalho imaterial na presente fase do capitalismo tardio na qual nos encontramos inseridos reclamam uma 'ética comum' no bojo de um 'intelecto geral' como uma aposta de reação de uma '*multitudo*' feita por Antônio Negri e Michael Hardt atualizando o pensamento de Karl Marx no '*Grundrisse*'. Em cada uma dessas três construções, do panoptismo foucaultiano, da biopolítica negativa nas leituras de Carl Schmitt por Giorgio Agamben, e da multidão de Antônio Negri e Michael Hardt, extrai-se a ideia de insuficiência normativa de um poder constituinte originário, levando os problemas jurídicos para fora de questões tradicionais de justiça e pressupostos de racionalidade, assim direcionados para a filosofia contemporânea, de modo que se oferta a tese de um ciclo constituinte permanente não estático e linearmente fixo como antecedente lógico do poder constituído de uma Constituição e ordenamento, mas de uma distinta integração social a qual a filosofia política informa ao direito constitucional na investigação do sentido de democracia.

Palavras-chave: Ciclo Constituinte Permanente. Estado de Exceção. Poder Constituinte Originário. Força Normativa da Constituição. Biopolítica. *Nomos*. *Homo Sacer*. Campo. Multidão. Panoptismo.

ABSTRACT

There's another way to understand the enforcement of constitutional law besides universals of justice and rationality. The validity of a norm is rooted in its 'force of the law', which's a matter of comprehension of the sense of democracy distinguished from dogmatical thinking. It's not possible to understand the Democratic State of Law in a dual logic of, on the one hand, the constituent power liberating the original energy needed as a rupture, and, on the other hand, a constituted power. The phenomenal of 'Martial Law' exposes this sense of lackness and also the existence of a definition of normality through exception. Thus, its needed a consciousness about the laws insufficiency in the plain logical and rational thinking. So, the validity finds its philosophical sense in daily operation of multiple forces in society, as revealed by Michael Foucault giving support to the thesis of a permanent constituent cycle. Moreover, the wars in the XXth century followed by social, economical and political crises reveals a hidden matrix of modernity as a management paradigm posited in 'bare life' (*zoé*), as alerted by Giorgio Agamben figure of '*homo sacer*'. The '*nomos*' and its biopolitical existence, as a political being and a previous decision, show the insufficiency of law to affirm its own normativity in constitutional text as argued by Carl Schmitt. The pretension for a future and positive biopolitical able to overlap the problems of imaterial work in the actual moment of late capitalism claim for a 'common etics' related to a 'general intelect' in the sense of a challenge of reaction moved by a '*multitudo*' as sustained in Antônio Negri and Michael Hardt review of Karl Marx 'Grundrisse'. In each of those three main streams, the foucaultian panoptism, the negative biopolitics in Agamben's reviews of Carl Schmitt, and the multitude of Antônio Negri and Michael Hardt, there's a common sense of a normative lackness if based on a constituent power, raising juridical problems beyond traditional matters of justice and a presupposed rationality, addressing to contemporary philosophy. Is presented the thesis of a permanent constituent cycle neither static nor linearly fixed as a prior logical instance of constituted power of a Constitution and juridical system, but a distinguished social integration in which political philosophy informs constitutional law in the research of democratical sense.

Keywords: Permanent Constituent Cycle. Martial Law. Constituent Power. Constitutional Law Enforcement. Biopolitics. *Nomos*. *Homo Sacer*. Camp. Multitude. Panoptism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Capítulo 1) A biopolítica em Michel Foucault	19
1.1. Um direito histórico e concreto.....	21
1.1.1. Uma metodologia de saber empírico diante de uma ciência universalista.....	25
1.1.2. A nacionalidade como o lugar histórico do direito público constituinte.....	32
1.2. A ‘anátomo-política’ e seus efeitos na sociedade e no direito.....	37
1.3. O neoliberalismo e sua ‘moldura institucional’ nas ‘razões de Estado’	47
1.4. A regulamentação do ‘capital humano’	58
Capítulo 2) Biopolítica negativa	
2.1. Considerações introdutórias	68
2.1.2. O histórico de Carl Schmitt constituinte do ‘nomos’ até a má-biopolítica global. 72	
2.1.3. A crítica às neutralizações das guerras civis religiosas no liberalismo.....	77
2.1.4. A decisão política prévia em Carl Schmitt.....	81
2.2. A biopolítica do Estado de Exceção em Giorgio Agamben e o debate Benjamin-Schmitt	87
2.3. O paradigma do ‘campo’ como ‘nomos’ biopolítico.....	98
Capítulo 3) O poder constituinte em Antônio Negri e Michael Hardt e as práticas jurisprudenciais após a segunda guerra mundial	
3.1. Considerações introdutórias	104
3.1.1. Para onde apontam os vetores neoconstitucionalistas	106
3.1.2. Um ‘império’ geopolítico mundial e centrífugo como novo direito público	116
3.2. O trabalho imaterial e as modificações de saberes contemporâneos	122
3.3. A ética de uma multidão que se afirma constituinte	133
CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162

INTRODUÇÃO

O direito constitucional provoca-nos na articulação entre a biopolítica e a subjetividade com a seguinte pergunta: como funciona a sua força normativa?

Essa questão remete a um problema de Michel Foucault de indagar o co-originalismo e entre ‘estado da natureza’ e ‘pacto social’, não no sentido de ruptura de um para o outro no ingresso da modernidade, mas da mútua persistência de ambos sem a neutralidade dos discursos jurídico-formais, portanto, com co-dependência permanente.

Ao longo dessa tese desenvolve-se essa questão do ‘enforço da lei’¹ no trânsito do direito com a filosofia, no intuito de direcionar uma resposta razoável de um “ciclo constituinte permanente”, em que tomo por base o argumento da biopolítica. De modo a compreender as engrenagens da formação tanto dos sujeitos como dos estados modernos.

A biopolítica é uma linha de estudo filosófica, com distintos enfoques dentre os quais destaco quatro autores principais: Michel Foucault, tendo formulado o termo como uma extensão de seus estudos de sua primeira fase de arqueologia dos saberes sob o manto do panoptismo, seguido de Giorgio Agamben, responsável por introduzir problemas importantíssimos da contemporaneidade, a título de ilustração, referentes ao holocausto dos campos de concentração e ao nazismo, e, finalmente, Antônio Negri com Michael Hardt, articulando o conceito aos pressupostos marxistas sobretudo em seus escritos econômicos do “*Grundrisse*”. Portanto, nota-se, de saída, uma multifocalidade de pesquisas, razão pela qual se justifica o empenho em organizar esses campos de pensamento.

No âmbito do direito constitucional, contudo, parece haver um ponto comum de interseção dessas distintas linhas: a sua análise quanto ao que se entende como poder constituinte. No entanto, bem distante do sentido de representatividade de Sieyès, porém conectado com a ambiência atual de globalização de ausência de hegemonia estatal, aliás, como já notado por Carl Schmitt.

A alteração, portanto, com a análise da biopolítica do cenário global face aos Estado Modernos hoje falidos com endividamentos excessivos e diversas manifestações

¹ Não resisti ao uso do termo, ao contrário da deferência em não traduzir feita por Derrida quando enfrentou a temática. Como será visto mais adiante o vernáculo volta a ser problematizado no alemão tanto por Carl Schmitt como por Walter Benjamin na compreensão do “direito” e sua “força”. Se o enfrentamento do problema da pesquisa envolve decifrar o sentido da força do direito e se os dicionários de alguma maneira limitam esse enfrentamento franco e direto, optei por adotar o neologismo que auxilia no tratamento do tema.

anti-sistêmicas ao capitalismo ganham força, sem uma alternativa plausível ou mais evidente para equacionamento da crise, para além de mais austeridades e endurecimento no gerenciamento governamental.

Assim, indagar, nesse contexto, a respeito da força normativa de uma Constituição implica também em reconhecer que a própria força constituinte está além de um ‘momento’, mas revela uma ‘atualidade’ difundida em impulsos não apenas concorrentes e dispersos no seio social, mas mesmo assecuratórios do constitucionalismo enquanto políticas micro e macro físicas. Ora, se a doutrina tradicional apresenta uma noção de poder constituinte originário como ilimitado, incondicional e inicial, tem-se o contrário do espelho, no sentido haver uma história na qual se disputa esse início de uma Carta Constitucional como seu reverso pensado enquanto genealogias políticas possíveis em filosofia, com distintos paradigmas que variam em conceitos tais como panoptismo, campo de concentração, ‘*homo sacer*’, multidão, ou mesmo de um sentido de ‘*nomos*’. Forças essas componentes de uma história que não se interrompe no momento de consolidação de um texto constitucional, daí porque também a posição de Ferdinand Lassalle reduz a sua importância a um acordo manifestado em uma obra linguística e restringe o fenômeno, e indagam uma reflexão quanto à existência de outras engenharias sociais que o argumento biopolítico revela.

A Constituição, portanto, possui limites, condicionamentos e história, mesmo em seu caráter de poder constituinte originário. As situações de emergência revelam isso na maior clareza e não podem ser resolvidas por uma carta constitucional, sendo insuficientes as regras legislativas constituintes para sanar². Como concluirá Konrad Hesse em sua análise da força normativa, a ideia de necessidade não conhece limites³, e somente uma ‘vontade de Constituição’ atua como um pressuposto fundamental da força normativa no intuito de sua preservação diante da decretação de ‘estado de necessidade’ e suspensão do texto constitucional.

A crítica à Ferdinand Lassalle encontra-se justamente no fato de que a Constituição não se limita simplesmente a um ‘ser’, ou a uma Constituição fática das circunstancialidades de um poder acima de uma Constituição meramente jurídica. Ou ao sentido de Georg Jellinek, para quem seria impotente para possibilitar a distribuição de

² HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. RS: sergio fabris. 1991. P.30.

³ *Ibidem*, p.32.

poder. Conforme Konrad Hesse, a Constituição tanto está vinculada a realidade histórica de seu tempo como não se condiciona totalmente a ela. O direito, dessa forma, possui a crença de uma ‘razão’ embasada no ideal de um ‘dever ser’ destinado ao futuro. A vigência de uma Constituição com a pretensão de um avanço e entrelaçamento de um ‘substrato espiritual’ de um ‘povo’.

Nessa linha, a ‘Constituição real’ e a ‘Constituição jurídica’, apresenta Konrad Hesse, traçam uma trajetória ao futuro incorporando o estado espiritual do seu tempo e uma estabilidade de uma consciência geral. Nas palavras de Konrad Hesse: “*A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações de vida*”⁴.

A ‘vontade de constituição’, contudo, se falhar esse projeto da razão normativa constitucional, poderá agir em momentos de falta de estabilidade ou possíveis rupturas para reequilíbrio do biopoder sobre esse povo, a ser novamente politicamente organizado.

De outra forma, Karl Lowenstein ao tratar da normatividade de uma Constituição, não acredita na possibilidade de concretude de um ideal. Isto é, o futuro de uma comunidade política totalmente já resolvido e solucionado por uma Constituição sem que fossem necessárias mutações conformadoras. Se ela reproduz o *status quo* existente, então não pode prever os movimentos futuros, em suas necessidades e regulamentações porvir. Está, assim, em constante movimento e reúne distintas forças, em suas palavras: “*Uma constituição não é jamais idêntica consigo mesma, e está submetida constantemente ao ‘panta rhei’ heraclitiano de todo o vivente*”⁵.

Desse modo, é importante acentuar as distinções desses movimentos na sua esclarecedora ‘classificação ontológica’ das Constituições, em três modalidades: “Constituição Semântica”, “Constituição Nominal” e, finalmente, a “Constituição Normativa”. O interessante dessa tipologia encontra-se exatamente no entrelaçamento do problema entre as ‘Constituições fáticas’ e as ‘Constituições jurídicas’. Se existe um distanciamento entre a obediência dos cidadãos de uma nação constitucional e os poderes fáticos, a dinâmica social impede a liberdade de ação, restringida pelos detentores da força política, e a Constituição deixa de cumprir sua função de limitar o poder para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos (‘Constituição Semântica’). De outra sorte, quando existe uma adequação entre as práticas sociais vividas dentro do escopo do

⁴ *Ibidem*, p.18.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Eduardo Spín. Barcelona: editorial ariel. 1986. p.164.

constitucionalismo, haverá uma correlação simbiótica ('Constituição Normativa'). E, finalmente, no caso em que a Constituição apenas orienta o processo político rumo ao futuro e a um progresso no tempo, ou seja, ainda não adequadamente reproduz uma equalização entre destinatários e detentores do poder ('Constituição Nominal').

Esse sentido 'ontológico', assim denominado por Karl Loewenstein, expressa de forma interessante algumas espécies de distintos afetos correlatos a cada um dos tipos de constitucionalismos e, talvez por isso, melhor incorpore um sentido político em suas análises fora da dogmática constitucional mais orientada pelas normas do poder constituído do direito positivo. Em primeiro lugar, a Constituição Semântica relacionada a um aparato coativo do Estado que incuba um sentimento de 'indignação' com a realidade político-social. Segundo, a Constituição Nominal é carregada por uma 'esperança', em que o texto constitucional pode ser cumprido em um porvir. Por fim, a Constituição Normativa é mais que uma 'satisfação' mas uma 'vivência'.

Entrelaça, assim, um misto de racionalidade e expectativas desde uma norma escrita em um determinado momento. Segundo Karl Loewenstein, os Estados Modernos estão associados aos Estados Constitucionais possuidores de constituições escritas, em que o poder constituinte é um procedimento para elaboração desses textos, fenômeno comum e universalmente aceito pelas organizações estatais contemporâneas, ainda que muitas vezes apenas em sentido formal para o exercício do 'poder nu' (semelhante à figura de 'vida nua' em Giorgio Agamben e Walter Benjamin). A grande virtude, segundo o autor, de um texto escrito está em que nesse momento há um reequilíbrio de forças no esforço de mútua acomodação de interesses.

O argumento da biopolítica revela, contudo, que existem diversas forças competindo com a Constituição e mesmo a assegurando. O texto escrito torna-se, assim, um 'pré-texto' para a aplicabilidade das forças sociais, econômicas e políticas. Esse 'pretexto', todavia, será matizado por necessidades surgidas fora das previsibilidades do parlamento e espalhado em distintos 'contextos' capilarizados até a microfísica de poderes socialmente difusos. Ocasão, pois, de revelação da face do biopoder e de aparato de dispositivos. Se anteciparmos Negri, seria como se atualmente estivéssemos na transição de distintos constitucionalismos nominais no globo que passam a deixar de crer nos ordenamentos jurídicos e transitam rumo ao despertar de um constitucionalismo semântico.

O pensamento de Herman Heller⁶ também parte da positividade do direito em sentido mais amplo (porém não como um ‘ideal’ de direito – Gustav Radbruch). Vale dizer, enquanto ‘ordenamento jurídico’ em suas relações com o Estado, na compreensão do enlace entre o ‘ser’ do direito e sua normatividade. Empenha-se na formulação distinta de Carl Schmitt, assim não embasada em uma soberania política ou na exceção, mas na crença de uma ‘*vontade do Estado*’ com princípios jurídicos suprapositivos, já concebendo só haver poder se for juridicamente organizado. Direito e Estado resolvem-se na positividade das normas.

Se a visão schmittiana trata da existência política, e não de organização de normas ou o direito e sua normatividade, então Herman Heller antagoniza e propõe o sentido de dominação histórica somente considerada como poder político graças a instância intermediária do direito apta a conferir-lhe essa conformação e integração estatal.

Ainda segundo Herman Heller está a crença de que o Estado soberano possui o monopólio da coação física legítima. Esse representa um dos motivos de crença pelos quais Herman Heller define tão fortemente a importância do Estado como um detentor soberano e legítimo para fins de decisão e ação com órgãos especiais na organização social capazes de conferir a ordenação normativa social do direito. A força normativa, desse modo, do direito correlato ao poder compreende a regularidade e a normalidade. A tese não é, todavia, encampada pela biopolítica, como será visto, diante de uma anátomo-política exposta por Michel Foucault tecida de pequenas coerções espalhadas para a normalização social e voltadas muito mais para a anormalidade e para o patológico asseguradores, esses sim, desse próprio direito.

A dimensão de normalidade e integração entre direito e Estado fica apresentado com uma modulação de temporalidade na análise do constitucionalismo americano em Bruce Ackerman⁷. Segundo ele existe uma dualidade em que há, de um lado, uma atuação do governo e de administração corriqueira de políticos (‘*We the politicians*’), no entanto, de outro lado, há momentos de tomadas de decisões pelo povo soberano (‘*We the people*’).

Existe, em tais momentos, um ‘efeito locomotiva’ nos quais os movimentos sociais preponderam sobre as instituições na qualidade de uma ‘adaptação não convencional’, ou

⁶ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: mestre jou. 1968.

⁷ ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. Julia Sichieri e Mauro Raposo Mello. Belo Horizonte: del rey. 2008.

seja, com uma legitimação de práticas apenas aparentemente ilegais promovendo a estabilidade e continuidade constitucional diante de guerras, catástrofes econômicas ou apelos à consciência nacional. Três foram os momentos do constitucionalismo norte-americano destacados pelo autor: a Fundação pelos Federalistas, a Reconstrução da União pelos Republicanos após a guerra civil e, também, a legitimação dos Democratas durante e depois a Grande Depressão.

O ‘povo’ passaria a ter um governo com autoridade nacional, não mais descentralizada, e com igualdade jurídica e bem-estar econômico dos cidadãos como uma meta a ser alcançada. De confederação fragmentada para União Federal, de escravidão para liberdade, de *laissez-faire* para Estado regulador ativista. Um descumprimento da lei que não se considera fora da lei. Mais claramente está em questão a insuficiência da lei positiva para tratar de questões que fogem à normalidade.

A exceção, nesse enlace, tem uma figura de conformação da normalidade, uma análise já notada pela biopolítica, diante do biopoder manifestando o poder soberano para preservação da ordem jurídica. Ocorre, aqui, um repensar de Thomas Hobbes e seu Leviatã estatal, um *‘deus ex machina’*.

Segundo Norberto Bobbio⁸, Hobbes possui uma obstinação de combate a uma ideia de dissolução do poder político. Centra-o, porém, na figura subjetiva identificada no soberano e no racionalismo moderno. A máquina, racional, age como mecanismo de artifício humano na forma do Estado, a fim de suprir as deficiências da natureza. Dessa forma compreendem-se os mecanismos naturais para imitar, potencializar, recriar e aperfeiçoar, com a estatalidade, como grande engenho humano, um novo homem artificial.

Supera-se, com esse artifício, comparado com um relógio por suas diversas engrenagens, o estado natural em que todos encontram-se em igualdade tanto pela possibilidade de morte como pela escassez de bens associada ao desejo de realizar os próprios objetivos. Essa desconfiança e guerra constante e permanente demandam a razão como forma de estabelecer uma convenção com renúncia de faculdades individuais a um soberano fazendo cessar o estado da natureza e surgir o Estado. A única renúncia que não faz se é da própria vida, muito embora a biopolítica questione também isso.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: campus. 1991.

Essa passagem ocorre com o ‘povo’ enquanto uma ‘multitudo’ e não como uma ‘universitas’. Dito de outra forma, não se trata simplesmente de uma noção majoritária de desejo de um pacto social (‘universitas’) mas de uma formação com pretensões de indissolubilidade por unanimidade (‘multitudo’). Nesse último incluso o próprio soberano para se houver um interesse em rescisão desse pacto social de criação da figura estatal.

Em Hobbes combate-se fortemente qualquer contrariedade, coibindo-se inclusive opiniões contrárias, a fim de evitar potencialidades de guerras. O soberano, em Hobbes investido do poder estatal, estabelece sua vontade soberana. A sua teoria pretendia resolver um problema europeu das guerras civis religiosas, tendo o filósofo político vivenciado a situação e os problemas da guerra dos Trinta Anos. Por tais razões empenhou-se nessa pretensão teórica de um modelo que se fundamentasse fora do pensamento religioso e tivesse bases na razão e no engenho humano distantes de uma situação de guerra e conflito e em favor de construir um modelo capaz de conferir unidade ao poder estatal.

Se Bodin já havia concebido o Estado como único ordenamento soberano, distanciado portanto da autoridade medieval da Igreja, em Thomas Hobbes havia sido conferida uma consistência racionalista de unificação política de índole moderna.

Todavia, como nota o argumento biopolítico, já se constata o gerenciamento dessas necessidades de vida e morte na forja do Estado. Além disso, essa transição de uma racionalidade onipotente e de um soberano investe-o de poderes plenos, inclusive, sobre a dimensão teológica, assim secularizada. Uma razão única indissolúvel.

A questão da normatividade em Hobbes soluciona-se diante da vontade do soberano já investido pelo pacto social de plenos poderes de ação. Não existe um ato de poder constituinte para elaboração do poder constituído ou da lei constitucional relativa, através de uma assembleia geral, mas o soberano já encontra-se investido, *ab ovo*, enquanto um mandato racional na pura saída do estado da natureza e no exercício da razão e engenhosidade humana por meio da constituição moderna do Estado. É o soberano quem define e articula a constituição e o Estado por sua autoridade racional de preservação da indissolubilidade da ‘*multitudo*’.

Essa autoridade do soberano recebe uma nova construção com Carl Schmitt⁹. A unidade não decorre de um pacto social, mas de uma qualidade política. De um povo, ou

⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: alianza. 1996.

conjunto de pessoas tornada uma ‘nação’, nisso consistindo a sua unidade. Portanto, não decorre de um jusnaturalismo racionalista como em Hobbes, nem mesmo depende da normatividade juspositiva enquanto um conjunto de normas a fundamentar conjuntamente direito e estado como em Herman Heller. Ao contrário, o soberano expressa uma unidade política de modo ‘permanente’, assim não dependendo de um poder constituinte para manifestar-se apto a fazer-se sentir no ‘estado de exceção’, e ‘cíclico’, oscilando entre a normalidade e a exceção.

Dessa forma, reconhece a normatividade da constituição enquanto um dever ser, sem fugir da corrente tradicional. A constituição relativa é um ‘ato’ emanado do poder constituinte, mas a unidade e ordenação política não decorre desse texto. Serão as decisões políticas prévias que irão orientar a forma política de um povo concreto, por exemplo, o povo alemão. Nesse sentido, o ‘dever ser’ decorre do ‘ser’. O ‘ser’ não de uma classe dominante ou de um soberano, mas de um ‘povo’ político e existencialmente definido.

A lei constitucional poderá ser suspensa para preservação da Constituição absoluta, que se encontra incorporada à decisão política prévia ancorada no ser do ‘povo’, de modo a permitir o ‘estado de exceção’ para superar crises políticas, econômicas e sociais nas quais o ser do ‘povo’ emerge em decisões. Carl Schmitt aponta o *“Instrument of Government”* de Cromwell em 1653 como o primeiro exemplo de Constituição moderna, enquanto uma forma de defesa às maiorias parlamentares, assim legitimando a ação contramajoritária.

O ‘poder constituinte’, ao instaurar o texto de uma lei constitucional, expressa a vontade política de uma existência política concreta. O seu fundamento de validade não é um pressuposto lógico-racional como em Kelsen, mas no ‘ser político’ existencial. Essa decisão política fundamental, todavia, não fica retida no tempo constituinte, mas fica ao lado e acima da Constituição fazendo subsistir essa vontade. A ‘nação’ é o poder constituinte, não uma assembleia, que pressupõe ao Estado e define seu modo e forma fixo. Esse poder constituinte não está submetido a regramentos racionais, mas encontra-se em estado da natureza.

O ‘povo’ expressa sua vontade imediata com unidade política e opinião pública, de modo que Carl Schmitt admite a aclamação como ferramenta de manifestação do titular do poder constituinte. Não é uma instância firme e organizada, ou uma autoridade

permanente, com competências fixas de atuação. Mas pode ser continuamente acessado, enquanto força e energia vital que existe e quer continuar existindo.

Em Carl Schmitt, portanto, o sentido de biopoder e a normatividade de uma constituição serão expressados enquanto democracia direta de um poder constituinte, mediante: (a) assembleias nacionais (b) referendo; (c) assentimento de estados membros para uma constituição federal; (d) plebiscito geral; (e) exceções na prática democrática.

Todavia, o ‘ser’ do político, ou o ‘biopolítico’, a orientar o sentido e a interpretação e a força normativa do texto constitucional, não se encontra nas formas de articulação da razão consensual e da vontade política de aclamação, sendo isso uma inexatidão. Está, ao contrário, difuso. Encontra-se no saber clínico médico, nas práticas jurisprudenciais, nas práticas hospitalares, nos cuidados educacionais de crianças, ou seja, em todo um conjunto de engenhosidades que articulam a grande máquina da modernidade, desde um vírus ou bactéria no microcosmos até a energia nuclear e a destruição total de armas com liberação de potentes forças energéticas, passando pelos campos de concentração e de definição da vida, como em diversas instâncias nas quais a regulamentação da vida e da morte revela o seu sentido político por distintos momentos e situações, dessa forma, parafraseando Agamben, em ‘limiaries’ e assim transitando ciclicamente no corpo e na alma ou espírito social.

A ‘dignidade’ estatal não ingressa como um trabalho do racional ou do universal normativo, cuja neutralidade do Estado constitucional do liberalismo político hobbesiano havia inaugurado na modernidade a fim de solucionar a questão da unidade estatal e pôr fim às guerras civis religiosas. Mas é pressuposto no ‘ser’ existencial que desloca teorias de princípios ou de justiça universalista para o concreto e para a decisão política.

A soberania, em Carl Schmitt, está na subjetividade constituinte da ‘nação’ enquanto povo histórico concreto. A biopolítica em Michel Foucault irá investigar a respeito desse direito público histórico como fonte moderna do direito. Em Giorgio Agamben vê-se a dimensão da vida nua oscilando entre o incluído e o excluído, na inclusão da *zoé* como revelação desse estado de necessidade moderno de gerenciamento da máquina hobbesiana construída pelo artifício humano e da rearticulação da *bíos* na esfera da cidadania. Em Antônio Negri e Michael Hardt será compreendida a dimensão do capital e da sua autofagia por uma multidão progressivamente mais ativa e participante em cooperação do intelecto geral.

O tema da tese analisa uma trajetória para o conceito de biopolítica com as formas jurídicas e encontra-se diante do problema de compreensão da subjetividade política filosófica produzida pelo biopoder em face da questão da força normativa da Constituição expressadas como ‘nação’ e ‘cidadania’ de titulares do ‘poder constituinte’, esse não mais em sentido estático e fixo, ‘originário’, para criação de um poder constituído. Assim, a tese não formula uma genealogia própria, mas destaca três possíveis genealogias da biopolítica como na figura de ‘vida nua’ do *‘homo sacer’* (Giorgio Agamben), através das noções de panoptismo como tecnologia de biopoder (Michel Foucault), e de ‘multidão’ cuja presença gradualmente aumenta sua expressão e presença (Antônio Negri e Giorgio Agamben).

A tese, lançando-se nessas propostas com distintos enfoques e semelhantes problemas, propõe-se à noção de um ciclo constituinte permanente operando enquanto força integradora da sociedade. Fora portanto de uma linearidade de ordem e progresso da razão humana e mais atenta a uma circularidade de construção e desconstrução do biopoder como explícito em momentos de ‘estado de emergência’. Atento ao caráter constituinte não de uma assembleia temporalmente marcada para a elaboração de um texto constitucional relativo, mas a uma realidade de manifestação contemporânea onde se faz presente a imediatividade de manifestações populares como ‘indignados’ ou insatisfeitos contra o sistema político existente. Ou seja, uma vontade política mais ativa e desconfiada da política global praticada pelos Estados. Além de ser permanente, porque não se faz originária e simplesmente solucionada com um texto constituído, mas manifesta-se diante de crises políticas, sociais e econômicas.

O Estado Democrático de Direito é uma forma jurídica definidora da estrutura organizacional constitucional formulada e um ‘além’. O sentido democrático está em evidência, não pode ser simplesmente traduzido a uma maioria de parlamento, referendo, plebiscito, ou mera aclamação, sendo que esses exercícios e práticas demonstram um pluralismo de forças e interesses díspares em crescente aumento de demandas em face do Estado, incapaz de atender a todos esses pedidos, seja pela incompatibilidade e contrariedade de tais compromissos, seja pela insuficiência de recursos com as economias em crises e endividamentos, mais controladas e suscetíveis às pressões de organizações internacionais.

A compreensão histórica e concreta dessa formulação é apresentada no capítulo 1 com Michel Foucault. A dimensão negativa de definição dessa força de biopoder e

construção do ‘nomos’ enquanto ‘tomada da terra’ e ‘tomada da indústria’ (mar) em Carl Schmitt com as críticas da vida nua lançada ao paradigma do campo e do ‘*homo sacer*’ com Giorgio Agamben são desenvolvidos no capítulo 2. Por fim, a crise do capitalismo e a tentativa de articulação de uma biopolítica positiva com a proposição de uma nova ética de multidão constituinte encontra-se em Antônio Negri e Michael Hardt no capítulo 3.

Essas três versões de biopolíticas conduzem a tese ao fio de um ciclo constituinte permanente a fim de trazer luzes tanto às condições de sustentação da força normativa de uma Constituição como à noção de um poder constituinte não simplesmente originário se tomado relativamente a um texto constitucional ou a um poder constituído.

Como o texto transita entre a filosofia política e o direito constitucional, para comunicar, respectivamente, um sentido de democracia e de constitucionalismo, recorre-se a apresentar um influxo de textos secundários no esforço de esclarecer a literatura primária e a construção dos argumentos centrais da tese, não se direcionando a tese exclusivamente os operadores do direito.

Por fim, vejo com ressalvas os dogmatismos de uma definição a respeito do “neoconstitucionalismo” ou “pós-positivismo”. A leitura biopolítica proposta pretende auxiliar na compreensão do atual ativismo das Cortes Constitucionais, com a latência de uma “dignidade social” ou de uma “cidadania transnacional”, que não se dá conta do movimento de significância econômica, social e política global mais abrangente. Esse influxo de direitos minoritários é o reflexo de leituras mais envolventes que os teóricos da biopolítica já enfrentam.

Capítulo 1) A biopolítica em Michel Foucault.

O conceito de biopolítica pensado pela primeira vez por Michel Foucault não foi apresentado de uma forma conclusiva em suas pesquisas. Está ‘pressuposto’ na compreensão do regime governamental do liberalismo apto a capturar, então, a biopolítica, enquanto uma ideia na qual os traços biológicos da ‘espécie humana’ ingressam na política¹⁰. Essa inconclusividade deve-se sobretudo ao seu método de estudo em caráter mais fragmentário que propriamente coeso, ou seja, não é centrado a partir de uma ideia universal em conceito puro. Mas penso que existe sim uma consistência teórica em suas investigações filosóficas, de maneira a revelar um estudo da modernidade econômica e fabricação de sujeitos como uma grade formadora daquilo que no direito entendemos como ‘poder constituinte originário’, contudo, em caráter permanente. Com Foucault abre-se uma nova percepção do enlace lógico-temporal dessa teoria jurídica. Isto é, quebra essa pressuposição de um necessário antecedente lógico-temporal linear à Constituição, mas com o poder constituinte que se faz presente de modo contínuo e constante, com maior ênfase e não apenas, nas instituições.

Da parte da teoria do direito constitucional tem-se igualmente pressuposta a ‘ideia de soberania’ e não enquanto uma realidade de fato em “atualidade”, ou mesmo que se imponha de modo explícito a respeito da vida como revela a biopolítica. Acreditamos, como tese, que com Michel Foucault o argumento da biopolítica apresenta uma grade moderna cuja mecânica importa na estruturação do poder constituinte originário de uma forma diferente da doutrina tradicional, ou seja, a soberania erige-se sobre a vida nua controlando-a em um dínamo gradual de ampliação.

Na presente investigação, não se pretende aprofundar em todos os aspectos de contributos específicos de biopolítica, ou mais especificamente ‘arqueológicos’. Por exemplo, o conceito biopolítico de ‘sexualidade’ destacadamente considerado no bojo de seus três volumes de *‘História da Sexualidade’*¹¹. Interessa, com o foco na importância para o direito, a trama de instituições jurídico-políticas. Vale dizer, a biopolítica como

¹⁰ Em ‘Nascimento da Biopolítica’ Foucault fala em uma “intenção” em tratar da “biopolítica”. IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010.p.60-61.

¹¹ É importante destacar, aqui, haver uma questão relativa ao conceito de “desejo” (mais explorado em Antônio Negri e Michael Hardt). Como se trata de complexa questão relativa à filosofia em sentido mais puro, penso que isso retiraria o cerne mais político da tese, mesmo em seu caráter biopolítico. O foco aqui está mais nas tecnologias e aplicações e usos políticos desse desejo.

campo entre polaridades de uma tensão entre “poder constituinte-poder constituído”. A vida da ‘população’ entre o poder e a norma, ou entre a política praticada e o direito institucionalizado. Ou seja, o poder constituinte seria mais uma ficção de sentido lógico, enquanto o biopoder manifesta-se e exerce a ‘efetividade’ e a ‘verdade’ constituinte sobre os poderes institucionalizados constituídos e das normas jurídicas de direito. Não haveria uma ‘Norma Hipotética Fundamental’, mas, sim, o fundamento social e concreto, acurado e vigilante, arquitetônico e ‘microfísico’, em dimensões ‘econômico-gerenciais’ de vidas e corpos existentes numa grade biopolítica, que possui função de receptáculo moderno do ordenamento e sistemas de direito. Para muito além, portanto, de um sistema representativo e eleitoral como escopo limitado da política, pensada no direito tradicional e no direito constitucional positivo.

Optou-se, como estratégia de abordagem, por apresentar em cada uma das quatro seções do presente capítulo um ponto de partida com trechos de jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal brasileiro como da Suprema Corte norte americana para recontextualizá-las e evidenciar existir implicitamente o problema da biopolítica. Apesar da forma das citações ser em “epígrafe”, tais servem apenas de deslocamentos discursivos para introdução do tema, como uma imagem ou uma peça retirada de um cenário jurídico-arqueológico, para fins de despertar o leitor para a temática a ser abordada cujo foco é o desenvolvimento do argumento biopolítico.

A investigação do conceito de Michel Foucault, seguirá quatro dimensões a respeito da biopolítica, revelando suas características nos contornos conceituais: primeiro o seu aspecto histórico, uma vez que não é possível pensar um sistema político sem articular nele uma noção de população histórica e concretamente situada, e estabelecida em torno de uma articulação de ‘sociedades’ dentro de uma mesma construção jurídico-formal constitucional (1.a); segundo, evidencia-se a formação das instituições, a partir da modernidade, diante do coeso controle do corpo dos indivíduos, ou seja, o corpo e a vida encontra-se em estado de vigilância pela política (1.b); terceiro, esses corpos tem não apenas a disciplina das instituições, mas também, pede-se uma licença linguística, a sua própria ‘liberdade’ ‘liberada’ pelo liberalismo, coordenando tais corpos economicamente e gestando as razões de estado em suas óticas expansivas de poder de polícia (1.c); quarto, a tecnologia do biopoder existe não em sentido individual, mas ‘populacional’ ou estimulando um capital-humano que satisfaz seus interesses em coextensão com as razões de estado governamentais (1.d).

1.1. A biopolítica em Michel Foucault em relação com o direito.

*Em face de tal contexto, revela-se **plenamente** invocável **antiga jurisprudência** desta Suprema Corte **no sentido** de que as regras constitucionais supervenientes **não** se revestem de retroprojeção normativa (**RTJ 155/582-583**), **eis** que os preceitos **de uma nova** constituição **aplicam-se**, imediatamente, **com eficácia** “ex nunc”, **ressalvadas** as situações excepcionais **expressamente definidas** no texto da Lei Fundamental (**RTJ 143/306-307**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).*

*Na realidade, esse entendimento – **que enfatiza a eficácia prospectiva** do ordenamento constitucional – **ajusta-se à orientação** segundo a qual, **ressalvada disposição constitucional em contrário**, **prevalece** o princípio fundamental da **incidência imediata** da nova Constituição. **É que** – **não custa reiterar** – “As Constituições têm incidência imediata, **ou desde** o momento em que ela mesma fixou como aquele em que começaria a incidir. **Para as Constituições, o passado só importa** naquilo que ela aponta **ou** menciona. **Fora daí, não**” (PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.1, de 1969”, tomo VI/392, 2ª ed., 1974, RT - grifei). (grifos do autor)*

(Trecho de voto do Ministro Celso Melo na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF)

Ainda que se negue, o direito possui arrimo histórico.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, entendeu-se, à luz da manifestação do Ministro Celso Melo, que a Lei de Anistia de 1979, prévia portanto à Constituição Federal de 1988, “já teria irradiado (e esgotado) toda a sua carga *de eficácia* desde o instante mesmo em que veio a lume” e, por essa razão, não haveria com que se falar em cheque de validade perante a Carta Constitucional de 1988, porque, uma vez exaurida a aplicação, não haveria motivos para repensá-la.

Constituições seriam, nessa sequência lógica, filhas de um rompimento. Isto é: uma marca de ruptura histórica. Por meio de uma Constituição, assim, inicia-se uma nova história. Não que a história “pretérita” não seja importante. O voto é claro quanto a isso. Assim prosseguiu: “não impõe óbice à busca da verdade”. De maneira que a história pode

ser contada e recontada. Mas, para o direito, para o ordenamento, ela não possui “validade”. Ou dito de outra forma: o positivismo jurídico-constitucional instaura uma ordem jurídica, mas deriva de uma mera Norma Hipotética Fundamental. Ou de que o direito necessita, apenas, de uma remissão aos universais da Constituição. O direito é uma teia, que tece seus fios normativos, mas para ele não importa quais os ramos que a sustentam¹².

Existe nisso um kantismo forte. Por meio de *Immanuel Kant* a possibilidade do conhecimento da “verdade” é crivado pelo sujeito do conhecimento. Ora, esse sujeito, para o direito, é um sujeito-constitucional. Considerada a noção de constitucionalismo como uma abstração jurídica que confere o sentido histórico de uma determinada nação. Por exemplo, o caso da República Federativa do Brasil, nascida em 1988, em que o conceito universal de “República” e “Federativa” e “Brasil” inicia sua existência dentro de limites de “território nacional” (espaço) e “1988” (tempo). Por essa razão, por haver um sujeito que somente pode conhecer a partir de universais determinados em espaço/tempo que se constata a intensa presença do kantismo na manifestação de trecho de voto acima proferido.

A questão não é que os universais, como atos de fala, e portanto de discurso e saberes, não merecessem ser ditos. Dizem demais. Dizem sobretudo quando a respeito do que não dizem. A questão é como esses conceitos ingressam no real. Como uma virtualidade é apta a ingressar na história e alterar a realidade. A décima primeira tese sobre Feuerbach¹³. O direito, o discurso jurídico, altera a realidade no presente na medida que silenciosamente narra o passado, precisamente, ao não dizê-lo.

É de se indagar a respeito desse silêncio: se propositado, como ínsito ao aspecto político e institucional a que o discurso jurídico e sua jurisprudência perpetuariam. Assim, além do kantismo, a insistência nesse silêncio quanto ao conflito e quanto à disputa política seria algo tão antigo quanto à filosofia de Thomas Hobbes, desde sua clássica noção de que “*o homem é o lobo do homem, numa guerra de todos contra todos*”. Esse resquício ‘silencioso’ da presença hobbesiana poderá ser assim pensado nas lições de

¹² Não trarei aqui considerações a respeito do pós-positivismo porque meu objetivo é inserir o argumento da biopolítica em Michel Foucault. No pensamento foucaultiano o pós-positivismo, que é uma versão contemporânea e moderna de kantismo, já estaria comprometida com os universais hobbesianos. Por isso torna-se excessivo falar em pós-positivismo. Esse argumento ficará mais claro ao longo da exposição.

¹³ “Os filósofos têm interpretado o mundo de formas diferentes; a questão, porém, é transformá-lo.”

Michel Foucault:

No fundo, tudo se passa como se Hobbes, longe de ser o teórico das relações entre guerra e o poder político, tivesse desejado eliminar a guerra como realidade histórica, como se ele tivesse desejado eliminar a gênese da soberania. (...) Hobbes torna a guerra, fato da guerra, a relação de força efetivamente manifestada na batalha, indiferentes à constituição da soberania. A constituição da soberania ignora a guerra. O adversário invisível do Leviatã é a conquista. (...) Parecendo proclamar a guerra em toda a parte, do início até o fim, o discurso de Hobbes dizia, na verdade, justo o contrário¹⁴.

Assim, Thomas Hobbes, nas palavras de Foucault, retirou o conceito fundamental de soberania do discurso jurídico como um velamento. O discurso jurídico estaria acostumado a um certo distanciamento à realidade de fato e de força a que seja subjacente desde sua instauração enquanto ordem jurídica. Hobbes procura fundar, à luz do Leviatã, um novo discurso – o discurso jurídico – que pudesse orientar as relações humanas fora do campo da guerra. Sem a guerra, ela mesma, ter sido eliminada do mundo dos fatos. Ou seja, sendo a guerra um “irrelevante jurídico”. A guerra é, para Foucault, o “*adversário invisível do Leviatã*”.

Foucault afasta-se de Kant, porque não considera ser o sujeito capaz de produzir o conhecimento¹⁵. Ao contrário, o sujeito é constituído pelo discurso. O centro gravitacional da filosofia foucaultiana será que “*as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade*”¹⁶. Não apenas a sociedade estaria, sim, ao contrário do que se afirmou na ADPF nº 153/DF, constituída num “passado-presente” por uma realidade histórica, como o próprio sujeito-indivíduo que habita na sociedade, no caso brasileira (espaço-temporal), é constituído por condições político-econômicas e por relações de verdade existentes em discurso, as quais apenas se qualificam como universalistas e abstratos, ordenados, unitários e neutros.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010.p. 81-82.

¹⁵ Ou seja: “*não remeterá seu questionamento às condições de possibilidade de um sujeito fundador da validade da experiência possível.*” YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P.13.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. p.25.

É colocado assim em questão se seria lícito levar tão à sério os discursos universalistas e teóricos, ou a filosofia poderia apresentar uma abordagem diferente no campo das ciências humanas, com uma sistemática reflexiva da história em sua concretude, na qual se entende por ciência “o lugar próprio da verdade; entretanto, por conta de sua historicidade, não se pode compreendê-la a partir da determinação de uma lógica geral de cientificidade, mas apenas como produção regional de normatividade¹⁷”. Analisar o poder à distância da teorização, de modo que “ele não é, de forma alguma, um teórico do poder¹⁸.” Cai, assim, em Foucault, a pretensão, por exemplo, de tipo rawlsiana, em torno de uma teoria da justiça.

Essa é a metodologia reversa proposta, como uma ‘forma de pensar’ por Michel Foucault, “um tipo de investigação que incide sobre o saber (campo de um ordenamento discursivo da experiência) e não sobre a ‘ciência’¹⁹”. Dessa forma, importa apenas em um segundo momento esse discurso jurídico, deslocado de uma ‘ciência jurídica’, mas analisado enquanto uma prática decisória jurisprudencial, contido em um saber jurídico anterior a essa prática. Essa é uma força de tensão entre o dizível e o não dizível, entendida por Deleuze, como o foco da atenção de Foucault, isso implica em assentar “não só que poucas coisas sejam ditas, mas que ‘poucas coisas possam ser ditas’²⁰”

A relação entre a ‘biopolítica’ e o discurso jurídico produzido enquanto ‘ciência jurídica’, isto é: o resultado de um saber dentro de uma metodologia empírica foge à sistematização a que os estudiosos do direito estão habituados em análises de universais amparado pelos filósofos políticos. Por essa razão é importante tecer algumas considerações mais atentas a respeito dessa abordagem metodológica.

¹⁷ YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013.p.37.

¹⁸ “É a proposta de um novo mundo para o conhecimento, a possibilidade de um novo saber”. IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalcitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010. P.19.

¹⁹ YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P.69.

²⁰ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 14-15.

1.1.1. Uma metodologia de saber empírico diante de uma ciência universalista.

A biopolítica encontra-se nas reflexões posteriores de Michel Foucault. A sua pesquisa ganhou densidade como uma espécie de gravitação expansiva. Isso implica dizer que os problemas de biopoder estão em sua fase mais elaborada de pensamento, razão pela qual são necessários esclarecimentos de método quanto ao tipo de pesquisa que desenvolveu. Pode-se falar em três momentos de seu pensamento: a primeira que se questiona a respeito das práticas discursivas constitutivas de saberes (arqueologia); a segunda pensa a respeito dos mecanismos de poder relacionados à produção de saberes (genealogia); a terceira, por fim, trata da constituição de si como sujeito (biopolítica)²¹. A biopolítica engloba essas três etapas e vê o sujeito como resultado tanto de saberes como de mecanismos que produzem saberes.

Como afirmam Hubert L. Dreyfus e Paul Rabinow, desde sua primeira fase, vê-se que *“a arqueologia serve para isolar discursos-objeto, ela serve para distanciar e desfamiliarizar os discursos sérios das ciências humanas”*²². Haveria em Foucault uma perspicaz análise que, de modo original, utilizaria tanto a hermenêutica como o estruturalismo para estudar o foco de sua pesquisa centrada no ser humano²³. Eles assim denominam seu método de uma história “analítica interpretativa”, isto é: *“o diagnóstico de que a crescente organização de tudo é o tema central do nosso tempo não é de modo algum empiricamente demonstrável, mas antes emerge como uma interpretação”*²⁴.

A problemática de Foucault não está no lado da moeda jurídico-institucional com a qual o direito tradicional está acostumado a lidar. Mas com o seu anverso. Não há como separar e analisar uma cadeia de pensamento sequenciada a partir de um saber científico que toma como fato a superação do estado da natureza e o momento do pacto social já constituído. Ambos estão umbilicalmente intrincados e devem ser analisados em conjunto, *“é mostrar como não existe de fato uma coisa, o poder; mostrar que o que existe são*

²¹ Tais seriam os momentos: *“o primeiro momento interroga o que habitualmente se entende por ‘progresso do conhecimento’ (...); o segundo interroga o que habitualmente se entende por poder (...); o terceiro momento interroga o que habitualmente se entende por sujeito”* IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalcitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010. P. 13.

²² DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013.p.XXV.

²³ *“A abordagem estruturalista tenta eliminar tanto o sujeito quanto o sentido, buscando leis objetivas que regem toda a atividade humana. A posição oposta, que reunimos sob a rubrica geral de hermenêutica, abandona a tentativa fenomenológica de compreender o homem como um sujeito doador de sentido, mas tenta preservar o sentido ao localizá-lo nas práticas sociais e nos textos literários produzidos pelo homem.”* Ibidem, p.XVIII.

²⁴ Ibidem, p.XXVII.

práticas discursivas que delimitam quem, como, quando e onde se pode dizer ‘a verdade’ do poder²⁵.” A biopolítica nos informa a respeito do constitucionalismo, que a tensão ‘pré-contratual’ do estado da natureza mantém-se atualizada através do biopoder com uma série de dispositivos necessários ao suporte de teorias jurídicas filosóficas universalistas. Desse modo, vê-se novamente uma postura contrária à Hobbes, a qual pretende ampliar a compreensão da *“inteligibilidade guerreira das relações sociais e do poder soberano, e ‘essa tecnologia de poder que tem como objetivo a vida²⁶’.*”

A atenção maior com o foco de pesquisa é voltado a respeito de uma realidade histórica. Assim esclarece Deleuze a respeito de Foucault: *“Uma época não preexiste aos enunciados que a exprimem, nem às visibilidades que a preenchem²⁷.*” A interpretação por meio de um enunciado somente ocorrerá diante de um acúmulo de práticas visíveis empiricamente, de maneira que: *“Um enunciado sempre representa uma emissão de singularidades, de pontos singulares que se distribuem num espaço correspondente.(...) O que conta é a regularidade do enunciado: não uma média, mas uma curva²⁸.”*

No direito, valerá muito mais o que a jurisprudência efetivamente pratica e os seus desvios do silogismo, suas curvas praticadas nos alargamentos ‘*praeter legem*’ e ‘*contra legem*’, ou a substância dos julgados, do que propriamente os valores que uma ciência jurídica axiológica ou deontológica expõem em teoria. Possui valor o que no julgado consta como ‘tese vencida’, envergado pelas teses afirmativas, e que se acumulam abaixo de um saber-poder. O objeto são *“as regularidades acumuláveis, repetíveis e que se conservam ‘em si’. A multiplicidade não é axiomática nem tipológica, é topológica²⁹.”* Uma forma de pensar não científica, mas cujos enunciados interpretativos surgem como um ‘saber’³⁰, que: *“não é ciência, nem mesmo conhecimento; ele tem por objeto as multiplicidades anteriormente definidas, ou melhor, a multiplicidade exata que ele mesmo descreve, com seus pontos singulares, seus lugares, suas funções³¹.”*

Se a arqueologia tem como foco no problema empírico, por sua vez a genealogia

²⁵ IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalcitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010. P.24.

²⁶ Ibidem, p.58.

²⁷ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 58.

²⁸ Ibidem, p. 15-16.

²⁹ Ibidem, p. 25.

³⁰ *“O saber é um agenciamento prático, um ‘dispositivo’ de enunciados e de visibilidades. (...) Há apenas práticas, ou positivities, constitutivas do saber: práticas discursivas de enunciados, práticas não-discursivas de visibilidades.”* Ibidem, p. 61. O enunciado do saber ocorre por acúmulo: *“Eis o que é um grupo de enunciados, ou mesmo um enunciado sozinho: multiplicidades.”* Ibidem, p. 24.

³¹ Ibidem, p. 30.

promove uma digressão histórica, que pretende, afirma Foucault: “*uma espécie de empreendimento para dessujeitar os saberes históricos e torná-los livre, isto é, capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico*”³². O saber toma em conta a investigação a respeito do princípio, em que o “*começo significa ‘invenção’, no sentido de produção humana em determinado momento da História. (...) O genealogista precisa da História para conjurar a quimera da origem*”³³. Em outras palavras, um princípio substitui um princípio. Uma demanda de concretude em lugar de conceitos abstratos. O discurso genealógico preocupa-se com a origem histórica desse discurso jurídico, que possui um fundamento para o direito público e não está ‘no’ direito mas lhe é anterior e “*a partir da questão presente, recuando na História, são perseguidas emergências anteriores de práticas discursivas e não discursivas objetivadas pela análise*”³⁴.

Daí porque Michel Foucault denomina-a de ‘anti-ciência’, não menos lógica ou menos fundamentada. Ao revés, trata-se de apresentar esses conhecimentos universais como inventados, abstratos, ordenados e racionalizados, que se esforçam por sustentar uma dualidade entre normalidade-anormalidade, ou de verdadeiro-falso, ou ora como um direito natural que fundaria o direito positivo, ou seu substituto enquanto direitos humanos substancialistas não escritos.

O direito emerge como um tipo próprio dentre os domínios de saberes “contra-instintivos” e em ebulição, então fundado no bojo das práticas sociais, sendo que, no subterrâneo de tais práticas, esse algo seria um fabricado. Isto é, o conhecimento discursivo constitui-se como que “*uma centelha entre duas espadas, mas que não é do mesmo ferro que as duas espadas*”³⁵. Isso é latente no caso do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da Lei de Anistia, o qual resistiu em revelar a tensão histórica, ou a abertura na ilustração de ‘centelha de espadas’ na produção de verdades nas quais o direito quer afirmar-se neutro, mas na qual está inserido e por isso pressupõe e silencia.

³² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. p. 11.

³³ DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P.97.

³⁴ *Loc.cit.*

³⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. Foucault revela que seu conceito de “conhecimento” é de inspiração nietzscheana, da seguinte forma (p.16): “*O conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer, de maneira mais precisa, por mais paradoxal que seja, que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana. O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou, inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como um germe do conhecimento. De fato, diz Nietzsche, o conhecimento tem relação com os instintos, mas não pode estar presente neles, nem mesmo por ser um instinto entre os outros; o conhecimento é simplesmente o resultado do jogo, do afrontamento, da junção, da luta e do compromisso entre os instintos. É porque os instintos se encontram, se batem e chegam finalmente, ao término de suas batalhas, a um compromisso, que algo se produz. Este algo é o conhecimento.*”

A genealogia da fundamentação histórica do direito público.

Se Thomas Hobbes pretendeu afirmar que o pacto social nos retiraria de um estado natural de guerra para ingressar num estado civil, Foucault, por sua vez, afirma que: *“sempre se inscreveria a história dessa mesma guerra, mesmo quando se escrevesse a história da paz e de suas instituições³⁶”*. De tal forma, inverte-se a percepção na qual com os Estados Soberanos e suas instituições jurídicas haveria a pacificação da guerra e o início da articulação política. Esse seria o pensamento de Clausewitz³⁷, em harmonia com Thomas Hobbes. Insurge-se a esse respeito Michel Foucault, tomando exatamente na forma inversa: *“O poder político, nessa hipótese, teria como função reinsserir perpetuamente essa relação de força, mediante uma espécie de guerra silenciosa, e de reinseri-la nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem, até nos corpos de uns e de outros³⁸”*.

Ao invés de distintos, estado da natureza e contrato social seriam concomitantes enquanto dois grandes sistemas de análise de poder³⁹. De um lado, o pacto é destacado pelos filósofos do século XVIII como um direito original concessivo no intuito de *“transferir ou alienar, de uma forma total ou parcial, mediante um ato jurídico ou um ato fundador do direito⁴⁰”*. Esse seria *“um direito de encomenda régia⁴¹”*, elaborado para o controle do rei desde a idade média. De outro lado, quanto à vida natural ou estado de natureza, há a análise do poder político no esquema, como diz, ‘guerra-repressão’ (e não ‘contrato-opressão’), de maneira que: *“o poder não se dá, nem se troca, nem se retoma, mas que ele se exerce e só existe em ato⁴²”*.

Assim, de modo categórico destaca um tipo de saber ou inteligibilidade guerreira: *“o esquema binário da guerra, da luta, do enfrentamento das forças, pode ser efetivamente identificado como o fundamento da sociedade civil, a um só tempo o princípio e o motor do exercício do poder político⁴³”*.

A metodologia de Michel Foucault revela, enquanto forma de pensar, um superar da distinção dicotômica ‘estado de natureza-pacto social’. No lado da natureza está a concretude de um ‘povo’, ‘corpo’ ou ‘população’. No lado da cidadania os conceitos a que estamos habituados, quais sejam: ‘dignidade humana’ ou ‘nacionalidade’. A

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. p. 16.

³⁷ *Ibidem*, p. 39: *“Mas, afinal de contas, a guerra não passa da política continuada.”*

³⁸ *Ibidem*, p. 15.

³⁹ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁰ *Ibidem*, p.13-14.

⁴¹ *Ibidem*, p. 23

⁴² Essa dimensão entre ato-potência é trabalhada por Giorgio Agamben em sua leitura aristotélica, como será observado no capítulo 2. *Ibidem*, p. 13-14.

⁴³ *Ibidem*, p.17.

preocupação central será como o ‘ato’ ou estado de natureza torna-se ‘visível’.

Não que a ‘filosofia do direito’ tradicional estivesse divorciada de empirismo, mas prestigia o reverso, desde universais jurídicos ou conceitos, como esclarecem as investigações de Karl Larenz⁴⁴. O ‘Espírito do Povo’ em Savigny é um já um conceito. A escola histórica, já pensou o concreto e o particular, em cola a esse universal. O direito, como ciência, teria condições de exteriorizar o caráter do povo, sendo que o juiz aplicava o conceito dentro de um sistema, sem a pretensão de inovar, restrita ao legislador. Para Savigny, o fortalecimento do povo está atrelado à qualidade de seu direito, o enfraquecimento das leis, ao revés, corresponde ao definhamento da noção de povo e de nação. Uma preocupação em fortalecer um conceito, um indiferente para Foucault. Já em Ihering existe uma finalidade de conhecer e agir. Como instrumentalizar os conceitos institucionalizados e torna-los mais funcionais para atingir seus resultados. Não um conceito de direito público ‘nacionalidade’, mas um conceito de ‘contrato’. Via no direito um mecanismo proporcional a seu tempo e suscetível a evoluções e adaptações pragmáticas. Assim, era necessário adequar o direito não a um conceito de nacionalidade da cultura específica alemã, mas sim voltar o direcionamento para os problemas cotidianos, organizando os interesses e a vontade dos indivíduos diante de uma sociedade burguesa e movida tanto pelo comércio, mas pelos mais variados interesses como entretenimento, distração, prazer, vaidade, ambição, respeito social, dentre outros.

Ao longo do século XX, as matrizes kantianas e hegelianas possibilitam novas leituras, que se coloca em três correntes. Em primeiro lugar, Larenz conceitua o ‘neokantismo’ como a condução para uma unidade ou *“uma reunião entre si de conteúdos singulares da consciência num modo de pensamento de validade geral. A toda maneira ou modo geral de determinar unitariamente as particularidades de certo conteúdo da consciência”*⁴⁵. Trata-se de um momento da consciência que precede a sensação, dentro de uma validade “a priori”, condicionando o pensamento jurídico ao ato, de maneira que a ciência jurídica fosse modernamente ordenada como ciência final⁴⁶. Em segundo lugar, há uma abordagem axiológica e substancialista centrada em valores. Condensa a proposta lógico-formal com a histórico-teleológica a uma ideia de direito como referencial (Rickert). Ao ponto de Kaufmann sustentar a possibilidade de um “reino de valores absolutos”. Reúne

⁴⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: fundação calouste gulbenkian. 1997.

⁴⁵ Ibidem, p. 101.

⁴⁶ Uma conformação da consciência ao sistema como uma escola pandectista de referências a Puchta e Stammler.

no sentido “a priori” o direito positivo ou histórico (Binder). Ambas ainda encontram-se vinculadas a uma concepção sujeito-objeto. Será, por fim, tratada essa sensibilidade de Michel Foucault, porém, ainda em relação de complementariedade naquela dicotomia ‘estado da natureza-pacto social’, o pensamento de Reinach, para quem as figuras jurídicas possuem um ser, de modo extra-temporal e anterior ao direito. Na concepção de Gerhart Husserl, as “figuras” do direito positivo são realizações e particularizações de possibilidade apriorísticas dadas, como uma espécie de núcleo de sentido pleno de conteúdo. Não investiga a respeito do exercício ou prática de poder de tais instituições ou práticas de poder, mas os reconhece como uma força presente.

Eis, então, a posição existente na filosofia foucaultiana, e que se revela biopolítica: a verdade e o discurso jurídico serão apresentados “*a partir de uma relação de força, para o próprio desenvolvimento dessa relação de força, excluindo, por conseguinte, o sujeito que está falando da universalidade jurídico-filosófica*⁴⁷”. Opõe-se, assim, à dialética que se endereça ao sujeito universal de uma verdade reconciliada na qual se “*codifica a luta, a guerra e os enfrentamentos dentro de uma lógica, ou pretensa lógica da contradição*⁴⁸”. Foucault irá qualificar como uma “colonização” e uma “pacificação autoritária” exercida pela filosofia e pelo direito nos universais. De maneira que não dirige desde os universais, mas “de baixo”, e assim “*deve valer como princípio de decifração da sociedade e de sua ordem visível [aquilo que] é a confusão da violência, das paixões, dos ódios, das cóleras, dos rancores, dos amargores*⁴⁹”. Haveria, pois, um poder exercido em redes que “*transita pelos indivíduos, não se aplica a eles*⁵⁰”, dentro de múltiplos esquemas de assujeitamentos em que os indivíduos são meros intermediários do poder em circulação de saberes. O poder social, assim, será articulado em binarismo de grupos ou identidades ou raças⁵¹.

Foucault, portanto, não se questionará a respeito da legitimidade ou da substância das instituições ou dos conceitos jurídico-formais. Preocupa-se, sim, com eles, porém na forma como se chega a eles. Assim, ao investigar a questão do direito, parte ao ‘como’ se construiu genealógicamente o pressuposto apto a fazer surgir algo racionalizado e

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. P.45.

⁴⁸ Ibidem, p. 49-50.

⁴⁹ Ibidem, p. 46.

⁵⁰ Ibidem, p. 26.

⁵¹ Ibidem, p. 51. Michel Foucault fala em “a partir de duas raças”. Distingue-se do conceito “racismo”: “*não é o desprezo de raças...*” *Está ligado à técnica do poder, à tecnologia do poder. (...) Portanto, o racismo é ligado ao funcionamento de um Estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano.(...) Não há sociedade a um só tempo mais disciplinar e mais previdenciária do que a que foi implantada, ou em todo caso projetada, pelos nazistas.*”

formalizado como um conceito de ‘cidadania’ ou ‘nacionalidade’ ou ‘dignidade’ desde as práticas institucionais e discursos de poder. Desde, nas palavras de Michel Foucault, a sua “fundamentação de direito público”. Ou em ‘ato’ de constituição de uma política em sua digressão histórica.

1.1.2. A nacionalidade como o lugar histórico do direito público constituinte.

A questão de um poder social que se articula entre grupos, no limiar na ‘raça’, é um pensar já deslocado da relação sujeito-objeto. O sujeito não possui uma posição de transcendental, mas “o homem é uma peça na maquinaria social⁵²”. Há distintos saberes e discursos científicos e o assujeitamento é o “efeito de um conjunto de práticas discursivas e não discursivas que se dão no seio social. Ele é, desde sua produção, atravessado pelas relações de poder⁵³.” De modo que não existe um poder político de um lado e um discurso formal de outro, uma cidadania de um lado e a vida em estado natural de outro. A vida é compreendida e compreende a si mesma dentro de uma grade de saberes, conforme Deleuze: “O sujeito é uma variável, ou melhor, um conjunto de variáveis do enunciado⁵⁴”.

Sua historicidade é articulada por meio desse filtro em que “o homem, ele próprio, foi requerido como objeto de saber enquanto ser que ‘vive’, ‘produz’ e ‘fala’, e que o faz na condição de ser finito, isto é, ‘histórico’⁵⁵.” Afasta-se do kantismo e aproxima-se de uma influência nietzschiana, porque tanto o conhecimento como o sujeito são produzidos e não pressupostos, constituindo-se o sujeito e o saber de modo indissociado⁵⁶. Não mais sujeito de um lado e objeto de outro, mas uma indiscernibilidade entre sujeito e objeto⁵⁷.

A análise da trama de relações de forças e discursos entre sujeitos na constituição de um saber, então, dará lugar às práticas de dispositivos de poder. Conforme comentam Hubert L. Dreyfus e Paul Habinow “Foucault define dispositivo afirmando que, quando conseguimos isolar ‘as estratégias das relações de força que suportam tipos de saber e vice-versa’, então temos um dispositivo⁵⁸.”

Foucault apresenta dois exemplos de como isso acontece tanto, em primeiro lugar, no caso da guerra de ‘raças’ ou ‘grupos’, quando a noção de Estados Nacionais ainda não

⁵² DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P.142.

⁵³ NASCIMENTO, Wanderson Flor do. *Entre a subjetividade e a diferença: notas foucaultianas*. In: MILOVIC, Miroslav (org.) *Sociedade e diferença*. Brasília: casa das musas. 2006. P. 85.

⁵⁴ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 64.

⁵⁵ YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P.83.

⁵⁶ “O conhecimento pressupõe a existência de um sujeito, prévio, que conhece. Um sujeito de conhecimento. Para Foucault, como para Nietzsche, esse sujeito, assim como o conhecimento, é uma produção não um pressuposto.” IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalcitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010. P.40.

⁵⁷ “O Homem se torna o sujeito e o objeto de sua própria compreensão.” DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.35.

⁵⁸ “Dispositivo se distingue, primeiramente, de episteme, que abrange as práticas não discursivas do mesmo modo que as discursivas.” Ibidem, p. 161.

se encontrava consolidada pelo Constitucionalismo Moderno, assim como, no segundo caso, o processo de evolução da própria Revolução Francesa e dos poderes nela envolvidos com saberes encontrava-se em disputa.

Uma história vê-se tributária de um sentido de grupo concreto, ou de uma ‘raça’, que aqui, “*não é prenada a um sentido biológico estável. No entanto, essa palavra não é absolutamente variável. Ela designa, finalmente, uma certa clivagem histórico-política, ampla sem dúvida, mas relativamente fixa.*” É um conceito aplicado que se aproxima ao conceito mítico-religioso de uma espécie de messianismo. Ou de um discurso histórico de resgate de uma glória perdida ou de uma terra prometida, semelhante à Jerusalém que na Idade Média era contrária às Babilônias ressuscitadas, à Roma dos Césares, que derramava o sangue dos justos⁵⁹. Portanto, um conceito eivado de revolução de uma libertação futura. Foucault destaca que o conceito marxista de “luta de classes” estava também implícito nessa noção, como revela de carta de Karl Marx à Engels de 1882, em que dizia: “*Mas, nossa luta de classes, tu sabes muito bem onde a encontramos: nós a encontramos nos historiadores franceses quando eles narravam a luta das raças*⁶⁰”. Vejamos os exemplos de Michel Foucault em confrontação direta ao anti-historicismo de Hobbes.

Em primeiro lugar, apresenta o caso da Inglaterra e da batalha de Hastings, com a conquista normanda de Guilherme em 1066. É interessante notar que Guilherme reativa velhas lendas célticas apesar de não ter conquistado a Inglaterra porque Haroldo já havia aceitado a transferência do trono. Fazia, assim, uma articulação discursiva em proveito da aristocracia e monarquia normandos. Ora, mais adiante, o que teria sido sufocado pela conquista dos normandos: o “*que, com a 'Magna Charta', com a instituição do Parlamento e com a revolução do século XVII, tentou-se restabelecer? Pois bem, trata-se de uma certa lei saxã*⁶¹”. A utopia do direito público saxão será o símbolo do Estado perfeito, comparável a Atenas, Esparta e a Moisés. Por meio da redescoberta de velhas leis, chega-se à “*reativação da guerra antes estabilizada para estabelecimento de uma nova ordem*⁶²”.

Nesse exemplo, afirma Foucault, pela primeira vez toda forma de “lei”, “soberania” e “poder”: “*devem ser analisados não nos termos do direito natural e da constituição da soberania, mas como o movimento indefinido - e indefinidamente histórico - das relações de dominação de uns sobre os outros*⁶³”.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. P.60.

⁶⁰ Ibidem, p. 67.

⁶¹ Ibidem, p. 89.

⁶² Ibidem, p. 92.

⁶³ *Loc. Cit.*

Em segundo lugar, para fins de esclarecer esse conceito de luta de raças, é o trazido o caso da França. Foucault qualifica como “*uma lição de direito público*”⁶⁴. O que há de interessante na situação francesa deve-se ao fato de não haver uma dualidade como a inglesa entre normandos e saxões, mas sim relações de parentesco até o final do século XVII. Três teses então serão formuladas ao longo da história em que princípios de direito público, nas relações de identidade de “raça”, irão de par com a história. A primeira, contada do início da Idade Média até o Renascimento, indicava serem os franceses descendentes dos francos, porque eram troianos conduzidos pelo Rei Franco, filho de Príamo, em sua retirada de Tróia incendiada, vindo a refugiar-se nas margens do rio Reno, depois da Germânia, no Danúbio. Tróia, nesse contexto, da qual se foge, contém em si o aspecto mítico-histórico de uma fuga de uma mesma soberania romana. De maneira que a França seria como outra Roma. A segunda tese é de François Hotman, que afirma serem os franceses não romanos e sim germanos, assim mantendo subordinação à monarquia dos Habsburgos. Não teriam sido os gauleses que invadiram a Gália, mas os romanos, logo a França não tinha legitimidade de exercício de um *imperium* de tipo romano. Assim, gauleses e romanos são irmãos que conseguiram a libertação romana nos séculos IV e V. A tese valeu até o século XVI. Na terceira tese histórica, de Richelieu e Luís XIV, há um galo-centrismo, que vê os germanos como um prolongamento seu. Assim como o rei da Gália havia enviado sobrinhos à Itália e à Germânia, com um tipo de saudosismo da terra natal, a invasão nos séculos IV e V seria galo-romana.

Essas discussões mudam de rumo após o final do século XVII. A questão deixa de ocorrer no âmbito de relações de direito público e o discurso e passa a ingressar no interior de um novo ‘saber administrativo’ de boa gestão. A nobreza passa a ocupar o saber do rei e a atacar o saber jurídico dos tribunais, procuradores, jurisconsultos e escrivães. Um saber a respeito das riquezas, impostos e taxas. A nobreza inicia um contra-discurso histórico do Estado contra o Estado. Com Boulainvilliers surge um novo sujeito da história que passa a tomar a palavra e contar a história⁶⁵.

Surge um tipo de saber em que um grupo político passa a atacar o ponto de articulação entre o poder e o saber no funcionamento do Estado. Não mais a história gloriosa do poder, mas uma denúncia perpétua de traições e maldades. Desse corte, o conceito de “sociedade” erige-se por um certo número de indivíduos com seus usos e

⁶⁴ Ibidem, p. 98.

⁶⁵ Ibidem, p. 112.

costumes compartilhados, enquanto o conceito de “nação” (ou “as nações”) representa os conjuntos de sociedades que têm em comum uma lei particular ou regularidade estatutária, mais do que uma lei estatal⁶⁶. A criação de um Ministério da História, dez anos antes do Estados-Gerais, já constituía-se na aceitação explícita de uma espécie de constituição, porque haveria uma matéria histórica a fundamentar o reino e não outros tipos de fundamentos de outras ordens.

Se no século XVIII a aristocracia tornava-se um sujeito da história da nação, em Sieyès haverá uma significativa inversão. O abade Sieyès estabeleceu no conceito de nação dois aspectos: um formal, constituído por uma lei ou legislatura, e outro material, no exercício de funções de exército, justiça, Igreja e administração pública ou do trabalho em geral. A inversão consiste em que apenas numa nação já “pacificada” há de se falar no aspecto material. De modo que não se trataria de uma condição, mas de um efeito de uma já existente nação. E, prosseguia Sieyès, o Terceiro Estado apenas não teria recebido o estatuto formal como único núcleo histórico da nação, por ser responsável pelo desempenho de seus trabalhos ou funções⁶⁷.

Uma virtualidade do “futuro”, constitui-se já no “presente”, uma universalidade estatal como nação do corpo social, apenas reivindicando uma forma jurídica. O sentido histórico deixa, finalmente, a noção de dominação e relações de direito público externo, para a estatização, e não mais anti-estatal. Essa a nova engenharia da Revolução Francesa:

Mas vamos ter, agora, ou poderemos ter, uma história do tipo retilíneo, em que o momento decisivo será a passagem do virtual para o real, a passagem da totalidade nacional para a universalidade do Estado, uma história, por conseguinte, que estará polarizada para o presente e para o Estado ao mesmo tempo; uma história que culmina nesse iminência do Estado, da figura total, completa e plena do Estado no presente⁶⁸.

⁶⁶ É daí, desde o conceito de “nação”, que, para Foucault, surge o problema revolucionário de nação assim como o conceito de raça e, seu derivado, a noção de classe. Ibidem, p. 112-113.

⁶⁷ Ibidem, p.183-186.

⁶⁸ Ibidem, p. 188.

Altera-se a dimensão da guerra, para uma virtualidade que ingressa no real já pacificado da guerra, em uma realidade de luta voltada para a universalidade estatal. A luta surge apenas nos momentos de transição, de crise e de exceção.

O rei irá servir-se, num primeiro momento, dessa nova classe do Terceiro Estado e de sua força viva, para retirar os privilégios econômicos e políticos da nobreza. A monarquia fortalece-se, mas não percebe que somente fez-se forte por meio dessa nova classe, porém esqueceu-se que ele, também, rei, fazia parte da aristocracia. Até que em 21 de janeiro de 1793 “*decapitou-se o rei, mas coroou-se a monarquia*”, conforme a análise de Montlosier⁶⁹. Já em Augustin Thierry destaca-se o aspecto da totalização da forma do Estado, em que se percebe os “*enfrentamentos entre dois tipos de sociedade pela constituição de um Estado, é isso que vai ser o motor fundamental da história*”⁷⁰.

Conclui Michel Foucault, que tal processo revolucionário em auto-dialetização da história representa o nascimento da dialética. A história passa a mover-se de modo dinâmico como antes não ocorria, dentro de um discurso dialético e de uma filosofia dialética⁷¹ em dispositivos de poder.

Consolida-se por meio de variadas instituições que controlam o ‘corpo’ e a ‘população’. O *mise-en-scène* do direito nubla, tão somente, o poder disciplinar que, este sim, quadricula e encapsula a coesão social. Como pensado por Deleuze: “‘O’ poder tem como características a imanência de seu campo, sem unificação transcendente, a continuidade de sua linha, sem uma centralização global, a continuidade de seus segmentos sem totalização distinta: espaço serial”⁷². É que se verá a seguir.

⁶⁹ Ibidem, p. 195.

⁷⁰ Ibidem, p. 197.

⁷¹ Ibidem, p. 199.

⁷² DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 37.

1.2. A ‘anátomo política’ e seus efeitos na sociedade e no direito.

É certo, tal como afirmado pela impetração, que em razão da evolução cultural, a nudez humana tem-se apresentado constantemente nos veículos de comunicação, mas nem por isso tem sido considerada ofensiva ao pudor público. No entanto, mesmo tendo isso em conta, bem como o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada – interior de um teatro, às 2:00h – parece-me prematuro concluir que a conduta do paciente, praticada fora do contexto teatral, não teria atingido o pudor das pessoas que lá se encontravam para assistir a um espetáculo. Somente ao final da instrução é que o Juizado poderá decidir, com base, inclusive, em novos elementos que forem colhidos, sobre a ocorrência ou não do delito.
(Trecho de voto vencido do Ministro Carlos Velloso no Habeas Corpus nº 83.996-7/RJ)

O que se encontra em debate no Habeas Corpus nº 83.996-7/RJ é se o direito punitivo constitui-se na forma de controle mais adequada ao caso. Se um diretor de teatro que reagiu às vaias da plateia com a nudez é ou não um fato jurídico e pautava uma demanda ‘disciplinar’. No voto do Ministro Carlos Velloso, não acompanhado pela Corte, entendeu-se por um padrão ético que merecia uma ‘correção’ pelo ordenamento jurídico com a conseqüente necessidade de ‘enquadramento penal’.

Ora, com o advento da modernidade a questão da cultura e, no limite, suas normalidades ou anormalidades, assim como suas adequações ou correções dentro da lei penal ou dentro de uma microfísica de poderes disciplinares, estará em novos patamares. A conduta humana será controlada e regulamentada, em seu estado natural, dentro de uma institucionalização ou de uma punibilidade e ‘correção’. No caso do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 83.996-7/RJ tem-se em debate apenas se o direito punitivo é a forma de controle mais adequada e no julgamento entendeu-se que não e foi deferido o ‘*habeas corpus*’.

Michel Foucault será claro em definir que a sociedade contemporânea em que vivemos “*merece o nome de sociedade disciplinar*”⁷³.

A sociedade disciplinar tem sua origem no final do século XVIII e início do século

⁷³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. P.79

XIX, com os grandes reformadores do direito e com a ênfase no princípio da legalidade, tendo Cesare Beccaria como um de seus maiores representantes na transição e saída do sistema punitivo da Idade Média para uma nova normalização na sociedade capitalista nascente⁷⁴, como alertou Deleuze, “*as mudanças da lei, no correr do século XVIII, têm como fundo uma nova distribuição dos ilegalismos*”⁷⁵.

Antes da modernidade, o rei era a figura que mantinha a coesão social. O crime ofendia à vítima mas também atacava a vontade do soberano expressa na lei e desafiava a sua força física⁷⁶. O espetáculo do suplício desaparece em princípios do século XIX, porque o corpo perde a sua importância, entrando em cena a alma⁷⁷.

Nesse contexto de reforma⁷⁸, a legalidade procura articular três princípios: primeiro, que a infração é desvinculada de uma falta moral ou religiosa; segundo, uma lei apenas veicula o que é útil para uma sociedade; terceiro, o crime é um dano social e não um pecado ou imoralidade⁷⁹.

Curiosamente a prisão não pertencia a esse processo reformador que pensava, por exemplo, na pena de trabalhos forçados, e desvia esse olhar da “utilidade social⁸⁰”. A penalidade no século XIX evidenciará como escopo menos a defesa geral da sociedade, do que “*o controle e a reforma psicológica e moral das atitudes e do comportamento dos indivíduos*”⁸¹. Além do que era pretendido pelos reformadores nota-se o surgimento de mecanismos de controle e, assim, asseguravam eles e não a constituição e as leis a ‘normalidade’ e a coesão da sociedade. Se é lícito falar de um poder constituinte - fora de discussão se anistiável ou não - esse encontrava-se no poder disciplinar.

Existe, assim, uma ‘máquina abstrata’ ou ‘diagrama’⁸² que opera como um “*mapa das relações de forças, mapa de densidade, de intensidade, (...) age como uma causa imanente*

⁷⁴ “*O controle disciplinar e a criação dos corpos dóceis estão incontestavelmente ligados ao surgimento do capitalismo.*” DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.178.

⁷⁵ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 39.

⁷⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. p.48.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 19-21.

⁷⁸ “*Os estrategistas da ‘raison d’État preocupavam-se com o Estado como um fim em si mesmo; o Estado se libertava de uma ordem ética mais abrangente e do destino individual do príncipe. (...) mas aumentar o escopo de poder em proveito próprio, mantendo os corpos dos súditos do Estado sob uma disciplina mais rígida.*” DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P. 181.

⁷⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. P.80-82.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁸¹ *Ibidem*, p. 85.

⁸² “*O diagrama não é mais o arquivo, auditivo ou visual, é o mapa, a cartografia, co-extensiva a todo o campo social. É uma máquina abstrata.*” DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 44.

*não-unificadora (...) a causa imanente é aquela cujo efeito a atualiza, integra e diferencia*⁸³. É um poder tal como praticado e que garante a ‘adequação’ ou a ‘correção’ da aplicabilidade dos poderes constituídos, enquanto “*uma forma de exercício de poder cujo objeto são os corpos, na eficácia produtiva de seus movimentos e singularização em vista da maximização de sua ‘utilidade-dócil*”⁸⁴.”

Será a alma e não mais o corpo do sujeito que estará anexado a uma ‘anatomia política’ de que as práticas penais são um exemplo, as quais na sociedade inserem-se dentre o universo de “*procedimentos de punição, de vigilância, de castigo e de coação*”⁸⁵. Uma rede microfísica de poderes posta em jogo nos aparelhos e instituições⁸⁶. Todavia, o poder disciplinar não se identifica com tais aparelhos e instituições, mas, como tecnologia, perpassa e os atravessa e ao próprio Estado, de maneira que seu poder constituído, “*aparece como um efeito de conjunto ou resultante de uma multiplicidade de engrenagens e de focos que se situam num nível bem diferente e que constituem por sua conta uma ‘microfísica do poder*”⁸⁷.”

A disciplina não é como um tipo-ideal de Weber, mas uma generalização e conexão de diferentes técnicas⁸⁸. Um poder que se exerce ‘de baixo’, como uma série de redes que se atravessam e nela se forma e desenvolve a sociedade⁸⁹. A sociedade não é um todo unitário como alega o ponto de vista teórico, mas fragmentária e coesa em múltiplos.

A lei, um poder constituído, importa-se com o que fizeram os indivíduos (passado), mas o que entra em jogo será a periculosidade, ou as virtualidades, não no nível do ato mas da iminência (futuro). Uma série de poderes à margem da justiça, como a polícia e uma rede de instituições de vigilância e correção. É a ideia do controle social⁹⁰.

Na Idade Média, o centro do conhecimento era o inquérito, orientado pelo que havia ocorrido⁹¹. Houve uma mudança nas sociedades modernas acompanhando a mudança da riqueza. Se a riqueza nos séculos XVI e XVII estava em terras e em moedas, no século XVIII existem outras riquezas do início do capitalismo “*investida em*

⁸³ Ibidem, p. 46.

⁸⁴ YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P. 24-25

⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P.32.

⁸⁶ Ibidem, p. 29-30.

⁸⁷ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 35.

⁸⁸ BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. São Paulo: parábola. 2013. P.123.

⁸⁹ Ibidem, p. 108.

⁹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003.P. 85-86.

⁹¹ Ibidem, p. 87.

*mercadorias, estoques, máquinas, oficinas, matérias-primas, mercadorias que estão para ser expedidas, etc*⁹².”, sendo necessário combater roubos, pilhagens e depredações. Essa nova distribuição espacial e social da riqueza social fez surgir a procura por novos controles sociais⁹³.

O modelo do inquérito não se mostrava mais como a melhor tecnologia de poder, de modo que foi desenvolvido “*um novo saber, de tipo totalmente diferente, um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência*”⁹⁴. O exame substitui o inquérito, “*Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer*”⁹⁵.

A tecnologia disciplinar terá como objetivo forjar um corpo-dócil e útil, produtivo e operativo para a sociedade, a fim de aperfeiçoá-lo⁹⁶. Um objeto de preocupação a ser examinado por um saber médico⁹⁷, para a saúde clínica como um corpo doente (“*no caso da medicina clínica a doença se oferece inteiramente à inspeção do olhar*”⁹⁸), ou para um policial na marginalidade, ou como uma loucura em análise em manicômio ou como vigilância educacional para os menores entendidos, assim, juridicamente, como incapazes para a vida civil. Deve-se produzir um sujeito para em sociedade encontrar-se operante, capaz e válido para a prática de atos de cidadania e contratos, do contrário, encontra-se em tutela de um poder disciplinar que tem o escopo de capacitar para a vida social, ‘saúdável’ e ‘ativo’.

A doença e a loucura exemplificam um ‘estado natural’, de uma ‘vida nua’ que necessita de cuidados, vigilância e inspeção maiores a serem dispensados para reconduzir à ‘dignidade’ e ‘cidadania’. Uma extensão de controle sobre os corpos através dos saberes clínicos e disciplinares na teia microfísica.

A doença é um ‘status’ transitório em quarentena a ser sanada e controlada, sendo que “*o indivíduo é o lugar no qual a doença alojou-se acidentalmente*”⁹⁹. Justifica a necessidade de sua intervenção da medicina e o controle disciplinar de ‘exame’, já os

⁹² Ibidem, p. 100.

⁹³ Ibidem, p. 102.

⁹⁴ Ibidem, p. 88.

⁹⁵ Ibidem, p. 88.

⁹⁶ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.201-202.

⁹⁷ Isto é: “*tratava-se de interrogar seu nascimento, suas condições de possibilidade e as divisões normativas que a medicina clínico-patológica acabaria por engendrar.*” YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P.18.

⁹⁸ Também o corpo como um todo: “*no volume anatomoclínica, um novo espaço de percepção médica – precisamente: o corpo doente.*” Ibidem, p. 59 e 63.

⁹⁹ DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012.p.11.

“primeiros mestres da clínica, que prescreviam a seus alunos que anotassem todos e cada uma das manifestações emitidas pelo corpo doente¹⁰⁰.”

No caso da loucura, a vitória ou a ‘cura’ é a consciência e o reconhecimento por parte do paciente da necessidade de integração da ‘normalidade’ social, de modo a poder reconhecer que *“transgrediu os padrões éticos universais da humanidade. Ele deve ser conduzido à confirmação das normas sociais, através de diferentes técnicas de reciclagem, de alteração de consciência e de disciplinarização do corpo e do espírito¹⁰¹.”*

Essa nova tecnologia de poder será um desenvolvimento de práticas iniciadas na Inglaterra e na França no final do século XVII e pelo final do século XVIII.

Na Inglaterra, é citado o exemplo dos *quakers* e dos metodistas que, contrariamente a uma legislação penal extensa, pretendiam escapar da legislação com o controle da embriaguez, adultério, recusa de trabalho, etc. Assim também é o caso da *Sociedade para a Reforma das Maneiras*, da *Sociedade da Proclamação* e da *Sociedade para a Supressão do Vício*. Surgem também pequenos grupos de auto-defesa para agitações sociais não proletárias, como é o caso da *Infantaria Militar de Londres* e da *Companhia de Artilharia*, inclusive com grandes companhias com polícias privadas protegendo seu patrimônio¹⁰². No entanto, o que inicialmente era movimentado por uma pequena burguesia, passou, já no final do século XVIII a ser animado por pessoas de uma classe mais rica, até tornar-se, finalmente, *“um instrumento de poder das classes mais ricas sobre as classes mais pobres, das classes que exploram sobre as classes exploradas, o que confere uma nova polaridade política e social a essas instâncias de controle¹⁰³.”*

Na França esse controle “por baixo” ocorria através da *‘lettre-de-cachet’*. Essa consistia numa ordem do rei, que não era uma lei ou decreto, em que o monarca absolutista obrigava alguém a fazer algo. Por exemplo, poderia obrigar desde um casamento até uma punição. Diferente das práticas inglesas, na França surgia não para escapar da lei, mas era propriamente um instrumento do monarca, todavia de maneira espontânea, que *“a comunidade exercia sobre si mesma¹⁰⁴”*. Um indivíduo poderia ficar preso até que uma outra *‘lettre-de-cachet’* o liberasse como um atestado de sua correção. A prisão assume, assim, as feições não de uma resposta a infração, mas como um cunho

¹⁰⁰ Ibidem, p. 20.

¹⁰¹ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.11.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. P. 89-92.

¹⁰³ Ibidem, p. 94.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 96.

pedagógico, para controle de seus comportamentos e virtualidades possíveis. A esse respeito esclarece Michel Foucault:

Essa forma de penalidade aplicada às virtualidades dos indivíduos, de penalidade que procura corrigi-los pela reclusão e pelo internamento não pertence, na verdade, ao universo do Direito, não nasce da teoria jurídica do crime, não é derivada dos grandes reformadores como Beccaria. Essa ideia de uma penalidade que procura corrigir aprisionando é uma ideia policial, nascida paralelamente à justiça, fora da justiça, em uma prática dos controles sociais ou em um sistema de trocas entre demanda do grupo e o exercício do poder¹⁰⁵.

Na compreensão dessa mudança, iniciada nas sociedades inglesa e francesa, Michel Foucault identifica uma figura arquitetônica como peça chave de entendimento, chamada de ‘Panóptico’. Assim o descreve: “*é uma máquina de dissociar o par ‘ver-ser visto’: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver; na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto¹⁰⁶*”, assim, tem-se uma espécie de controle estrutural, automático e impessoal, no qual o mais importante é o risco de ser visto ou pego em flagrante. Apenas de modo fictício a pessoa está sendo observada, como mera possibilidade, mas a sujeição é real e efetiva. O próprio indivíduo insere em si as próprias relações de poder e as faz funcionar espontaneamente. O modelo, de “anatomia política”, não mais centrada na sujeição repressiva de um monarca medieval no corpo supliciado, mas nas relações de disciplina e conformação ou ‘normalização’ e integração.

A ‘anátomo-política’ dirige-se à ‘normalização’, desfazendo uma doença ou trazendo a uma ‘sanidade’. Mais adiante, como se verá, a ‘biopolítica’ dirige-se a toda a sociedade, mesmo àqueles que, em momento anterior, pudessem ser considerados ‘normalizados’. A biopolítica vale nos dois polos. Mas, ainda, atendo-se à questão disciplinar do corpo.

Situa-se na vida cotidiana dos homens e tem o caráter polivalente para diversas situações e instituições, a elas não reduzida, como uma física de um poder relacional e múltiplo individualizando os sujeitos e atento para os detalhes¹⁰⁷. Nele a vigilância está

¹⁰⁵ Ibidem, p. 99.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. P.191.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 197.

não ao nível do que se faz, mas do que se pode fazer¹⁰⁸. Inverte-se a forma das relações de poder, não mais para remover pilhagens ou perigos, mas para corrigir e produzir sujeitos mais úteis, permitindo que os homens estejam em estado “livre”, não se limita às instituições como as da França e Inglaterra, mas trata-se de uma física, ou uma anatomia política, ou uma tecnologia, acostumando o povo à obediência e à ordem¹⁰⁹. Por meio do panoptismo, “o imperador é o olho universal voltado sobre a sociedade em toda sua extensão. Olho auxiliado por uma série de olhares, dispostos em forma de pirâmide a partir do olho imperial e que vigiam toda a sociedade¹¹⁰.”

Num primeiro momento algumas instituições assumiram essa forma de controle, como o caso das fábricas-prisões, das fábricas-conventos, das fábricas sem salário com prêmio anual. Mas o custo fez desaparecer, em seguida, esse modelo institucional, dando lugar a medidas como a criação de cidades operárias, caixas econômicas, caixas de assistência, para fins de fixar a população operária¹¹¹. De modo que as instituições (hospital, fábrica, escola, hospital psiquiátrico, prisão) não pretendem excluir, mas fixar os indivíduos para a normalização dos homens, encarregando toda a dimensão temporal do indivíduo e assim exercendo o controle¹¹². O resultado disso será penetrar profundamente na existência humana com a articulação de “um poder político para que a essência do homem possa aparecer como sendo a do trabalho.¹¹³”

Dessa forma, extrai-se dos corpos o máximo de tempo e de força. Uma tecnologia minuciosa e calculada de sujeição, tendo o mínimo ônus de força política e o máximo de força útil. Se, por um lado, o direito tinha em suas diretrizes princípios igualitários, havia, por outro lado, sistemas de micro poder inigualitários e assimétricos das disciplinas que “constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas¹¹⁴”.

As disciplinas são um contra-direito, que realizam a suspensão do direito e ao mesmo tempo o asseguram. Estão no próprio fundamento da sociedade como mecanismos para desequilibrar e reequacionar por toda a parte as relações de poder¹¹⁵.

O indivíduo torna-se um caso valendo mais a criança e não o adulto, o doente e

¹⁰⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. P.104.

¹⁰⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013.p.203.

¹¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003. P.106.

¹¹¹ Ibidem, p. 112.

¹¹² Ibidem, p. 116.

¹¹³ Ibidem, p. 124.

¹¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013.p.209

¹¹⁵ Ibidem, p. 210.

não o são, o louco e não o normal, o delinquente e não o não delinquente¹¹⁶. As disciplinas servem para aperfeiçoar os indivíduos em relações de docilidade-utilidade¹¹⁷. A anatomia política do detalhe, para que os corpos façam com a rapidez e eficiência o que se determinar. A disciplina promove a constituição de “quadros vivos” de multiplicidades organizadas no lugar de uma ‘multidão confusa’¹¹⁸.

A polícia é o correlato de ‘poder constituinte’ assegurando a operatividade do ‘poder constituído’, de modo que “*a polícia cuida para que o homem esteja vivo, ativo e produtivo. (...) A polícia e seus adjuntos administrativos eram encarregados do bem-estar dos homens – e do seu controle*¹¹⁹.” No sentido de controle e sanidade o policial e o médico laboram para a eficácia do poder estatal¹²⁰. O policial desempenha essa função social de poder o papel e “*trabalho da polícia era a articulação e a administração das técnicas do biopoder de modo a aumentar o controle do Estado sobre seus habitantes*¹²¹”. Falar em “Estado Policial” é redundante porque a normalização estatal, disciplinar, é tributária da polícia.

A sociedade em sua ‘forma’ disciplinar de ‘panoptismo’, em adequação e correção para aptidão da vida social, que tem com ponto de chegada um biopoder generalizado, “*no modo contínuo da vigilância e da correção dos comportamentos que se busca fazer coincidir com uma norma pela qual todo indivíduo é avaliado*¹²²”.

A política, por sua vez, vê-se como uma continuação exata da guerra no sentido militar de prevenir o distúrbio civil¹²³. Nos padrões de funcionamento do “*dispositivo do exército perfeito, da massa disciplinada, da tropa dócil e útil, do regimento no acampamento e nos campos, na manobra e no exercício*¹²⁴.” A sociedade como uma máquina de engrenagens perfeitas, com coerções permanentes e treinamentos com uma docilidade automática. Uma técnica específica de adestramento e fabricação de indivíduos.

¹¹⁶ Ibidem, p. 184.

¹¹⁷ Ibidem, p. 133.

¹¹⁸ Ibidem, p. 143.

¹¹⁹ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.184.

¹²⁰ “*Esses dispositivos estão integrados a partir de substâncias qualificadas – condenado, criança, operário, soldado, doente – e a partir de funções – controle, educação, produção, disciplina, higiene.*” DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P.133. “*A resposta de Foucault é que o discurso ‘utiliza’ os vários fatores sociais, técnicos, institucionais e econômicos que determinam a prática médica, deles se apropriando e dando-lhes uma ‘unidade’.*” DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013.p.85.

¹²¹ Ibidem, p. 183.

¹²² BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. São Paulo: parábola. 2013.p.124.

¹²³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013. p.162.

¹²⁴ Ibidem, p. 162.

A sua mecânica guia-se por três instrumentos simples.

Em primeiro lugar, o ‘olhar hierárquico’, como na disposição de um acampamento militar com o diagrama de poder pela visibilidade geral. O formato arquitetônico do círculo e da pirâmide, por meio do qual a rede sustenta o conjunto, com “*um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência*¹²⁵”.

Segundo, tem-se a ‘sanção normalizadora’, com uma penalidade perpétua que compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza e exclui, substituindo-se e fazendo-se mais poderoso do que a lei penal do direito.

Por fim, acontece o ‘exame’, no qual se qualifica, classifica e pune, “*Nele vêm-se reunir a cerimônia do poder e a forma da experiência, a demonstração da força e o estabelecimento da verdade*¹²⁶.”

Nada escapa deverá escapar à sociedade disciplinar, maior matriz da modernidade, que controla absolutamente o tempo, “*o tempo medido e pago deve ser também um tempo sem impureza nem defeito, um tempo de boa qualidade, e durante todo o seu transcurso o corpo deve ficar aplicado a seu exercício*¹²⁷”. Quando de disciplinar a sociedade converte-se em biopolítica. Antônio Negri, trará a figura do ‘amor no tempo’ em resposta a isso, como se verá mais adiante. Essa transição para um caráter biopolítico pode ser compreendido como na afirmação de Deleuze, em que: “*a fórmula abstrata do Panoptismo não é mais, então, ‘ver sem ser visto’, mas impor uma conduta qualquer a uma multiplicidade humana qualquer*¹²⁸.”

Indexado ao exercício do poder disciplinar, de fato, o direito faz-se apoiar em tal sistema panoptista de verdade defronte ao ordenamento jurídico, perpassando-o e conferindo, em si, a sua própria ‘justiça’.

Se preocupação disciplinar está para a não adequação à normalidade, há indissociavelmente um saber e, assim, produz ‘realidade’. Momento em que revela seu conteúdo biopolítico de coesão, um biopoder que “*também produz verdade, antes de ideologizar, antes de abstrair ou de mascarar*¹²⁹”.

Responde, então, a uma consolidação de poder nos mais distintos saberes e campos sociais que implicam na adesão do corpo social a essa esfera de normalização, de

¹²⁵ Ibidem, p. 171.

¹²⁶ Ibidem, p. 177.

¹²⁷ Ibidem, p. 145.

¹²⁸ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 43.

¹²⁹ Ibidem, p. 38.

maneira que “os fatores de integração, agentes de estratificação, constituem instituições: o Estado – mas também a Família, a Religião, a Produção, o Mercado, a própria Arte, a Moral.”

130

A intervenção estatal ocorrerá, com a legitimação de uma eficiência econômica liberal e neoliberal, primeiro para preservação da regularidade dos mercados e gradualmente nos diversos aspectos da vida. Nesse passo, será uma sociedade doente, ou em ‘crise’, que sofre cada vez maiores ‘perigos’ que legitimará a expansão de uma polícia e de um biopoder que zele pela segurança coletiva ou de um ‘bem estar social’. Uma segunda geração ou onda de direitos que tutelam a saúde e sanidade coletiva, regulamentando assim as liberdades e garantias individuais em prol de direitos fundamentais.

Essa disciplinarização não mais do indivíduo, mas de uma ‘sociedade’ doente ou em crise estará na análise biopolítica de Michel Foucault. Uma sociedade na qual as redes sociais, celulares com câmeras e internet preservam o sentido disciplinar do panoptismo e vigilância, mas que também possui uma constituição biopolítica em sua estrutura estatal.

¹³⁰ Ibidem, p. 83.

1.3. O neoliberalismo e sua ‘moldura institucional’ nas ‘razão de Estado’.

Em face de nosso abandono do uso de “vagos contornos” da Cláusula do Devido Processo Legal para nulificar leis que por maioria a Corte acredita serem economicamente não sábias, na certeza de que em Adams v. Tanner houve um erro tal como ocorrido em Adkins v. Children’s Hospital, revisado o precedente em West Coast Hotel Co. V. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). Não apenas a filosofia de Adams foi abandonada, mas também essa Corte quase há 15 anos atrás expressamente apontou outra opinião dessa Corte como tendo “claramente debilitado” Adams. Nós concluímos que a Legislatura de Kansas era livre para decidir por si mesma se a legislação era necessária para lidar com a negociação de ajustamento de dívida. Inquestionavelmente, existem argumentos demonstrando que negociação de ajustamento de dívida possui utilidade social, mas tais argumentos são adequadamente endereçados à legislatura, não a nós. Nós recusamos em nos reunir como um “superlegislativo que pondere a sabedoria da legislação,” e nós enfaticamente recusamos a voltar no tempo quando a Corte utilizava a Cláusula do Devido Processo Legal “para derrubar leis estatais, reguladoras de negócios e condições industriais, porque seriam não sábias, incautas, [372 U.S. 726,732] ou desarmoniosas com uma escola particular de pensamento.” Nem estamos nós aptos ou propensos a desenhar linhas ao chamar uma lei de “proibitória” ou “regulatória”.

Se a legislatura tem como livro-texto Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes, ou outros, não nos interessa. A legislação do Kansas sobre ajustamento de débito pode ser ou não sábia. Para nosso alívio, se isso fosse necessário, não é nossa responsabilidade mas do corpo legislativo eleito para editar leis para o Estado de Kansas.

(Trecho de voto do Ministro Hugo Black da Suprema Corte Americana no caso FERGUSON v. SKRUPA, 372 U.S. 726, de 1963, a respeito de precedentes que vinham sendo consolidados desde de 1930, e já revisavam precedentes anteriores à década de 30.)¹³¹.

¹³¹ Livre-tradução de: “*In the face of our abandonment of the use of the “vague contours” of the Due Process Clause to nullify laws which a majority of the Court believed to be economically unwise, reliance on Adams v. Tanner is as mistaken as would be adherence to Adkins v. Children’s Hospital, overruled by West Coast*

Existem muitas referências ao intervencionismo norte-americano sendo fundamental o ‘keynesianismo’. Uma série de práticas de intervenção pelo Estado no mercado econômico que, em princípio, deveriam reger-se por práticas exclusivamente liberais, ou mesmo com a famosa alegoria da ‘mão invisível’ de Adam Smith.

O caso em questão da Suprema Corte dos Estados Unidos, *Ferguson vs. Skupa*, ilustra bem a participação do Poder Judiciário com seu consentimento a uma regulamentação expansiva estatal tendo como núcleo ou cerne fundamental a tutela desse mercado e sua preservação. Nesse julgado o judiciário impôs restrições à invalidação ou declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade de normas, deixando claro que não se invadiria o mérito para dizer se uma lei é sábia ou não em sua substância. Mudava-se assim, uma orientação conhecida como ‘Era Lochner’, em que antes a Suprema Corte Norte Americana, no juízo de interpretação da décima quarta emenda, a cláusula do devido processo legal material ou substantivo, ingressava com uma espécie de discricionariedade ampla que servia como uma dupla legislação e revisão de mérito do poder legislativo, ou de uma ‘superlegislação’. Desse modo, a partir dos anos 30, com a participação mais intensa do Ministro Oliver Holmes, o judiciário passou a evitar o argumento de mérito de uma lei ser boa ou má e passou a restringir suas análises passando pela grade dos textos escritos na Constituição. O julgado, de 1963, faz uma digressão a respeito desse período histórico da jurisprudência norte-americana. Conferiu-se, então, desde aquele momento, uma maior liberdade ao legislativo, em adotar suas decisões sem o crivo de análise do judiciário no mérito, com uma espécie de ‘*judicial restraint*’.

Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937). *Not only has the philosophy of Adams been abandoned, but also this Court almost 15 years ago expressly pointed to another opinion of this Court as having "clearly undermined" Adams. We conclude that the Kansas Legislature was free to decide for itself that legislation was needed to deal with the business of debt adjusting. Unquestionably, there are arguments showing that the business of debt adjusting has social utility, but such arguments are properly addressed to the legislature, not to us. We refuse to sit as a "superlegislature to weigh the wisdom of legislation," and we emphatically refuse to go back to the time when courts used the Due Process Clause "to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, [372 U.S. 726, 732] or out of harmony with a particular school of thought." Nor are we able or willing to draw lines by calling a law "prohibitory" or "regulatory." Whether the legislature takes for its textbook Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes, or some other is no concern of ours. The Kansas debt adjusting statute may be wise or unwise. But relief, if any be needed, lies not with us but with the body constituted to pass laws for the State of Kansas.*” Disponível em sítio da Universidade de Columbia, em Artigo intitulado *The Influence of Keynesian Economics in Judicial Decisions*. Texto de Juan V. Sola. Último acesso em 26 de março de 2014: <http://capitalism.columbia.edu/files/ccs/CCSWP57_Sola.pdf>

A consequência imediata disso foi uma maior liberdade por parte do governo em decisões políticas para intervenções na economia, para a solução de uma situação econômica que demandava medidas de gestão.

Nessa ‘gestão’, que na década de 30 pretendia reerguer-se após a ‘crise de 1929’, o princípio representativo da separação de poderes perdia a importância. Era a ‘arte de governar’, essa política, quem desempenhava o engajamento da vida da população no mercado, na política estatal do bem-estar social (*Welfare State*). Uma economia política do ‘Estado-da-Providência’, desde o momento da constituição do mercado já se preocupa com ‘normalização’ da população atendendo com ‘providência’ às necessidades da vida.

O Estado como ‘gestor de crises’, um algo não substancial, mas constituindo “*ao mesmo tempo o que existe e o que ainda não existe suficientemente*¹³².” A ‘arte de governar’ como ‘tornar-se do Estado’, desamparado por argumentos de universais na grade das práticas estatais. Na qualidade de um “*efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas*¹³³”, entendido ‘governo’ como a aptidão ou capacidade de tornar-se sólido, rico, forte e permanente¹³⁴.

Michel Foucault investiga a respeito da ‘racionalidade’ que orienta o Estado. Como fruto dessa reflexão, analisa não apenas o neoliberalismo americano, jurisprudencial como no caso acima, mas situa como modelo central o que ele chamará de ‘ordoliberalismo alemão’, ou a relação entre direito constitucional, política e economia surgida na Alemanha no período de pós Segunda Guerra Mundial¹³⁵. Assim pretende, para compreensão dessa genealogia, investigar em que consistem o Estado e o liberalismo, com a preocupação do bem-estar da vida humana na gestão manifestada em crises e reerguimentos. A esse respeito assim esclarece Jean-François Bert:

Foucault busca especialmente mostrar o que distingue a arte liberal de governar, que é o momento no qual a atividade econômica e especialmente os mecanismos de mercado são princípios fortemente regulatórios dos comportamentos humanos, da arte de governar

¹³² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 6.

¹³³ *Ibidem*, p. 103.

¹³⁴ Muito embora Foucault rechaie um horizonte que se funde como um Estado-Império, como em Antônio Negri. *Ibidem*, p. 7.

¹³⁵ Michel Foucault realiza também uma análise a respeito do neoliberalismo americano, como será visto na lição a seguir em que o argumento de ‘capital humano’ torna-se mais explícito (1.d). Antes de compreender essa lógica a gestão das ‘razões de estado’ e sua sistemática são uma preocupação da biopolítica.

*própria do Antigo Regime – a razão de Estado. O liberalismo é consumidor das liberdades individuais que teve de produzir e organizar*¹³⁶.

Uma governamentalidade como ‘condução de condutas’¹³⁷, “em que é possível enxergar a existência de um poder que se defina a partir da gestão de liberdade¹³⁸.” Segundo Hubert L. Dreyfus e Paul Rabinow: “Foucault esclarece essa relação entre o bem-estar do indivíduo (e das populações) e o controle administrativo do Estado como resultado de pressões econômicas e sociais¹³⁹.” Compreender o funcionamento não simplesmente do Estado, mas de suas ‘artes de governar’, que se evidenciam sobretudo nesses períodos de intervenções práticas de verdades aplicadas enquanto progressiva expansão do ‘biopoder’, isto é: “o biopoder, nossa moderna forma de poder, é caracterizado pela crescente organização da população e seu bem-estar, visando ao aumento da força e da produtividade¹⁴⁰”.

De um lado a ‘razão de Estado’ que procura sua expansão e, de outro, a ‘arte de governar liberal’, que procura gestar de modo eficiente, de modo juridicamente válido e instrumentalmente contínuo, o espaço do bem estar de acordo com o mercado para que os governantes estejam em condições de serem ‘aprovados’ ou ‘reprovados’ no juízo político do sufrágio popular.

Atuações práticas e concretas de Estado entram na agenda de funcionalidade da engenharia e racionalidade de governo. O que funcionou ao longo do século XX como ‘gestação de crises’, transforma-se na prática recorrente a exigir maior instrumentalidade por parte do direito e maiores concessões para a atuação da política. O biopoder alarga seus espaços na agenda governamental e na sua lógica de ação interventiva, cuja “função é de gestão e controle da vida exercida sobre uma multiplicidade numerosa (população) e um espaço extenso¹⁴¹.”

A ‘razão do Estado’, em consonância com uma ‘arte liberal de governar’, que se orienta a partir do século XVIII, terá uma limitação não mais de fato ou jurídica, mas de afastar-se em ser “um governo inábil, um governo inadequado, um governo que não faz o que

¹³⁶ BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. São Paulo: parábola. 2013.p.142.

¹³⁷ Uma espécie de **pastoreio**. “Em linhas gerais, diz Foucault, uma relação com a salvação, com a lei e com a verdade: o pastor ‘guia rumo à salvação, prescreve a lei e ensina a verdade’.” IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalcitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010. P.65. A satisfação de necessidades, “uma relação direta, sem mediação, entre governantes e governados.” Ibidem, p. 85.

¹³⁸ Ibidem, p. 63.

¹³⁹ DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.7.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 9.

¹⁴¹ DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P. 122.

*convém*¹⁴².” Um governo pautado por princípios uniformes de economia e que calcula os objetivos do governo. Existe uma agenda definida pela ‘economia política’, de maneira que “*não são os que governam que, com plena soberania e com plena razão, vão por si próprios decidir*¹⁴³.”

Assim, não mais se pensa a soberania pelo direito, em termos de legitimidade. A questão será indagar a respeito de uma razão governamental crítica, para que um governo não governe demais. Fora da métrica. O que aqui valerá como a legitimidade ou ilegitimidade será o sucesso ou insucesso do governo, obedecendo a essa ‘*hipoderme indispensável*’ ou a sua natureza inculpida na própria governamentalidade¹⁴⁴, para o ‘bem estar’ da população. A lógica dos especialistas em economia difere da prudência dos conselheiros e juristas ou filósofos dos príncipes. Como lembram Hubert L Dreyfus e Paul Rabinow das lições de Foucault, ‘o bem estar’ agiria como um substitutivo ético para a política, e mesmo isso já estaria implícito no pensamento moderno do próprio Montesquieu¹⁴⁵.

Existe aqui um novo regime de verdade que funciona como autolimitação governamental. O governo nunca sabe suficientemente como governar, muito embora essas práticas governamentais formulem um discurso em termos de verdadeiro ou falso¹⁴⁶. Uma grade biopolítica que se revela nos distintos setores da vida, de acordo com Foucault:

*O objeto de todos empreendimentos concernentes à loucura, doença, delinquência, sexualidade e àquilo de que lhes falo agora é mostrar como o par 'série de práticas/regime de verdade' forma um dispositivo de saber-poder que marca efetivamente no real o que não existe e submete-o legitimamente à demarcação do verdadeiro e do falso*¹⁴⁷.

¹⁴² FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P.15.

¹⁴³ Ibidem, p. 17.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁴⁵ “*Aqui se pensam as numerosas páginas de ‘O espírito das leis’, de Montesquieu, sobre o clima, a geografia, a população, etc., frequentemente resumidas ou evitadas pelos comentadores modernos. Na opinião de Foucault, essas passagens, e não aquelas sobre a virtude, são as mais significativas do tratado. (...) O bem-estar e até a sobrevivência eram funções essenciais não da virtude, mas da força. Nesse caso, o componente essencial era um saber demasiadamente empírico, e não uma teoria moral. Assim, a política se transformou em biopoder.*” DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013. P.182.

¹⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P. 25.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 27.

O ‘bem conduzir’ da vida da população, em sentido amplo’ encontra-se na preocupação da política, como explica Deleuze: em “*que o governo tem primazia em relação ao Estado, se entendemos por ‘governo’ o poder de afetar sob todos os aspectos (governar as crianças, as almas, os doentes, uma família)*”¹⁴⁸. Uma expansão do governo para satisfação de seu ‘bem estar’ e com juízo de verdade ou falsidade que podem ser aplicados não apenas para as lógicas de governo de Estado mas também de governo da vida pessoal. Um passo além em relação ao poder disciplinar com uma dimensão atualizada e alargada de regulamentação. Existe um avanço, no entendimento de Jean-François Bert, porque com “*a biopolítica, não existe desaparecimento do poder disciplinar, mas especialmente um ajuste das microtécnicas disciplinares diante de uma nova preocupação, a de velar pelo conjunto dos fenômenos vitais de uma população*”¹⁴⁹.

O liberalismo será o alicerce e o contraponto desse sistema de coerência racionalizadora estatal. Alicerce porque se encontra imerso em práticas sociais ‘positivas’, institucionais e não institucionais, na forma de ‘diagrama’, conforme Deleuze: “*o diagrama, enquanto determinação de um conjunto de relações de forças, jamais esgota a força, que pode entrar em outras relações e dentro de outras composições*”¹⁵⁰. Contraponto porque será o ‘*deixa-nos fazer*’ ou o ‘*quero, projeto, calculo que não se deve mexer em nada disso*’¹⁵¹.’ No centro, ou núcleo, estará o conceito de população. O liberalismo será aquilo que, um lado, quer se opor às razões de Estado expansivas, porém, de outro, não deixa de encontrar-se no interior de sua própria lógica.

O Estado tem, assim, dois eixos de articulação expansiva. De um lado, internamente, destaca-se o Estado de Polícia, com “*uma governamentalidade cada vez mais intensa, mais acentuada, mais fina, mais tênue, uma regulamentação sem marcos determinados ‘a priori*”¹⁵².’ De outro lado, um respeito entre os demais Estados como pessoas de direito público internacional, preservando uma espécie de balança ou equilíbrio mercantilista, para “*fazer que não haja nenhum Estado que prevaleça suficientemente sobre os demais para poder reconstituir na Europa a Unidade imperial*”¹⁵³.’ Respeita-se um equilíbrio no estoque

¹⁴⁸ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 84.

¹⁴⁹ BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. São Paulo: parábola. 2013.p.128.

¹⁵⁰ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 96.

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. p.28.

¹⁵² Ibidem, p. 71.

¹⁵³ Ibidem, p. 72.

comum, de cada um, de ouro entre os países. Uma espécie de enriquecimento correlativo do bloco europeu, pois ou a Europa inteira se enriquece ou enfraquece.

Foucault marca como a questão fundamental, não a constituição do Estado, porque antes dela existe um fundamento ainda mais determinante. O limite do poder estatal, em cujo cerne está o liberalismo é um problema iniciado no século XVIII e que vai aos dias de hoje balizado pela ‘frugalidade do governo’. Uma atuação com “*o mínimo possível de intervenções, justamente para que ele possa formular a sua verdade e propô-la como regra e norma à prática governamental. Esse lugar de verdade não é, evidentemente, a cabeça dos economistas, mas o mercado*¹⁵⁴.” O mercado é o lugar de natureza e de verificação da política, o biopoder estabelece que a organização forças mercadológicas orientam e precedem a constituição da própria vida em sociedade. Nas palavras de Karl Polanyi:

*Dos três elementos um se destaca mais: trabalho (mão-de-obra) é o termo técnico usado para os seres humanos na medida em que não são empregadores mas empregados. Segue-se daí que a organização do trabalho mudaria simultaneamente com a organização do sistema de mercado. Entretanto, como a organização do trabalho é apenas um outro termo para as formas de vida do povo comum, isto significa que o desenvolvimento do sistema de mercado seria acompanhado de uma mudança na organização da própria sociedade. Seguindo este raciocínio, a sociedade humana torna-se um acessório do sistema econômico*¹⁵⁵.

Karl Polanyi usou a expressão de ‘padrão-mercado’ para referir-se a essa precedência do capital para organizar a vida em sociedade (biopoder)¹⁵⁶. Se no século XVI e XVII o ‘preço justo’ era um arranjo entre comerciantes e consumidores, de meados do século XVIII em diante será um lugar de surgimento da ‘verdade’, que obedece a mecanismos ‘naturais’ e ‘espontâneos’.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 42.

¹⁵⁵ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2ªed. Rio de Janeiro: Campus. 2000.p.77.

¹⁵⁶ Karl Polanyi apresenta como diagnóstico da modernidade na Inglaterra (ou o “ponto de partida para o capitalismo moderno”), a abolição da *Speenhamland Law*, que concedia em shilings o suficiente aos cidadãos para comprar pães na preservação de sua sobrevivência. Assim, com a *Poor Law Amendment* de 1834 foi gerada mão-de-obra para a indústria promovendo as suas necessidades. O que ao longo da obra aparece como ‘padrão mercado’. Nas palavras de Polanyi Ibidem, p.77ss.: “*o padrão de mercado, relacionando-se a um motivo peculiar próprio, o motivo de barganha ou da permuta, é capaz de criar uma instituição específica, a saber, o mercado*”. E conclui quanto à relação de fundamentalidade entre a relação mercado-sociedade: “*significa, nada menos dirigir a sociedade como se fosse um acessório do mercado*”.

A partir dessa ‘verdade’ será possível ver a economia passa a dizer onde o governo deve buscar sua prática governamental. Interessante é a dimensão que confere Esther Díaz de busca de satisfação de necessidades relacionando com a própria constituição do sujeito: “o ‘*homo economicus*’ existe na medida em que transcorre, utiliza e perde sua vida ao tratar de escapar à morte satisfazendo suas necessidades. O processo econômico origina-se na iminência da morte do homem, portanto, em sua finitude¹⁵⁷.”

A análise de Michel Foucault passa por compreender as condições que, em rede, modelam certas regras de verificação e falsificação. A respeito das quais puderam ser emitidos juízos dos mais distintos quanto à loucura e à sexualidade¹⁵⁸.

O direito atua ora como um ajustamento ora como contrapeso à governamentalidade. Não mais para legitimar ou fundamentar a soberania como foi nos séculos XVII e XVIII. Duas serão as vias, em cujo núcleo estão concepções de liberdade distintas. De um lado, a rousseauiana da Revolução Francesa, em interdição, na qual a vontade dos homens delimita a atuação governamental e a constituição do próprio soberano, como um direito fundamental da liberdade do indivíduo. De outro, expansiva, com a transação entre o poder público e os indivíduos, apto a impor uma limitação jurídica em termos da utilidade governamental, isto é: “o governo só se interessa pelos interesses¹⁵⁹.”

O que em *Immanuel Kant* foi pensado em termos de paz perpétua tinha em seu fundamento a ‘*planetarização comercial*’¹⁶⁰. Algo garantido não pelo direito, mas pela natureza de uma naturalização governamental iniciada no século XVIII. No século XIX Napoleão tinha consciência disso, internamente controlando a polícia e externamente expandindo o império contra as monarquias e em defesa das liberdades. É uma governamentalidade que somente funciona se em acerto com um número de liberdades (livre mercado, liberdade de comprar e vender, direito de propriedade, liberdade de discussão, liberdade de expressão, etc.), em nova arte de governar consumidora, portanto, de liberdade¹⁶¹.

Não se trata, simplesmente, da liberdade. Mas de gerir as condições de ser livre, como comenta Mônica Daniels “*este poder-saber desloca a materialidade dos processos vitais*”

¹⁵⁷ DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P.35.

¹⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. p.49-50.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 62.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 80.

¹⁶¹ Foucault fala que Napoleão fez justo o contrário de Kant, porque pretendia não uma ‘paz perpétua’, mas uma expansão do poder, cioso de tal racionalidade. Ibidem, p. 86.

para o âmbito da cultura humana, modificando-a, controlando-a, administrando-a¹⁶².” A liberdade como algo que se fabrica a cada instante, “o liberalismo formula simplesmente o seguinte: vou produzir o necessário para tornar você livre. Vou fazer de tal modo que você tenha a liberdade de ser livre¹⁶³.”

Se o liberalismo promove os interesses, ao mesmo tempo, terá como seu correlativo cultural e psicológico interno a gestão do medo e do perigo, dentro de uma esfera de ‘necessidade-risco’ como liberdade. Diante do risco terá as condições necessárias para, a cada instante, arbitrar a liberdade e a segurança dos indivíduos e, assim, fabricar as liberdades, pois “não há liberalismo sem cultura do perigo¹⁶⁴.” De tal modo, torna-se possível o panoptismo e a contínua vigilância, porque para introduzir o ‘a mais’ de liberdade adere-se também um ‘a mais’ de controle e de intervenção. O panoptismo não é um freio à liberdade, mas o seu motor.

Assim compreendem-se as intervenções americanas do *Welfare State* de 1932, como um conjunto de intervenções diretas no mercado, com uma “consciência de crise a partir da definição do custo econômico do exercício das liberdades¹⁶⁵.” Isto é, como um dispositivo de crise geral de governamentalidade instaurado desde o século XVIII que gradualmente vai se refinando. Em julho de 1944 a conferência de Bretton Woods desenvolve uma nova engenharia social que substitui o padrão-ouro e surge com o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)¹⁶⁶.

Com isso, é possível compreender o caso do neoliberalismo alemão praticado a partir de abril de 1948 com os postulados de: (a) reconstrução da economia; (b) planificação a exemplo do Plano Marshall; (c) objetivos sociais para impedir o fascismo

¹⁶² DANIELS, Mônica. *Corporeidades e espaço urbano em Foucault*. In: MILOVIC, Miroslav (org.) *Sociedade e diferença*. Brasília: casa das musas. 2006. P. 102.

¹⁶³ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P. 87.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 91.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 93.

¹⁶⁶ “The classical gold standard of the late nineteenth century, the organically formed foundation of the first great economic globalization, had collapsed during the previous world war, with efforts to revive it in the 1920s proving catastrophically unsuccessful. Economies and trade collapsed; cross-border tensions soared. Internationalists in the U.S. Treasury and State Department saw a powerful cause and effect, and were determined in the 1930s to create, in the words of Treasury’s Harry Dexter White, a “New Deal for a new world.” (Trecho disponível em: da obra de STEIL, Benn. “The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order. Princetown University Press: 2013. Disponível em: <<http://www.press.princeton.edu/chapters/s9925.pdf>>). Os acordos de Bretton Woods seguiram de perto a proposta americana, por óbvias razões. Foi criado um fundo de estabilização, na linha proposta pelos Estados Unidos, com o nome de Fundo Monetário Internacional (outra instituição criada em BW foi o Banco Mundial, com um mandato mais estreito, o de financiar a reconstrução das economias européias no pós-guerra). (Disponível no site do Instituto de Economia da UFRJ em: <http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/bretton_woods_aos_60_anos.pdf>)

e o nazismo auxiliado por um Conselho Científico em sua administração. Esse amálgama do liberalismo encontra-se claro quando se afirmou que: “o Conselho é de opinião que a função de direção do processo econômico deve ser assegurada o mais amplamente possível pelo mecanismo dos preços¹⁶⁷.”

Michel Foucault irá deter-se a respeito de uma frase de Ludwig Erhard que pretendia evitar tanto a anarquia quanto um Estado-cupim, ao dizer: *'somente um Estado que estabeleça ao mesmo tempo a liberdade e a responsabilidade dos cidadãos pode legitimamente falar em nome do povo'*¹⁶⁸. Dois seriam os sentidos da afirmativa. Primeiro, que houvesse preservação da liberdade dos indivíduos e representatividade. Segundo, e mais importante, que, diante de uma Alemanha dividida e sem consenso ou aparelho estatal, e sem direitos históricos ou discurso de legitimação para fundar um novo Estado Alemão, para a sua nova base é necessária a construção de uma “moldura institucional X”¹⁶⁹. O centro da nova Alemanha seria assegurar a liberdade econômica, como fundação legitimadora a fim de repelir o medo de um Estado totalitário e abrir-se ao investimento industrial americano. De tal maneira que a gênese do Estado encontra-se na instituição econômica, porque

Na verdade, na Alemanha contemporânea, a economia, o desenvolvimento econômico, o crescimento econômico produz soberania, produz soberania política pela instituição e pelo jogo institucional que faz precisamente funcionar essa economia. A economia produz legitimidade para o Estado, que é seu avalista¹⁷⁰.

Entra em cena um neohobbesiano ahistórico. Nas palavras de Foucault, “a história tinha dito não ao Estado alemão. Agora é a economia que vai lhe possibilitar afirmar-se¹⁷¹.” Há uma nova temporalidade com ruptura de memória, amparada não no sentido histórico, mas no crescimento econômico. O fundamento jurídico real estará na prática da liberdade econômica. Antes da constituição não existe um poder constituinte, mas uma ‘anatomia política’ que se segue a uma ‘economia política’ de grade constituinte. A grade do ‘fazer

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P.109.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 110.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 112.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 114.

¹⁷¹ Ibidem, p. 116.

viver' de uma liberdade produzida pelas teias disciplinares e de biopoder. Se no século XVIII havia um Estado de Polícia o qual se queria limitar, agora, cria-se um espaço não estatal de liberdade econômica para que o próprio Estado possa existir. É tempo de perguntar à liberdade qual a função e o papel do Estado. O neoliberalismo alemão fez surgir um novo modelo de programação e governamentalidade liberal.

Nessa seção, portanto, não se pretendeu amplamente tratar das distintas versões de liberalismo econômico ou de neoliberalismos, mas mostrar, simplesmente, como o caso do ordo-liberalismo alemão praticados após a segunda guerra mundial e, também, como será o neoliberalismo norte-americano no processo de reconstrução americana após a quebra da bolsa de 1929, possuem um caráter constituição não apenas de estados mas de sujeitos vinculados ao processo econômico.

Assim, a partir de condições de possibilidade da fabricação das subjetividades, no biopoder, a questão econômica do capital humano, uma reanálise do '*homos legalis*' - dos reformadores penais do final do século XVIII e início do século XIX - em prol do '*homo oeconomicus*' é o que se passa a expor.

1.4. A regulamentação do ‘capital-humano’.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

(Trecho de voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI nº 3.934/DF)

No objeto da ADI nº 3.934/DF, teve-se o processamento do julgamento para levar em conta de consideração os trabalhadores que não receberam seus salários e portanto tornaram-se credores trabalhistas de uma empresa falida a fim de definir seus direitos e prioridades na ordem de recebimento do patrimônio em liquidação. Uma vez sendo feita a recuperação da empresa ‘falida’, então alienada e sucedida para a nova empresa cessionária-adquirente, e em nome da função social da empresa, essa seria desonerada quanto aos antigos trabalhadores, distintamente, portanto, dos empregados preservados e que passaram a ter vínculo com a nova sucessora. Isto é, os mais aptos mais engajados nos desempenhos de tarefas de suas reestruturação e mais eficientes. Mais adaptados aos ‘fazer preservar’ da operosidade do sistema produtivo.

De outra sorte, aqueles credores que não pudessem ser entendidos como um ‘capital-humano’ da nova empresa-adquirente, ou que não preservassem uma ‘simbiose’ com a eficiência produtiva da anterior empresa, isto é, sem condições que a nova empresa pudesse ‘fazer ativos’ no novo modelo de gestão, então seguem o curso da empresa falida e não estabelecem novo vínculo. Seus créditos com privilégios trabalhistas tem sua conversão para créditos comuns de cunho ‘quirografário’, em disputa com os demais credores, e não podem ser cobrados da nova empresa adquirente, mas apenas podem ser cobrados da massa falida, ou do patrimônio que sobrou da anterior empresa, para cobrar por seus serviços trabalhistas prestados e não pagos, a fim de ‘deixar quitar’ seus créditos salariais alimentares.

Dessa forma, nos termos do voto do reator, a ADIN foi julgada totalmente improcedente sendo a lei de falências, a Lei nº 11.101/2005, constitucional e atendendo na íntegra ao ordenamento jurídico. Uma lógica que preserva e ‘faz viver’ a empresa e aos demais trabalhadores ‘deixa quitar’ seus créditos na qualidade de credores.

Michel Foucault pretende compreender a lógica que perpassa o funcionamento da máquina do nosso tempo e fará uma análise da formulação da teoria da soberania. De um lado, antes, na teoria clássica da filosofia política o súdito era neutro, não sendo de pleno direito ‘nem vivo nem morto’. A vida e a morte dos súditos são efeitos da vontade do soberano. Está-se diante do direito de ‘*fazer morrer ou de deixar viver*’. O suplício estava nas mãos do soberano para estabelecer a sua ‘*voluntas legis*’. De outro lado, o direito político, a partir do século XIX, é uma inversão que complementa e perpassa o anterior direito de soberania, em que o ‘*homo oeconomicus*’ é fabricado pelo biopoder. Tem-se agora o direito de ‘*fazer viver e de deixar morrer*’¹⁷².

Duas linhas de poder político moderno são traçadas, de ‘anátomo-política’ e de ‘biopolítica’. De um lado, desde o século XVII e XVIII um aumento da força física dos corpos individuais com a disciplina movendo a multiplicidade dos homens treinados, vigiados e eventualmente punidos. De outro lado, desde a segunda metade do século XVIII dirige-se uma nova tecnologia endereçada ao homem-espécie como ser vivo, enquanto população, massa global em aspectos relativos ao nascimento, morte, produção e doença.

Por exemplo, no caso do saber clínico, o que no final do século XVIII eram entendidos como ‘endemias’, de caráter local, tornam-se preocupações em nível de ‘epidemias’ ou ‘pandemias’ e sua necessidade de contenção para não espalhar. São fatores permanentes sobre a população com características controláveis de forma, natureza, extensão, duração e intensidade. Geradores de uma subtração de forças, diminuição de tempo de trabalho, baixas de energia, enfim, a ‘doença’ transforma-se num fenômeno global da população, uma presença de morte permanente que corrói permanentemente a vida. Surgem questões como higiene pública, velhice, assistência social, seguros, poupanças individuais e coletivas, previdência, etc. Novos problemas a um só tempo políticos e científicos. Uma série de polêmicas correlatas a respeito da vida são abertas e se inserem no meio político, como propõe Jean-François Bert:

Polêmicas que se cristalizam em torno das questões da pena de morte, mas também do aborto e da questão da demografia mundial com as análises do Clube de Roma e com o advento de uma lógica econômica administrativa e que

¹⁷² FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. P.202ss.

*são reveladoras de escolhas sociais que ainda hoje são debatidas*¹⁷³.

A vida é pensada em sua característica biológica, que trata de “*muitos seres viventes, não somente do homem*¹⁷⁴”. O controle da morte será o campo aplicável na produção do conhecimento científico, de maneira que a “*medicina moderna, à semelhança das ciências humanas recentes, encontra uma condição de possibilidade na finitude humana*¹⁷⁵”. Nesse aspecto, então, revelando o sentido jurídico da igualdade.

A biopolítica dirige-se a controlar variáveis aleatórias e imprevisíveis no plano coletivo, na busca de um equilíbrio ou ‘homeostase’. O paralelo da disciplina, nesse aspecto, será a ‘regulamentação’. De acordo com Mônica Daniels a “*modernidade marca a passagem para um poder cujas forças se voltam para as forças dos corpos, para sua vitalidade – um poder que se alimenta da vida*¹⁷⁶.” Uma regulamentação ‘positiva’ do tipo fazer viver e deixar viver com uma indução no processo. O poder soberano não possui mais força sobre a morte, mas sobre a mortalidade, isto é:

*Na modernidade, conectada com a morte, a doença abre-se para ser lida. Torna-se visível e enunciável. Portanto, passa a ser positiva, em todos os sentidos da palavra. Positiva porque é empírica e, portanto, pode-se ver. Positiva porque pode se enunciar; por conseguinte, permite ter acesso à verdade (a da medicina moderna). O homem está disposto no domínio desse saber positivo sobre o terreno daquilo que o constitui como homem: sua própria morte*¹⁷⁷.

A ‘norma’ será o ponto de homeostase, tanto para ordenar e disciplinar o corpo individual, como para coordenar os acontecimentos aleatórios. Produzindo a vida e controlando a ‘mortalidade’.

Um poder que fabrica e ‘regulamenta’ a vida, desde o mínimo, como exemplo de vírus incontroláveis e universalmente destruidores ou armas químicas e biológicas, até o macro com destruição global nuclear, isto é: “*esse excesso do biopoder aparece quando a*

¹⁷³ BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. São Paulo: parábola. 2013.p. 129

¹⁷⁴ DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P.77.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 30.

¹⁷⁶ DANIELS, Mônica. *Corporeidades e espaço urbano em Foucault*. In: MILOVIC, Miroslav (org.) *Sociedade e diferença*. Brasília: casa das musas. 2006.

¹⁷⁷ DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012. P.29-30.

*possibilidade é técnica e politicamente dada ao homem, não só de organizar a vida proliferar, de fabricar algo vivo*¹⁷⁸”. Conforme explica Deleuze existe um sentido de produção desse corpo populacional, em ‘afetar’ a vida em todos os seus amplos aspectos:

Um exercício de poder aparece como um afeto, já que a própria força se define por seu poder de afetar outras forças (com as quais ela está em relação) e de ser afetada por outras forças. Incitar, suscitar, produzir (ou todos os termos de listas análogas) constituem afetos ativos, e ser incitado, suscitado, determinado a produzir, ter um efeito ‘útil’, afetos reativos¹⁷⁹.

A biopolítica não apenas traduz sua compreensão do conceito de igualdade, como também de liberdade. As raízes do processo de regulamentação encontram-se não apenas no ‘ordo-liberalismo’ alemão como também no neoliberalismo americano. Três elementos o caracterizam: (1) o ‘*New Deal*’ e a crítica de Simons da Escola de Chicago no texto ‘*Um programa positivo para o laissez-faire*’; (2) o plano Beveridge e o intervencionismo econômico e social, quando se apela as pessoas a “darem suas vidas” em troca de uma promessa de emprego permanente; (3) programas sobre pobreza, segregação, educação com o crescimento da regulamentação¹⁸⁰.

Há no liberalismo americano toda uma ‘*maneira de pensar*’, mais uma relação entre governantes e governados que uma técnica de poder, em que se coloca continuamente em discussão a questão das liberdades e da independência do povo americano. Como destacou Hayek, como uma espécie de pensamento de análise e imaginação¹⁸¹.

É uma grade de decifração histórica que se desenvolve sobretudo em dois temas: de um lado, a teoria do capital humano e, de outro lado, a análise da criminalidade e da delinquência.

Em primeiro lugar, o liberalismo clássico na conjugação dos três fatores de produção – terra, capital, trabalho – negligenciava o trabalho, sendo que em Marx existe a análise não do trabalho, mas da força de trabalho alienada como salário. Os neoliberais passam a fazer, como nas palavras de Robbins, a ‘*análise do comportamento humano e da*

¹⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. p.213.

¹⁷⁹ DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005. P. 79.

¹⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P.298, ss.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 302.

*racionalidade interna desse comportamento humano*¹⁸². Não mais tendo como centro a lógica histórica do processo, mas a racionalidade das atividades dos indivíduos. O ponto de vista do trabalhador, não como objeto, mas sujeito ativo. O trabalho não como salário, mas como uma fonte de renda, a renda enquanto um produto ou rendimento do capital, logo o salário entendido como uma renda do capital. Chega-se, assim, à compreensão do trabalho não limitada ao conceito de salário, mas, em Schultz e Becker, como uma renda ou fluxo de salários, entendido esse como inserido num conjunto de competências e aptidões dessa ‘máquina-homem’, o trabalho como algo que comporta um capital, de modo que ‘*a aptidão a trabalhar, a competência, o poder fazer alguma coisa, tudo isso não pode ser separado de quem é competente e pode fazer essa coisa*’¹⁸³. O capital humano como um composto de elementos inatos e adquiridos. A boa genética entendida como recursos raros, fazendo surgir a questão de utilização da genética¹⁸⁴. A construção do homem para a máquina, entendido como ‘máquina genética’.

Aqui, no neoliberalismo americano, o ‘*homo oeconomicus*’ passa a ser empresário de si mesmo. Segundo Becker irá produzir e consumir a sua própria satisfação. Retoma-se essa chave conceitual, agora modificada, como grade de análise da atividade econômica. A competência máquina aprimorada por meio de investimentos educacionais. Schumpeter fala em uma baixa tendencial do lucro, superável com a inovação tecnológica, desenvolvida com investimento precisamente nesse capital humano. É exatamente por aí que se direcionam nos países desenvolvidos os investimentos em políticas culturais e educacionais.

Em segundo lugar, no direito também se pretende fazer passar pela análise da grade econômica, sendo esses os projetos desde Bentham e Beccaria e que, no fundo, são variações dessa grade como tentativas de versões do ‘*homo oeconomicus*’. Inicia-se com o ‘*homo legalis*’, com uma mecânica menos onerosa e mais certa, com um tribunal que simplesmente aplica a lei eliminando as condutas nocivas à sociedade. Mas a eliminação total da criminalidade não se concretizou, sendo lido como ‘*homo penalis*’, ou aquele que se expunha à punibilidade da lei. Com o século XIX, no entanto, articula-se um paradoxo,

¹⁸² Ibidem, p. 306.

¹⁸³ Ibidem, p. 309.

¹⁸⁴ O critério para penetrar aí entre o que deve viver e o que deve morrer, dirá Michel Foucault, estará na questão da raça, entendido como “*uma maneira de desfazer, no interior da população, uns grupos em relação aos outros*”¹⁸⁴. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010. P.214. Esse o modo de deixar a “vida em geral” mais sadia, “*Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo*”¹⁸⁴. Ibidem, p. 216. O Estado passa a incumbir-se da vida e de suas possibilidades biológicas.

pensando-se a lei como um exemplo, e sendo ela tão mais eficaz quanto menos fosse necessária sua aplicação. Há uma modulação individualizante da lei, com toda uma problematização psicológica, sociológica e antropológica com uma inflação de saberes desse então criminoso, ou *'homo criminalis'*. Retoma-se, por fim, a dimensão mais pura do *'homo oeconomicus'*, inserindo o cálculo utilitário no quadro jurídico, em que se pretende um lucro e há um risco não de perda econômica simplesmente, mas de risco de uma pena ou punição calculada.

Nessa concepção, o crime toma feições gerais do risco a ser condenado a uma pena, sendo indiferente, como afirma Erlich, a crueldade, se um homicídio ou uma multa de trânsito¹⁸⁵. Importa, pois, ver o não criminoso como o *'homo oeconomicos'*, ou aquele que “*é a interface do governo e do indivíduo*”¹⁸⁶. A punição, de acordo com Becker, será uma forma de eliminar externalidades negativas de certos atos. De modo que se calcula o “enforço da lei”, ou o custo de uma certa quantidade de punição para cada tipo de crime. Mede-se qual a oferta de crime haverá socialmente e a intervenção penal. Controla-se, ou equilibra-se, com isso, como afirma Stigler, um grau de conformidade de comportamento social em certa quantidade de enforço da lei¹⁸⁷. Por exemplo, conforme os estudos de Earthley e Moore, procurar intervir no consumo elástico de maneira mais intensa de drogados ocasionais não viciados de ecstasy, com preços no mercado negro mais elevado de modo a impedir seu consumo, do que no caso de viciados em craque com preço mais baixos, porque esses irão procurar a droga seja qual for seu preço. Uma intervenção não individualizada, mas ambiental.

Essa grade econômica será também aplicada no campo social, para que valha no casamento, educação dos filhos ou criminalidade. Um texto que baliza essa abordagem é de Von Mises intitulado *'Human Action'* publicado no *Journal of Political Economy*. A fim de que um indivíduo oriente sua conduta de modo não aleatório em relação ao real. Dessa forma, tem-se que:

O 'homo oeconomicus' é aqueles que aceita a realidade. A conduta racional é toda conduta sensível a modificações nas variáveis do meio e que responde a elas de forma não aleatória, de forma portanto sistemática, e a economia poderá portanto se definir como a ciência da

¹⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. p.354.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 346.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 350.

A análise econômica apresentará um conjunto de resposta sistemáticas ao ambiente, tem-se, com o behaviorismo de Skinner, uma série de estímulos de comportamentos. O *'homo oeconomicus'* será aquele que aceita a realidade e constitui-se no correlativo da governamentalidade, de uma nova razão governamental. O interesse que conduz o indivíduo será a sua opção a ele atomística e incondicionalmente referida. Os interesses, como esclarecerá Condorcet em *'Os progressos do espírito humano'*, em sua 'Nona Época', serão uma massa de elementos variáveis e múltiplos em que cada um é efetivamente dependente do todo. Tanto a metáfora de Adam Smith da mão invisível como do deus de Malebranche em que há uma totalidade conduzindo as opções individuais egoísticas são adequadas ao liberalismo. Há uma incognoscibilidade roubada da totalidade do soberano com o ingresso no campo econômico. Uma incompatibilidade essencial entre os sujeitos de interesse com os sujeitos de direito formais. No pensar de Hume, o contrato social não retira o caráter de "sujeito de interesse" para o de "sujeito de direito", porque ele continuará a agir por interesse desde sempre, e se continua a respeitar os compromissos é por ter em mente interesses e vantagens¹⁸⁹. O sujeito de interesses não faz renúncias mas visa apenas a intensificação de seus interesses, sendo efetivamente isso o que o caracteriza como *'homo oeconomicus'*¹⁹⁰. Em Hume nota-se uma consciência de não superação do estado da natureza. Assim, não há soberano econômico, e a economia política funciona como crítica da razão governamental, vendo-se aí uma impossibilidade de um Estado de Polícia apto a controlar soberanamente a economia¹⁹¹. O *'homo oeconomicus'* seria um átomo de interesse insubstituível e irreduzível. Se o sujeito de direito em alguns momentos é capaz de limitar o soberano, o *'homo oeconomicus'* seria capaz mesmo de destituí-lo¹⁹². O soberano será aquele capaz de mexer em tudo, exceto no mercado, reconhece passivo o mercado, o vigia e constata seu processo.

O lastro biopolítico corresponsivo do *'homo oeconomicus'* na análise de grade econômica acontecerá no conceito de sociedade civil. Assim apresentará Michel

¹⁸⁸ Ibidem, p. 368.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 374.

¹⁹⁰ Ibidem, p. 377.

¹⁹¹ Os fisiocratas franceses acreditavam ser possível esse controle: (1) tendo o soberano como co-proprietário; (2) sendo possível apresentar ao soberano um quadro econômico; (3) seria possível um olhar sobre a totalidade do processo. Ibidem, p. 385.

¹⁹² Ibidem, p. 398.

Foucault:

A sociedade civil é, a meu ver, um conceito de tecnologia governamental, ou antes, é o correlativo de um tecnologia de governo cuja medida racional deve indexar-se juridicamente a uma economia entendida como processo de produção e de troca. A economia jurídica de uma governamentalidade indexada à economia econômica¹⁹³.

O ‘*homo oeconomicus*’ será o ponto ideal e puramente econômico que povoa “a realidade densa, plena e complexa da sociedade civil¹⁹⁴.” A sociedade existirá não como realidade, mas como parte integrante de uma tecnologia de poder. Um elemento de realidade transacional das relações de poder, ou o veículo de vinculação econômica, mas que o vínculo econômico, ao mesmo tempo, ameaça sem parar. Um conjunto de interesses em curso, não como meros interesses coletivos cegos como puro ‘*homo oeconomicus*’¹⁹⁵, mas de uma sociedade civil desde sempre inserida na história, todavia que lhe serve de motor através dessa ‘sociedade civil’, assim como os homens seguem o curso da natureza, os homens seguem seus interesses¹⁹⁶.

A sociedade, em termos mesmo de movimento da máquina pública no direito administrativo reorganiza o seu conceito de ‘poder de polícia’ para uma nova realidade: “*não se trata mais apenas de evitar que um particular fira os direitos dos demais, mas também de direcionar a sua atividade na senda dos interesses públicos juridicamente definidos*¹⁹⁷”. Um ingresso nos diversos domínios da vida a que J.J. Gomes Canotilho já se mostrava atento:

Para CANOTILHO ‘as coisas mudaram substancialmente nas décadas de oitenta e noventa. Várias universalidades como o mercado, a empresa, o governo, os sistemas eleitorais, os grupos, os sistemas de informação, as tecnologias, as organizações do sistema de saúde, envolvem o Estado fazendo

¹⁹³ Ibidem, p. 402.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 403.

¹⁹⁵ Como afirmou Voltaire, “O supérfluo é muito necessário”. (Livre tradução. Obtido via internet. Disponível em: http://www.voltaire-integral.com/Html/10/23_Mondain.html . Acesso em: 10 de agosto de 2011.) Conforme a máxima de Mandeville, os “vícios privados são benefícios públicos”. Observa ele, na “Fábula das abelhas” que a prosperidade econômica, na perseguição individualista, contribui para o funcionamento do sistema. A moralidade seria, por sua vez, apenas uma domesticação do espírito humano selvagem.

¹⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P. 417.

¹⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: forense. 2006.p.57.

pelo menos concorrência às teorias normativas clássicas da política ou às teorias mais modernas da justiça. (...) Aqui reside um dos paradoxos fundamentais do discurso constitucional: sobrepor o discurso jurídico-constitucional aos discursos reais emergentes que transportam ou se servem de gramáticas específicas, de códigos e programas informados por racionalidades próprias dos mundos parciais (economia, telecomunicações, informática)¹⁹⁸.

Michel Foucault tenta pensar o dínamo da ‘sociedade civil’ sem distanciar-se da realidade das organizações contemporâneas.

Foucault apresenta o pensamento de Ferguson como o correlativo da ‘sociedade civil’ do que foi pensado em termos econômicos em Adam Smith¹⁹⁹: (1) um constante histórico-natural, porque a natureza humana é ser social; (2) uma síntese espontânea, não ordenada como no contrato social, mas cada um produz ou provoca o bem do todo, no instinto e simpatia e prazer, com repugnância pela infelicidade dos indivíduos e separação de outros indivíduos, assim como um sentido comunitário; (3) diversos papéis são desempenhados e as decisões são em grupos, com o fato do poder precedendo do direito; (4) há três fases históricas, desde um princípio de subordinação e egoísmo puro, com: (a) selvageria, sem propriedade, (b) barbárie, com quinhões e princípios dissociativos, (c) civilização, o jogo econômico da sociedade civil.

Há uma pertinência entre o governo e o vínculo social por meio da sociedade civil, em que já existe o fenômeno da subordinação, sendo a questão regular e limitar o poder no interior da uma sociedade em que a subordinação e a dominação já atuam e são um dado existente na sociedade. A sociedade civil é a fonte dos problemas políticos e das teorias políticas maiores. Na Alemanha, a sociedade civil em suas relações e oposições ao Estado e sua capacidade de suportar o Estado. Na França, ela foi o vetor da burguesia na história. Na Inglaterra, como em Paine, questiona-se se o governo é efetivamente necessário (e não o Estado) para a sociedade civil, essa fruto de necessidades, aquele de

¹⁹⁸ Ibidem, p. 77.

¹⁹⁹ Adam Smith entenderia a natureza humana como possuindo uma propensão a barganhar, enquanto, como afirma o economista e professor de Ética, uma consequência da “faculdade da razão e da fala”. Prossegue o professor escocês, que se um cãozinho acaricia a mãe para obter benefício, o mesmo aconteceria com o homem, em “servil e bajuladora atenção”, com seus interesses. Barganhar é “mostrar-lhes que é para seu próprio benefício fazer aquilo que está exigindo deles”. O relacionamento humano mais do que amparar-se em necessidades, procura vantagens. SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: folha de são Paulo. 2010. P. 24ss.

fraquezas²⁰⁰.

Na sociedade civil haverá a centragem ou descentragem da razão governamental. A satisfação de interesses dentro de uma sociedade liberal. Uma racionalidade não individual, mas que se apresenta histórica e em termos de verdade²⁰¹.

²⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008. P.420.

²⁰¹ *Ibidem*, p.424.

Capítulo 2) Biopolítica negativa.

2.1. Considerações Introdutórias

Se o termo biopolítica surgiu em Michel Foucault como uma demonstração de forças sobre os corpos e a alma humana, desde uma sociedade disciplinar de controle e vigilância até uma constituição política e econômica de Estados Modernos como um ‘*continuum*’ de gerenciamento de crises e subjetividades, uma formatação de organização política para além de procedimentos racionais e discursivos, essa dimensão foi drasticamente absorvida por Carl Schmitt em sua noção político-teológica de ‘*nomos*’.

Nesse sentido Giorgio Agamben nota que Michel Foucault não estendeu suas pesquisas de controle da vida até a completa submissão humana no fenômeno do holocausto e da redução da condição humana a um limiar de indiscernibilidade entre vida e morte, razão pela qual se mostra necessária essa investigação de completa dominação tanto para compreensão dos contornos do que o pensamento schmittiano revelou como para apresentação de uma firme crítica a essa situação.

Dessa forma, nem se deve partir simplesmente de um ponto de vista kantiano de um sujeito transcendental moderno que é capaz e apto para a vida civil, porque o argumento da biopolítica em Michel Foucault já demonstra que o conceito de liberdade e igualdade não é racionalmente puro no sentido como os modernos pensavam, nem se deve andar descompassado de consciência crítica da história capaz de promover uma compreensão mais ampla e adequada do real. Como se passa a analisar nessa seção.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, como assente, tem como base em filosofia do direito o kantismo diretamente relacionado ao princípio jurídico da dignidade humana, e podem ser citadas, por exemplo, menções expressas em votos tanto do caso de ‘união homoafetiva’²⁰² como no caso da ‘lei de biossegurança’²⁰³. Levando em consideração o

²⁰² ADIn 4277/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado em 14/10/2011. Extraído do voto do Ministro Luiz Fux: “*Essa ordem de ideias remete à questão da autonomia privada dos indivíduos, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da dignidade da pessoa humana. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano.*”

²⁰³ ADIn 3510/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 25/05/2008. Publicado em 28/05/2010. Extraído do voto da Ministra Cármen Lúcia: “*Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um*

ponto de partida em *Immanuel Kant*, deve-se considerar um destaque importante em sua obra. Não apenas a questão filosófica do edifício moderno ser construído acima da noção de um sujeito racional e transcendental. Mas um de seus pilares de sustentação é a relação entre Ética e Direito. Segundo ele, se para a ética bastaria o sujeito tomar máximas individuais e racionalmente elevá-las a juízos universais para obter o juízo de veracidade a respeito do ‘bom agir’, por sua vez o direito apenas se distinguirá pela necessidade de observância de uma ‘coerção’ para essa conduta. Ou seja, nem mesmo o mais moderno dos modernos esqueceu-se do papel essencial, por assim dizer, da força associada ao direito²⁰⁴.

Uma segunda evidência de que o direito moderno é tributário, em significativa medida, do uso e monopólio da força estatal para sua sustentação e garantia de preservação da validade do ordenamento jurídico é encontrada na máxima hobbesiana ‘*auctoritas non veritas facit legem*’ (‘a autoridade e não a veracidade faz o direito’).

Essas duas constatações a respeito da modernidade, se confrontadas com o biopoder de Michel Foucault, revelam que o monopólio da violência não é um ‘assunto de estado’, exclusivamente. Existe, a rigor, um ‘*nomos*’ expansivo nos mais distintos setores microfísicos das instituições e mesmo não institucionais e que ‘também’ acontece no Estado. Portanto, tomando a sério o argumento, existem diversos direitos e diversas biopolíticas fragmentárias exercidas ao redor de todo o corpo social. Carl Schmitt procurou pensar esse lugar comum de concentração de todas essas forças espalhadas no corpo social por meio de um conceito político apto as reunificar, desde uma força mítico-teológica agregadora no direito soberano.

Conforme acentua Giacomo Marramao a “*secularização é uma metáfora*”²⁰⁵, de modo que a modernidade não conseguiu atender a um projeto de racionalização como pretendido com o fim da idade média. Assim, deveria se pensar a persistência de uma

fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado.”

²⁰⁴ KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: edipro. 2003. P.77-78. “Ora, tudo aquilo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio de contradição há competência de exercer coerção sobre alguém que o viola.”

²⁰⁵ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: unesp. 1995.p.27.

‘força’ e assim “a análise dos conceitos políticos deveria mostrar como as concepções modernas imanentes da ordem continuariam a ser tributárias de uma ‘atitude metafísica’ e se estruturariam de forma análoga às representações religiosas e teológicas tradicionais²⁰⁶.”

Essa preservação existe na qualidade de uma imposição presente em certa ‘tensão’, a qual toma a forma de solução a uma ‘crise’, dependente de uma força superior capaz de resolver e equacionar conflitos fundamentais. Segundo Márcio Seligmann-Silva o direito, em sua realidade casuística, manifesta-se enquanto uma ‘*aporia do sistema jurídico*’ na tentativa de ajustar na sua pretensão silogística de aplicação interpretativa de um fato à norma, ‘*entre fins universais e situações particulares*’, e não poderia afastar-se da dependência ‘*do poder decisório*’, na qualidade de ‘*poder instituinte e mantenedor*’²⁰⁷. Na medida em que essa decisão torna-se concreta, o caráter mítico velado na esfera do poder constituído ganha dimensão de uma força ou violência justificada na preservação do ordenamento, como “*uma lógica de retro-alimentação do direito/poder que possui uma forma que recorda a circularidade (mítica). Afinal, as premonições míticas (e trágicas) sempre trazem em si a futura transgressão e o castigo.*”²⁰⁸ As decisões impositivas e soberanas aliviam a ‘tensão’ e recuperam a crença e observância do direito, ou uma lacuna que intima à manifestação do ‘nomos’ e, uma vez resolvido o impasse, retoma-se a dinâmica social. Portanto, “*a noção de decisão de Schmitt também supera a polaridade entre poder constituinte e poder constituído. O poder soberano em Schmitt está além desta polaridade, ele simplesmente suspende o direito*”²⁰⁹.

Talvez haja inspiração em Carl Schmitt por sua semelhança à “*Maquiavel [que] assume uma posição realista em relação ao funcionamento e à concepção do poder político*”²¹⁰, porém ao mesmo tempo assume um aspecto teológico-prática pois na “*definição schmittiana do político torna-se possível por uma transmutação do factismo em misticismo*”²¹¹, de modo ‘messiânico’ restaurando a paz social, conforme comenta Annie Dymetman:

A secularização em Schmitt desloca a onipotência do legislador divino ao legislador mundano, onde suspender a lei reproduz a

²⁰⁶ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004. P.74.

²⁰⁷ SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: FAPESP: Annablume. 2007.p.220.

²⁰⁸ Ibidem, p.221.

²⁰⁹ Ibidem, p.230-231.

²¹⁰ FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.p.25

²¹¹ MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: unesp. 1995.p.225.

*faculdade divina de suspender as leis da natureza. Sob esse aspecto o 'estado de exceção tem para a jurisprudência um significado análogo ao milagre para a teologia', escreve ele na sua 'Teologia Política'*²¹².

O exercício ou a prática desse biopoder, ou 'nomos' encontra-se entrelaçado e surge na forma de 'suspensão' da ordem jurídica porém preserva a sua manutenção, "produtora de irracionalidade, que antropofagiza a ruptura, transformando-a em crise cíclica, superável"²¹³. Desse modo, fica continuada a 'imutabilidade' do sistema jurídico com uma temporalidade de "eterno retorno, recomeço perpétuo"²¹⁴. O 'direito mítico' incorpora esse "teísmo político que inclui imanência e transcendência: o poder de constituir e a 'potestas' de suspender, o Estado de exceção revela o próprio âmago da soberania"²¹⁵.

Para fins de compreensão do 'biopoder' enquanto 'nomos' não apenas moderno mas histórico, tem-se a estruturação dos conceitos de Carl Schmitt não apenas em sua já muito estudada obra 'Teologia Política', mas, penso encontram-se mais propriamente fundamentados na obra 'O nomos da terra: o direito de gentes do 'ius publicum europaeum'. Nela nota-se como o termo 'biopoder' de Michel Foucault possui forte semelhança com o conceito de 'nomos', cuja força é associada, sobretudo, à ordenação e assentamento político do solo de tempos longínquos ao longo da história até uma fase global e sempre associada a referida circularidade mítica.

²¹² DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política nº 53. 2001.p.120.

²¹³ Ibidem, p.133.

²¹⁴ Ibidem, p.124.

²¹⁵ Ibidem, p.134.

2.1.2. O histórico de Carl Schmitt constituinte do 'nomos' até a má-biopolítica global.

O direito em Carl Schmitt possui feições alegóricas a ponto de ser chamado de um “mítico”, definindo a “terra” como mãe do direito. A terra está para o direito como um local de ordenamento e assentamento perfeito, sendo o fundamento primeiro e estruturante do direito.

Há, assim, uma tríplice raiz constitucional: *primeiro*, a terra fértil no resultado do plantio, expondo uma relação entre justiça e direito na forma de ‘justa retribuição’ do crescimento e da colheita pelo trabalho empenhado; *segundo*, a lavoura da terra, com linhas fixas nos campos constituindo suas ‘regras imperiosas’ de campos e cultivos; *terceiro*, o cercamento da superfície, definindo a ‘convivência humana’ em razão da terra, expondo não apenas a “*família, a estirpe, a casta e a posição, os tipos de propriedade e vizinhança, mas também as formas de poder e de domínio fazem-se aqui publicamente visíveis*”²¹⁶.

Se a terra é a ‘*iustissima tellus*’²¹⁷, por sua vez o *mar*, atual espaço da modernidade, desconhece espaço e direito, ordenação e assentamento. Não existem vestígios ou produto conforme semeadura e colheita, mas apenas ‘ondas sobre ondas’. No mar existe um ‘campo’ em que tudo é possível, seja a pesca, a navegação pacífica ou a guerra. Nele não existe lugar sagrado, limites, cercados, ou um assegurado direito de propriedade. Os sujeitos que habitam nos mares são os piratas (no grego significa ousar, intentar, provar), considerados como delinquentes comuns e inimigos do gênero humano (ou ‘*hostis generis humani*’), fora da lei e da paz: um desterrado.

Assim, apenas tardiamente fala-se em tomada do mar, de maneira que para a compreensão do significado de ‘*direito de gentes*’ deve partir do pressuposto em tratar-se de um direito de terra, isto é: “*ocupação da terra, edificação e fortificação de cidades, guerra, cativo, servidão, regresso ao cativo, alianças e tratados de paz, armistício, inviolabilidade de remessas e proibições de casamento com pessoas de raça estrangeira*”²¹⁸. A tomada da terra e fundação de cidades, em que se constitui o direito de gentes, “*sempre é vinculada a uma primeira medição e distribuição do solo aproveitável*”²¹⁹.

²¹⁶ SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra: em el derecho de gentes del 'jus publicum europaeum'*. Buenos Aires: 2005. P.21.

²¹⁷ Isto é: a terra contém um produto justíssimo.

²¹⁸ Ibidem, p.24.

²¹⁹ *Loc. Cit.*

As relações jurídicas são corolários subsequentes e posteriores ao território dividido pelo povo que tomou a terra. Da mesma forma as instituições da cidade protegida por suas muralhas e edificações são definidas a partir da primitiva medição do solo. É a origem dos juízos ‘ontônomos’. Ou seja: a comunidade possui uma “propriedade suprema” (seja ela individualizada ou comum do grupo) e estabelece-se desde dentro e desde fora. De um lado, delineando as condições de posse e propriedade aos membros e, de outro lado, apresentando seu título jurídico. Por essas razões, a tomada da terra antecede ao direito e realiza-se como um fato histórico. Um título radical (em inglês “radical title”), ou ato jurídico constitucional por excelência ou fundamental²²⁰.²²¹ Isso reveste-se de caráter mítico e sagrado.

A questão do constitucionalismo moderno será apreciada mais adiante, porém pode-se notar, desde já, que *“a Teoria da Constituição de Carl Schmitt subverte as bases do pensamento constitucional moderno, uma vez que, de acordo com ela, o Direito não possui qualquer prevalência sobre o fenômeno político”*²²². O ‘nomos’ de realização concreta e histórica, constitui-se no primeiro passo de direito público real, prévio e necessário, para a *“unidade política, o próximo passo consiste na projeção da decisão política fundamental (o núcleo material que é resultado da unidade política) em um instrumento jurídico e político ao mesmo tempo, responsável pela construção das bases do Estado: a Constituição”*²²³.

Existe, ao contrário, no espaço da decisão fundamental um caráter *“existencial como ponto de partida do fenômeno político”*²²⁴, mítico e associado à tomada histórica e concreta da terra, como ato de força, e possui sua manifestação de excelência na guerra. Novamente, juntamente com o ato de força no ordenamento do solo, ou ‘título radical’, expressa-se indissociavelmente uma decisão mítica, esclarecerá Bernardo Ferreira: *“Schmitt acredita ser possível estabelecer uma relação de ‘identidade espiritual’, ou, caso se prefira, de espelhamento recíproco que resulta do reconhecimento de que ambos se estruturam em torno de uma mesma ‘atitude metafísica’”*²²⁵. A espiritualidade encontra-se em relação existencial com *“a manutenção da identidade entre governantes e governados está necessariamente ligada à compatibilidade entre a vontade do povo (o grupo vencedor do*

²²⁰ Ibidem, p.26.

²²¹ Vico fala em quatro elementos primitivos de todo direito humano: religião, matrimônio, asilo e divisão dos campos. Locke aponta a primeira jurisdição do poder político na terra. Kant estabelece como a primeira aquisição a do solo. Ibidem, p.26-28.

²²² FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.p.82.

²²³ Ibidem, p.81.

²²⁴ Ibidem, p.20.

²²⁵ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.76.

*antagonismo) convertida em decisão política e as decisões do governo*²²⁶.” A decisão responde a uma situação concreta e a um determinado momento do ‘nomos’.

Carl Schmitt irá desenvolver uma análise histórica do ‘nomos’ que possui como eixo central, de um lado, tanto a questão da guerra como, de outro lado, a constituição de um inimigo, o qual não detém o título jurídico da terra ou está no mar livre de toda ordenação. Em digressão histórica, distingue os seguintes momentos de estruturação e ordenação do mundo como um território-global político: (a) um direito pré-global; (b) o direito de gentes na idade média; (c) o ‘ius publicum europaeum’, com a formulação do ‘nomos’ moderno; (d) a dissolução do ‘ius publicum europaeum’ com o novo ‘nomos’ de soberania global.

No direito pré-global (a), em que pese já ser possível cogitar-se em um direito de gentes (internacional) não havia a adequada consciência de dimensão geográfica para o assentamento territorial global (‘topos’). Os impérios antigos eram divididos e exilados, sendo que cada um deles considerava-se ‘o’ mundo. O que estivesse fora era suscetível de livre dominação e colonização. Havia um conhecimento também mítico e não científico: “*Seus limites estavam determinados por concepções míticas como o oceano, a serpente Midgard ou as colunas de Hércules*²²⁷.”

Não havia uma noção de forasteiro como inimigo na questão da guerra como no sentido moderno. Já em 1279 A.C. existe a referência a um tratado entre Ramsés II e o rei dos hititas Chattusil para defesa contra os inimigos comuns, sendo possível falar em direito de gentes para reconhecer um ‘iustus hostis’, embora o “*nomos de sua ordem espacial não estivesse determinado, portanto, pela oposição entre terra e mar, como duas ordenações, como no caso do direito das gentes europeu, e menos ainda pela superação desta oposição*²²⁸”.

Esse contraste entre terra e mar é moderno e ocorre somente a partir dos séculos XVII e XVIII, com a abertura dos oceanos e com a primeira imagem global da terra, sem o consequente sentido moderno em ordenação da terra.

No direito de gentes na Idade Média (b), o império cristão já figura como transição para a primeira ordenação global do direito de gentes, que ocorrerá após a dissolução do império e do papado a partir do século XV.

²²⁶ FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.p.93.

²²⁷ SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra: em el derecho de gentes del ‘jus publicum europaeum’*. Buenos Aires: 2005. P.32.

²²⁸ Ibidem, p.34.

Internamente, entre os soberanos e os cristãos dividia-se o império conforme o direito de solo “*entre casas régias e coroas, igrejas, conventos e fundadores, soberanos, castelos, insígnias, cidades comunidades e universidades de modo distinto*”²²⁹. Assim mantida uma unidade da República Cristã.

Externamente, havia um ‘nomos’ definido, de um lado, o terreno não cristão aberto à missão e passível de ser adjudicado a um soberano cristão e, de outro lado, o solo dos impérios islâmicos, considerados como território inimigo passível de cruzadas. De modo que havia assentamentos e ordenações esclarecidas.

Há uma concepção de preservação e unidade da República Cristã na luta contra o mal (“kat-echon”²³⁰), em que o Imperador e o Papa eram a visibilidade de duas ordenações do mundo. Sua unidade é pensada como “*uma unidade transcendental de índole especial que estabelece a paz e a justiça entre comunidades autárquicas e que somente por este motivo é mais elevada e mais ampla.*”²³¹

Já se pode notar em Schmitt que “*a vida política é indissociável da hostilidade entre os grupos humanos e o critério político é composto pelo par amigo-inimigo. A existência política está, segundo ele, marcada pela possibilidade-limite da guerra*”²³². A ordenação do solo é o local de contraposição de forças entre inimigos organizados e delimitação da guerra.

Por volta dos séculos XIV e XV, com as construções dos juristas do direito romano perde-se a função de “kat-echon” para uma função de combate à tirania e defesa da liberdade da ‘civitas’. É uma ‘potestas spiritualis’ consciente de si mesma que relativiza a unidade política da República Cristã, no combate ao tirano como inimigo da humanidade. Consolida o pensamento trabalhado desde o século XII de com Juan Salisbury (1159) do combate ao tirano: “*o tirano é, para a ordem do país, o inimigo comum, o mesmo que o pirata é, para a ordem do mar, o inimigo da raça humana*”²³³.

*Desenvolve-se mais claramente a ideia de cesarismo*²³⁴ no lugar da República Cristã (c). Uma nova função e consciência espiritual que ficou consolidada com a

²²⁹ Ibidem, p.39.

²³⁰ “O fundamental deste império é o direito de que não seja um império eterno, mas que tem em conta seu próprio fim e o fim do ‘éon’ presente, e apesar disso ser capaz de possuir uma força histórica. O conceito decisivo de sua continuidade, de grande poder histórico, é o Kat-echon. Império significa nesse contexto, a força histórica de deter a aparição do anticristo e o fim do ‘éon’ presente, uma força ‘qui tenet’, segundo as palavras de São Paulo Apóstolo na segunda Carta aos Tessalonicenses, capítulo 2.” Ibidem, p.40.

²³¹ Ibidem, p.44.

²³² FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.37.

²³³ SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra: em el derecho de gentes del ‘jus publicum europaeum’*. Buenos Aires: 2005. P.46.

²³⁴ Uma referência de Carl Schmitt à João 19,15 de que não teremos mais reis, mas apenas César.

Revolução Francesa de 1789, porque conforme Carl Schmitt: “*O império bonapartista foi o primeiro exemplo mais recente e significativo de um cesarismo puro, isto é, separado de um reino e de uma coroa real.*”²³⁵ Uma nova ordenação com o Estado Europeu, baseado num equilíbrio entre as nações e distinto da Idade Média cristã, com um espaço livre e ilimitado ultra-mar. Corresponde à consolidação do Estado como entidade portadora de uma nova ordenação espacial interestatal da terra centrada na Europa, distinto do direito romano e da guerra justa da idade média, ou seja: “*o primeiro ‘nomos’ da terra, que consistia em determinada relação entre ordenação espacial do mar livre, e que foi durante quatrocentos anos a base do Direitos de Gentes centrado na Europa: o ius publicum europaeum*”²³⁶.

O solo europeu passou a ter uma administração centralizada e com fronteiras definidas. Com Max Weber o sentido de burocracia consolida-se. A racionalização do Estado deu-se pela desteologização e neutralização das guerra civis entre partidos religiosos dos séculos XVI e XVII, com uma superação por meio de uma resolução político-jurídica, com categorias jurídico-formais em seu lugar. Uma nova ordem interestatal para um novo mundo tendo por cenário a disputa entre pessoas políticas no solo comum da “família” europeia em recíproca consideração de ‘*iustus hostis*’²³⁷.

Trata-se de uma “racionalização e humanização de efeitos profundos”²³⁸. O inimigo não deve ser “aniquilado”, mas pode ser feito um tratado de paz, o que representa uma nova ordenação do direito das gentes. Como homens de honra em duelo, há uma razão relativa que neutraliza as guerras civis religiosas e apresenta uma forma institucional, internamente, com igual ‘status’. Os soberanos encarnam a personificação de pessoas morais elaboradas nas construções jurídicas pelos juristas dos séculos XVI e XVII. O Estado como novo sujeito jurídico no território do solo europeu unificado²³⁹. O Estado, de acordo com Hegel, como império da razão objetiva não possui, assim, caráter metafísico, mas histórico-prático²⁴⁰.

²³⁵ Ibidem, p.44.

²³⁶ Ibidem, p.29ss. De acordo com Carl Schmitt foi a Inglaterra que deu o primeiro passo da terra para o mar (ao contrário de Portugueses e Espanhóis, destacando o endividamento português), sendo que a revolução industrial seria passo seguinte ou o “nomos secreto”, citando Hegel que afirmou: “*O mesmo que para o princípio de vida familiar é condição para a terra firme e solo, para a indústria o elemento natural é o mar, que lhe dá vida a partir de fora.*”

²³⁷ Ibidem, p.133.

²³⁸ Ibidem, p.135.

²³⁹ Com Hobbes destaca-se essa maior força e verdade histórico-espiritual. Se há uma supremacia interna do soberano dentro do pacto civil, já os estados soberanos, entre eles, encontram-se em estado da natureza; possuem uma autoridade institucional superior comum em igualdade de direitos sem um juiz superior comum ou sem guerra discriminatória. Ibidem, p.139. Uma racionalização do Estado, dirá Rousseau, como uma evolução do conceito de guerra dos séculos XVI a XVIII.

²⁴⁰ Ibidem, p.144ss.

2.1.3. (c.1) A crítica às neutralizações das guerras civis religiosas em razão do liberalismo.

No pensamento de Carl Schmitt a própria leitura do ‘nomos’ no período de transição para a secularização moderna na constituição dos ‘Estados Laicos’ apresenta-se como rejeição liberalismo. Sua oposição à tradição liberal faz-se de maneira tão intensa que se apresenta como “*uma espécie de contra-imagem em relação à qual Schmitt elabora as suas próprias ideias*²⁴¹.” A esse respeito afirma Bernardo Ferreira, delineando esses contornos contra-conceituais:

(...) sua obra se apresenta como um ataque àquilo que atualmente parece fazer parte do patrimônio político da nossa civilização: a democracia representativa, o pluralismo, o Estado de direito, o pacifismo humanista, a defesa das liberdades individuais, a autonomia da sociedade civil em relação ao Estado, os partidos políticos, o voto universal, a crença na possibilidade de algum tipo de regulação racional da vida política²⁴².

Carl Schmitt enxerga na racionalidade liberal a impossibilidade de constituição de um espaço de determinação de posições políticas diante da preocupação em pôr fim às disputas religiosas na formação das instituições estatais, isto é, no delineamento do ‘campo’ ou ‘objeto da política liberal’ tornado o palco de impossibilidade de resolução de conflitos, como “*uma decisão por não decidir*²⁴³, “*em um debate parlamentar e se deixaria eternamente suspender através de uma discussão eterna*²⁴⁴”.

A crítica política desse posicionamento liberal consiste em que “*a Política e o Estado não podem ser neutros porque a existência humana, o poder e o Direito não o são*²⁴⁵”, atribuindo ao liberalismo a negação da realidade política e a ausência de substância. A neutralidade é uma ocasião de fuga e adiamento de um compromisso histórico, que, além disso, apresenta-se na forma de um pressuposto tanto às instituições em seu regular funcionamento, como à natureza humana pacifista e objetivamente neutra. Ao revés, “o

²⁴¹ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.51.

²⁴² Ibidem, p.31.

²⁴³ Ibidem, p.57.

²⁴⁴ Ibidem, p.56.

²⁴⁵ FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.p.38.

*conflito é, para ele, a condição da associação política*²⁴⁶, sendo a convivência humana ocasião de desordem e confusão na qual não se prescinde de uma postura ou atitude. Esse seria não apenas o ponto de partida da convivência humana, mas uma situação de contínua demanda e indecisão, contra a qual o liberalismo e suas instituições neutras não seriam capazes de lidar, e esqueceu-se, portanto, da importância do exercício da soberania.

As instituições liberais não seriam suficientes para manter-se autonomamente nessa dimensão de pura neutralidade. Dessa forma, a Constituição e o ordenamento jurídico, como uma derivação da política e na qualidade de poder constituído, em determinados momentos poderiam ser ‘suspensos’, para abertura da decisão fundamental política apta a efetivamente assegurar e, assim, adquirindo o sistema jurídico sua validade ‘na medida em que contenha a exceção, na medida em que é contida pela exceção’²⁴⁷. Dessa forma, admitir a validade de uma norma implica para Schmitt um resquício do ‘absolutismo como regime de exceção que retorna na modernidade’²⁴⁸.

Isso seria o diagnóstico de uma deficiência gerada pelo liberalismo, sempre com decisões adiadas. Apesar de ter solucionado as disputas de guerras civis religiosas de um período histórico concreto de consolidação do ‘nomos’, deixou insolúvel a definição da política e essa, segundo Chantal Mouffe, ficou ‘reduzida à economia e despida de todas as componentes éticas’²⁴⁹.

Na consolidação de tal momento histórico “a modernidade teria se tornado progressivamente incapaz de pensar a política, pois estaria cada vez mais marcada por uma imanência técnico-científica e objetificante²⁵⁰”, técnica essa agindo como “uma inaudita dominação das massas”²⁵¹, como visto, no sentido disciplinar e do biopoder na perspectiva de Foucault.

Mesmo as teorias de justiça liberais pressupõem uma pacificação em estágio pré-organizacional da vida em sociedade, neutralizando o espaço do político desde o início com o ideal de racionalidade por meio de uma série de pressupostos e ideais éticos tais como: “prioridade do direito sobre o bem”; “uma concepção da política limitada por normas e

²⁴⁶ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.44.

²⁴⁷ DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política nº 53. 2001.p.121.

²⁴⁸ Ibidem, p.124.

²⁴⁹ MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: gradiva. 1996.p.149.

²⁵⁰ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.75.

²⁵¹ FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014. P.46.

guiada por objetivos moralmente definidos”; “um indivíduo dotado de direitos naturais que preexistem à sociedade”²⁵², e, finalmente, “a questão da soberania é evitada”²⁵³, pensa Chantal Mouffe, na pretensão de “ocultar [o político] sob um véu de racionalidade”²⁵⁴.²⁵⁵

Se o liberalismo insufla um conceito de racionalidade descompromissado com o político, avança Chantal Mouffe também sua crítica aos comunitaristas, porque não apenas a ideia de ‘bem’, mas também de ‘comunidade’ pré-política para uma ‘teoria’, são insuficientes para “apresentar traços da exclusão que preside à sua constituição, aquilo a que podemos chamar o seu ‘elemento externo constitutivo.”²⁵⁶ Assim, é refratária ao reconhecimento na esfera pública de compartilhamento de valores, como nas palavras de Charles Taylor quanto ao pressuposto de que a “sociedade humanista é fundada em um comum entendimento sobre a boa vida. Em sua versão original, todos acreditavam que a ação pública significativa era algo admirável e merecedor de fama e honra”²⁵⁷. Em seu entendimento, prossegue Mouffe, as decisões, negativas e exclusões ocorrem ao contrário de um compartilhamento racional de modo que o acordo seja a respeito do consenso de prioridade do ‘bem’, ou sobre a ‘vida boa em comunidade’, de modo que “nunca será possível atingir uma comunidade política completamente abrangente”²⁵⁸, precisamente porque enquanto ‘teoria’ deixaria de lado o aspecto político calcada em uma ideia ao invés de um sentido material e concreto, “porque conduz a uma concepção pré-moderna da comunidade política organizada em torno de uma ideia substantiva de bem comum.”²⁵⁹

²⁵² MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: gradiva. 1996.p.150.

²⁵³ Ibidem, p.151.

²⁵⁴ Ibidem, p.193.

²⁵⁵ Com insuficiências nas **doutrinas liberais** “Efetivamente, enquanto Rawls é um defensor inquestionado do Estado-providência democrático liberal, que pretende justificar como a forma política mais racional e justa, Nozick é um defensor do Estado mínimo, que se limita a defender a lei e a ordem e elimina inteiramente a função redistributiva.” Ibidem, p.43; assim como insuficientes as **doutrinas comunitaristas** “Por um lado, há aqueles que, inspirados sobretudo em Aristóteles, como Michael Sandel e Alasdair MacIntyre, rejeitam o pluralismo liberal em nome de uma política do bem comum; por outro lado, aqueles que, como Charles Taylor e Michael Walzer, ao mesmo tempo que criticam os pressupostos epistemológicos do liberalismo, tentam integrar o seu contributo político na área dos direitos e do pluralismo.” Ibidem, p.34.

²⁵⁶ Ibidem, p.187.

²⁵⁷ TAYLOR, Charles. *Hegel’s ambiguous legacy for modern liberalism*. Cardozo Law Review, 10: p.857-870. 1989.p.863.

²⁵⁸ MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: gradiva. 1996.p.153.

²⁵⁹ Ibidem, p.151.

O político em Carl Schmitt expressa-se como conhecimento não ideal, neutro, ou universalizante, mas “vinculado a uma ‘situação concreta’ e extrai do antagonismo político a sua razão de ser e o seu significado²⁶⁰.” Inverte, como contra-modelo, o pensamento liberal a fim de “neutralizar as neutralizações liberais, ou, caso se prefira, de politizar as suas despolitizações²⁶¹.”

A decisão fundamental, portanto, assume um papel fundamental na constituição de um sentido ou, é mais adequado dizer, um ‘sentimento político’, previamente à constituição do Estado, do poder constituído e da Constituição.

A distinção que Carl Schmitt em sua obra ‘*Teoria da Constituição*’ efetua entre uma Constituição Absoluta, de um lado, e uma Constituição Relativa, de outro.

²⁶⁰ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.39.

²⁶¹ Ibidem, p.62.

2.1.4 (c.2) A decisão política prévia em Carl Schmitt.

A decisão política é a ocasião histórica da sustentação do direito e da sociedade. No dizer de Giacomo Marramao: “fundado sobre ‘existências’ axiomáticamente irreduzíveis a qualquer critério ou dimensão normativa”²⁶², portanto não sob uma racionalidade ou uma teoria de justiça, mas o realismo de Schmitt implica na “ausência de qualquer critério capaz de condicionar o comportamento dos indivíduos para além da competição radical”.²⁶³ Distinto, assim, da forma racionalista e jusnaturalista do “contrato-intercâmbio”²⁶⁴.

O caráter existencial encontra-se na preservação da “própria forma de existência coletiva”²⁶⁵, enquanto “produção polêmica de identidade”²⁶⁶, assim adquirindo um caráter existencial expresso enquanto um excesso de linguagem, ou “um dado irracional na constituição de toda ordem política”²⁶⁷.

Esse caráter de extraordinário é captado na análise do constitucionalismo americano feita por Jacques Derrida em ‘*Declarations of Independence*’. Existe algo de fabuloso no momento em que se realiza a assinatura ou autoria desse ato da Constituição. Não se trata simplesmente de um documento, pois, se assim o fosse, seria uma mera questão de descrever uma situação e subscrevê-la, o que consistiria em um ato constativo ou em um ato descritivo. Porém quem assina revela algo a mais. Um excesso de linguagem porque assina e, ao mesmo tempo, investe-se de autoridade, força e de violência. Assim, afirma Derrida: “*the signature invents the signer*”²⁶⁸. O próprio “assinante”, “*the good people*” não existe mas incorpora um aspecto existencial.

²⁶² MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: unesp. 1995.p.224.

²⁶³ FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.p.31.

²⁶⁴ MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: unesp. 1995.p.231. Diante disso, surge a luta entre consciências. Essa luta é extrema, portanto, de vida ou morte. A afirmação de uma consciência, no entanto, não quer a morte, mas apenas o arriscar-se à morte. Como explica Kojévê: “*Ao arriscar a vida, ele prova ao outro que não é um animal; ao buscar a morte do outro, prova ao outro que o reconhece como homem*” KOJÉVÊ, Alexander. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: contraponto: eduerj: 2002.p.51. A prisão do escravo é o medo: “*O senhor se relaciona mediatamente com o escravo por meio do ser independente, pois justamente ali o escravo está retido; essa é sua cadeia, da qual não podia abstrair-se na luta, e por isso se mostrou dependente, por ter sua independência na coisicidade. O senhor, porém, é a potência sobre esse ser, pois mostrou na luta que tal ser só vale para ele como um negativo. O senhor é a potência que está por cima desse ser; ora, esse ser é a potência que está sobre o Outro; logo, o senhor tem esse Outro por baixo de si: é este o silogismo.*” HEGEL. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis, RJ: vozes: bragança paulista: USF: 2002.p.147-148.

²⁶⁵ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004. P.42.

²⁶⁶ Ibidem, p.45.

²⁶⁷ Ibidem, p.72.

²⁶⁸ DERRIDA, Jacques. *Declarations of independence*. In: *Negotiations: interventions and interviews*. 1971-2001. Stanford: Stanford University Press. p.46. 2002.p.49.

Jefferson, nesses termos, deixou de ser o elaborador do documento para assumir uma condição de apenas ter minutado tal projeto. Além disso, assinavam a um só tempo para os outros como para si próprios.

De acordo com Lasse Thomassen²⁶⁹, essa mesma mecânica, do fascinante, também é sentida na relação entre constitucionalismo e democracia, em que existe uma mútua dependência co-original, tendo um por legitimar ao outro e vice-versa, num equilíbrio suportado por uma espécie de círculo de fundamentação não hierárquico e, segundo Andreas Kalyvas²⁷⁰, de modo ‘extraordinário’.

O realismo de Carl Schmitt não incide no erro, segundo Chantal Mouffe, de “negligenciar o papel predominante das paixões como forças impulsionadoras da conduta humana. Além disso, no campo da política, o que encontramos são grupos e identidades coletivas, e não indivíduos isolados”²⁷¹. O aspecto existencial da decisão pré-política atende a um certo fascínio e excesso de linguagem que compõem a esfera do político.

O ‘nomos’ em esfera global revela-se sobretudo ao longo do século XX, que lidaria, segundo Schmitt, com a perda da centralidade europeia e do equilíbrio do ‘iustus hostis’. O rompimento da pretensão liberal diante do surgimento mais claro “da situação excepcional permite revelar o que a natureza pretensamente neutra e apolítica das ideias e instituições liberais se nega a mostrar”²⁷², assim como a mudança dos instrumentos e meios de se fazer guerra, com os meios de destruição em massa.

A dissolução do ‘ius publicum europaeum’ (d), ocorrerá no final do século XIX após a unificação alemã com Bismarck entre 1864-1871 e a unificação italiana de 1870. De acordo com Carl Schmitt, a Conferência de Congo de 1884-1885 deixará isso mais evidente, a respeito da última disputa do direito europeu de gentes no solo africano. Isso ocorre, tanto pelo surgimento dos Estados Unidos como um novo ator fora do contexto puramente europeu, como pela pretensão de neutralização de guerra em solo centro-africano com um novo estatuto jurídico que colocava em igual ‘status’ de direito público os territórios da metrópole e da colônia a partir de 1890. A Europa teria perdido o seu centro sagrado e todo o mundo era uma palco do cenário de disputa.

²⁶⁹ THOMASSEN, Lasse. “A bizarre, even opaque practice”: Habermas on constitutionalism and democracy. In: *The Derrida-Habermas reader*. Chicago: chicago university press. 2006.p.177.

²⁷⁰ KALYVAS, Andreas. *Democracy and Politics or the Extraordinary*. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.

²⁷¹ MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: gradiva. 1996.p.186.

²⁷² FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.p.55.

Ocorreu um novo arcabouço jurídico, no qual o território do Congo foi considerado independente em 1885. Contudo, foi adquirido pela Bélgica, um estado neutro, tornando-se colônia belga em 1907. Ou seja, a terra, de uma matéria de guerra europeia passou para uma questão jurídico-privada positiva com o precedente do Estado belga. Essa confusão de territórios e títulos jurídico levou uma ausência de direito de gentes europeu desde o fracasso da conferência até a primeira guerra mundial de 1914-1918: “*um caos sem estrutura alguma*”²⁷³.

Não existia mais uma noção de universalismo global organizada pelo ‘direito de gentes’, mas uma realidade economicista distinta do Estado, em cujo centro encontra-se a “*liberdade de disposição do ouro, capital e trabalho*”²⁷⁴. Era exigido apenas, nessa nova realidade, um Estado mínimo e uma ordem constitucional voltada aos mercados, em que o “*direito interestatal do século XIX consistia na vinculação entre a economia livre e o mar livre, de um lado, e soberania interestatal, por outro lado*”²⁷⁵.

Uma nova realidade política ocorria. A realidade de um constitucionalismo liberal: “*era uma linha da economia liberal que estava assegurada pelo constitucionalismo liberal como ‘standard’ constitucional e que transcorria através dos Estados*”²⁷⁶. No âmbito da economia a “*antiga ordenação do espaço da terra perdeu evidentemente sua estrutura*”²⁷⁷, sem nova ordenação do solo. A Europa foi assim conduzida a uma guerra mundial, ao renunciar o direito de gentes e sua delimitação da guerra de até então. Uma reformulação própria da biopolítica diante de um novo ‘nomos’ desde o ‘mar’, não mais da terra e do direito de gentes europeu.

Em sua origem, o ‘nomos’ aderiu-se à questão do solo, a ‘muralha sagrada’ (um monólito), que estabelece historicamente campos de força e ordenação, em outras palavras: “*nomos é a medida que distribui e divide o solo do mundo em uma ordenação determinada, e, em virtude dela, representa a forma de ordenação política, social e religiosa.*”

278

²⁷³ SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra: em el derecho de gentes del ‘jus publicum europaeum’*. Buenos Aires: 2005. P.244.

²⁷⁴ Ibidem, p.245.

²⁷⁵ Ibidem, p.246.

²⁷⁶ Ibidem, p.247.

²⁷⁷ Ibidem, p.249.

²⁷⁸ Ibidem, p.52ss. Desde a Grécia com uma remissão à Sólon, que elaborou a divisão da terra e o cancelamento de dívidas. Em Platão, porém, as leis ganham o caráter utópico das leis modernas, enquanto para Aristóteles faz-se uma referências a uma ordem concreta, sim, porém de uma politeia que pressupõe diversos ‘nomói’ (‘nomói’ aí no sentido atrelado ao solo, um propriedade mediana distribuída do solo).

No alemão, todavia, houve uma tradução de inspiração distinta de “nomos”, prossegue Carl Schmitt, como “Gesetz”, enquanto uma vontade a realizar ou uma possibilidade de impor simplesmente uma norma, de modo que perdeu o sentido substancial. Uma forma puramente positiva e artificial do direito. Anula a relação entre assentamento e ordenação.

O seu corretivo, então, será o conceito de legitimidade²⁷⁹, embora para Schmitt apenas a historicidade possua o caráter constitutivo efetivo. Há nesse sentido de “Gesetz”, um correlato de “dever” como obra do positivismo e sua crença nas ciências naturais como superiores diante do desenvolvimento técnico-industrial, para fins de obediência às autoridades constituídas²⁸⁰. Uma disposição de disposições (ou uma ‘*ordo ordinans*’).

Ao contrário do positivismo formal, os atos constitutivos ocorrem enquanto a história estiver aberta em sua concretude jurídico-mítica a novos ‘nomos’ universais. Não se trata de apenas regular atos cotidianos, pois “*a cada novo período e cada nova época da coexistência dos povos, impérios e países, de potências e potências de todo tipo, baseia-se sobre novas divisões do espaço, novas delimitações e novas ordenações espaciais da terra*”²⁸¹.” A ordenação do poder constituinte, assim, é vista pelo positivismo como um mero ‘fato’ de elaboração e constituição de um Estado anterior ao direito formal.

Associado a esse novo ‘nomos’, separado da terra e associado ao mar, está vinculada a uma noção de guerra marítima. Esta sempre foi uma guerra de botim, dirigida contra a propriedade inimiga e de caráter comercial. Schmitt aponta a Guerra da Secessão americana de 1861-1865, já como uma guerra de corso. No mar livre não existe igualdade pura e ocorrem atos hostis de forças estatais organizadas contra pessoas privadas. Se uma pessoa privada rompe um bloqueio para a prática de comércio é tratada como inimigo²⁸². O bloqueio de um porto ou de uma cidade não se ‘limita’ ao mar, mas ocorre ‘desde’ o mar.

Já a guerra aérea potencializa os efeitos da guerra marítima. Se a guerra em terra tem como objetivo a ordenação e o assentamento, e a guerra em mar pretende o bloqueio do comércio marítimo, a guerra pelo ar tem como objetivo puramente o caráter destrutivo.

²⁷⁹ Ibidem, p.53.

²⁸⁰ Schmitt, com uma crítica a Kelsen, apresenta o positivismo como uma “obra de juristas desiludidos”, diante dos desenganos de 1848. *Loc. Cit.*

²⁸¹ Ibidem, p.62.

²⁸² Ibidem, p.338ss.

No novo ‘nomos’, subsequente à dissolução do ‘ius publicum europaeum’, acumulam-se o caráter de ordenação e assentamento (terra), do controle do comércio (mar), valendo-se de uma força de pura destruição (ar).

Essa tecnologia de guerra fundamentou a má-biopolítica, diante da nova forma de fazer guerra, segundo Annie Dymetman:

*(...) justificando assim a guerra total do século 20, que, de um lado, inaugura a entrada e o envolvimento de civis na guerra, por conta principalmente dos bombardeios e dos aviões na Primeira Guerra mundial e, de outro, por todos aqueles considerados fora da ‘normalidade’, mesmo que não pertençam ao exército, serem declarados inimigos.*²⁸³

Nesse diapasão, no novo ‘nomos’, “o vencedor considerará a superioridade de suas armas como uma prova de justa causa e declarará criminal ao inimigo, porque já não é possível realizar o conceito de ‘iustus hostis’.”²⁸⁴ Uma ação de discriminação do inimigo: “ao ser convertida hoje em dia a guerra em uma ação policial contra os alteradores da paz, criminais e elementos antissociais”²⁸⁵.

O novo ‘nomos’ biopolítico de um Estado policial total desconfigura os direitos constitucionais ao ‘inimigo’, o qual recebe a pura violência dentro de uma “guerra justa” da facticidade do poder bélico. Por meio da ‘necessidade’ de solucionar o caos, surge “a força de um Estado que deve identificar os seus inimigos”²⁸⁶.

Carl Schmitt dá ênfase àquilo que o sistema representativo liberal ocultava, isto é: “o conceito do Estado pressupõe o conceito do político”²⁸⁷. Não existe uma essência ao Estado, enquanto organismo, máquina, empresa, sociedade, comunidade, instituição, pessoa ou processos. O Estado simplesmente pressupõe e depende de um caráter substancial e existencial prévio, isto é: um povo organizado num espaço territorial. O estatal não se resume ou equivale ao político, mas o político é quem se manifesta no Estado. Há uma interpenetração entre estado e sociedade na qualidade de uma coletividade democraticamente organizada: “O Estado total provedor da identidade de

²⁸³ DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política n° 53. 2001.p.119.

²⁸⁴ SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra: em el derecho de gentes del ‘jus publicum europaeum’*. Buenos Aires: 2005. P.354.

²⁸⁵ Ibidem, p.355.

²⁸⁶ FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.P.57.

²⁸⁷ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Trad. Rafael Agapito. Madrid: alianza editorial. 2009.p.49.

*Estado e sociedade aparece como contra conceito polêmico, oposto a todas estas neutralizações e despolitizações*²⁸⁸. ”

De acordo com Carl Schmitt, desde 1848 não existe mais uma diferença qualitativa entre Estado e sociedade. Ele prossegue: “*a evolução vai do Estado absoluto do século XVIII, passando pelo Estado neutro (não intervencionista) do século XIX, até o Estado total do século XX*²⁸⁹.”²⁹⁰ Pondo fim, assim, a um axioma apolítico proveniente do pensamento econômico de um Estado liberado na economia. O liberalismo diluiu o conceito de inimigo como um competidor de negócios.

Diante da pretensão de atuação no cenário de guerra mundial houve uma radicalização conceitual no aspecto de identidade ‘estatal’ desproporcional para a condução de todos os aspectos da vida. Desse modo, as concepções religiosas, morais, econômicas, étnicas, dentre outras, permitem o agrupar e distinguir inimigos.

Contrariamente à posição totalizante estatal que criminaliza os seus inimigos na suspensão do poder constituído constitucional, apresenta Agamben seu pensamento, confrontado ao paradigma do Estado de Exceção, o qual leva a outro paradigma existencial dessa nova política, o paradigma do ‘campo’, e a respeito desse deve-se repensar o sentido jurídico e filosófico do direito em termos de ‘potência’ política para fazer face a essa realidade biopolítica negativa, como se passa a apresentar.

²⁸⁸ Ibidem, p.53.

²⁸⁹ Loc. Cit.

²⁹⁰ Carl Schmitt apresenta algumas correntes que o apoiam. Para Jacob Buckart a democracia seria uma cosmovisão em que se apagam as fronteiras entre Estado e sociedade. A. Haenel admite a necessidade de harmonizar as forças volitivas sociais mas resiste a uma ideia de Estado total. De acordo com Gierke o estado seria apenas uma associação com elementos de governo e conclusões democráticas inevitáveis. Em Rudolf Smend a sociedade não se encontra integrada ao Estado, mas isso deve ser feito. Para Tescher não existe nada apolítico e o Estado deve integrar todas as forças vitais do corpo social. Ibidem, p.54-56.

2.2. A biopolítica do Estado de Exceção em Giorgio Agamben e o debate Benjamin-Schmitt.

Giorgio Agamben desenvolve seu pensamento no projeto ‘Homo Sacer’ e expande suas investigações sobre diversos campos do conhecimento humano. A sua própria compreensão é palco para os mais distintos comentários. Para uns sua ideia de política seria inspirada desde o juízo estético kantiano a partir de um modelo de arte (Benjamin Morgan), enquanto outros entendem que não haja nele uma pretensão de alternativa política, mas propriamente um ‘giro ético’ (Thomas Kurana), com um certo radicalismo há a afirmação de que ‘Todos somos *homo sacer!*’ (Slavoj Žižek)²⁹¹. O próprio Agamben coloca-se como um continuador das pesquisas de Michel Foucault, estendida para o direito e a teologia²⁹², assim como para as experiências dos campos de concentração como lugares exemplares da biopolítica contemporânea, investigando as técnicas políticas e tecnologias do ‘eu’ da modernidade²⁹³. Destaca Leland de la Durantaye em ser o mais importante em seu pensamento a concepção de ‘potencialidade’, cujo foco reabre à reflexão de nosso presente político rumo a um ‘porvir’ negativo²⁹⁴. Não se pode negar, ainda, influências de Walter Benjamin. Desde o termo ‘vida nua’ com inspiração no conceito apresentado tanto em ‘*Crítica da violência-Crítica do poder*’ e como em ‘*Destino e Caráter*’.

Giorgio Agamben preocupa-se, sobretudo, com a questão do ‘Estado de Exceção’ que “*independe progressivamente da ameaça bélica, que originalmente o justificava, desloca-se até as situações de emergência econômica (crises financeiras, desvalorizações drásticas) e finalmente converte-se em uma prática habitual.*”²⁹⁵ Desse modo, é refratário a analisar as grandes guerras do século XX como uma mera situação histórica passada, mas questiona as tecnologias de poder e de governo, sobretudo jurídicas por sua formação como advogado, que foram empregadas naquele período e que permanecem contemporaneamente.

²⁹¹ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009. P.13.

²⁹² Ibidem, p.209.

²⁹³ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012. p. 59.

²⁹⁴ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.217.

²⁹⁵ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.77.

Esse novo ‘nomos’, esclarecerá Giorgio Agamben, encontra no âmago da biopolítica o conceito jurídico do Estado de Exceção. O alerta contra a suspensão de liberdades e garantias individuais dos ‘inimigos’, na radicalização do biopoder em progressiva ampliação até o limiar 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*”²⁹⁶.

A forma de sua argumentação também merece comentários, porque possui um estilo linguístico ‘aberto’, no qual se sobressai o uso de termos ‘paradigmáticos’ para condensar a ideia pretendida em cada abordagem. Isso parte inclusive de sua tônica em relação à experiência e às práticas jurídicas, como discípulo de Foucault, ao contrário de investigar ‘teorias de justiça’ como faz a tradição em ‘filosofia do direito’ na esteira de debates a respeito de juspositivismo, jusnaturalismo ou axiologia e principiologia. Em suas investigações a maior referência é o conceito-paradigma ‘homo sacer’, que confere nome a seu ‘projeto *homo sacer*’, composto das seguintes obras:

- . *‘Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I’*
- . *‘Estado de Exceção, II, 1’*
- . *‘O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo, II, 2’*
- . *‘O sacramento da linguagem: arqueologia do juramento, II, 3’*
- . *‘Opus Dei: arqueologia do ofício, II,5’*
- . *‘O que resta de Auschwitz, III’*
- . *‘Altíssima Pobreza: regras monásticas e formas de vida, IV, 1’*

Sem prejuízos de diversas outras obras que surgiram a partir dessas reflexões centrais, a noção de ‘*homo sacer*’ condensa diversas possibilidades reflexivas. É uma figura do direito romano arcaico, que a um só tempo traduz a experiência do fenômeno religioso com um tipo peculiar de sujeição ao poder soberano fixando-o em uma zona de ambiguidade entre aplicação de fato e de norma, na qual sua própria vida encontra-se em questão. Transferida para nossos dias atuais, compara-a à noção de ‘bando’, conforme indicação de Jean-Luc Nancy, a fim de representar uma exclusão comunitária e afirmação do poder biopolítico de soberania²⁹⁷.

²⁹⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P.13.

²⁹⁷ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.60-61.

O objeto central no núcleo de suas pesquisas, a respeito do qual a figura do ‘homo sacer’ procura investigar, está na novidade do ‘nomos’ então desenvolvido, caracterizado por uma tecnologia jurídica que lida com crises e instauração de estados de emergência, de modo ‘fictício’ e em ritmo permanente, como uma das práticas essenciais já exercitada e incorporada nos Estados contemporâneos. Daí decorre um sentido de soberania indeterminado entre democracia e absolutismo, com uma forma jurídica que não o qualifica como um direito especial (como o caso do direito de guerra tradicional dos ‘iustus hostis’), mas enquanto uma prática governamental para atender a necessidades fáticas, ou seja, um conceito próprio que promove a suspensão do ordenamento jurídico. É uma técnica de governo que procura entender o sentido de uma ‘exceção tornar-se a regra’.

A noção de ‘*homo sacer*’, assim, responde a uma reflexão a respeito dos direitos humanos e a inalienabilidade da ‘vida nua’ ou da ‘vida abandonada’²⁹⁸, diante de um biopoder soberano que se articula por meio de ‘*dispositivos*’²⁹⁹, cuja função é capturar a vida humana naquilo chamado por Foucault como processos de subjetivação e dessubjetivação, ou de ‘fabricação de sujeitos’³⁰⁰.

Por meio de tais mecanismos ocorre a captura não de uma substância nem um fazer, mas de uma inoperosidade³⁰¹, enquanto uma prática resultante da implementação do dispositivo da ‘exceção’. Existe nisso uma conexão entre poder e potencialidade na relação entre poder constituinte e poder constituído ao impedir uma ‘autonomia da potencialidade’, já comprometendo-a desde o momento de sua formação e auto compreensão³⁰².

A soberania é uma figura praticada na ‘máquina jurídico-política do Ocidente’, na qual o soberano ‘exemplifica’ o Estado de Exceção, como um ‘caso particular’ cujo elemento lógico não é a dedução do todo para a parte nem a indução da parte para o todo, assim afastado da inferência, mas de parte a parte por analogia³⁰³.

²⁹⁸ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.201.

²⁹⁹ “Resulta relevante assinalar que o termo grego ‘oikonomia’ é traduzido em latim por ‘dispositio’.” CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.111.

³⁰⁰ Ibidem, p.164.

³⁰¹ Ibidem, p.105. “Inoperosidade assim representa algo não exaurido mas inexaurível – porque isso não passa do possível para o ato (*transitus de potentia ad actum*).” DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.19.

³⁰² Ibidem, p.230.

³⁰³ Ibidem, p.225.

Afasta-se da lógica da subsunção, é “antes de tudo a passagem de uma proposição geral dotada de um referente puramente virtual à referência concreta a um segmento de realidade³⁰⁴.” Não se trata mais de aplicação de uma lei como enunciado geral a um caso particular e concreto por um juiz como na teoria clássica do constitucionalismo. Ao contrário, há um dispositivo biopolítico sobre a ‘vida nua-produto’ da máquina jurídico-política, conferindo um aspecto indissociável entre direito-política-vida. Não acompanha a dimensão dos filósofos políticos contratualistas, revelando a ausência de sentido da separação entre ‘estado da natureza’ na vida natural e um torna-se ‘civil’ e com o ingresso no contrato social da vida civil. A dinâmica da “vida nua” desde o moderno, em suas práticas e não em suas teorias políticas, desconhece estado da natureza ou civil, mas apenas a própria vida que decorre da política e do direito, uma vez que “não é o contrato o que funda a potestade da soberania, mas a sobrevivência do estado de natureza no seio do estado civil.³⁰⁵”

Revela, ainda, que a filosofia não pode ser simplesmente ‘do direito’, ou simplesmente as disciplinas de estudo não podem ser separadas como também em ‘ciência política, filologia, jurisprudência, antropologia’, dentre outras, por provarem uma inadequação para tratar de perigos e demandas de nossos dias. O Estado de Exceção consiste no “problema da conservação do poder constituinte no poder constituído³⁰⁶.”

A topografia do Estado de Exceção em relação ao ordenamento jurídico é controversa. Uma primeira corrente entende a necessidade de sua instauração como uma fonte autônoma do direito positivo, e assim representa um direito subjetivo a sua conservação. Na segunda corrente seria uma mera situação de fato. Uma corrente mista, de Julius Hatschek fala num sentido objetivo de contrariedade ao direito e à lei e num sentido subjetivo, na boa-fé de conservação do Estado e preservação da imunidade jurídica. Agamben entende que todas são insuficiente, pois, de um lado, se há uma suspensão da ordem jurídica não teria como ao mesmo tempo pertencer a ela e, de outro lado, se é mera situação de fato evidencia-se sua altíssima relevância e o direito não poderia ser indiferente a essa lacuna. Desse modo, assim sustenta Giorgio Agamben: “na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o

³⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P.62.

³⁰⁵ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.67.

³⁰⁶ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009. P.234.

*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*³⁰⁷. ”

O Estado de exceção é uma forma de incluir no ordem jurídica um zona de indiferenciação em que fato e direito unem-se, isto é: “*um caso particular em que ‘vis e ratio’ da lei não se aplicam*³⁰⁸. ” A necessidade serve de justificativa para a transgressão do ordenamento em um caso específico (‘*necessitas legem non habet*’). Uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato transformam-se em direito e normas jurídicas indeterminam-se em fato³⁰⁹. Apesar do Estado e do ordenamento constitucional encontrarem-se regulamentados por instituições, Santi Romano classifica-o como “*fonte primária e originária do direito*³¹⁰”.

Implica em uma ação governamental imperiosa de necessidade fática. Como afirmado por Balladore-Pallieri: “*o princípio da necessidade é sempre, em todos os casos, um princípio revolucionário*³¹¹”, ou seja, implica em afastamento do ordenamento na qualidade não de rompimento mas suspensão e atualização de compreensão do que constitui a sua substância ou conteúdo. A necessidade é reduzida a uma decisão, algo indecidível apenas em unilateralidade, se somente de fato ou somente de direito. Dentro de uma situação normal, o judiciário preencheria a lacuna, que diz respeito a uma relação com a realidade e à possibilidade de aplicação da norma. No estado de exceção agrega-se o poder da autoridade militar para o âmbito civil (estado de sítio) e suspensão da constituição (direitos e garantias individuais), dissolvendo a separação de poderes (em estado “pleuromático”)³¹². O poder executivo atribui-se a possibilidade de emitir atos com “força de lei”, sejam eles superiores na Constituição (Atos Institucionais como no caso brasileiro), ou inferiores em leis ou decretos.

Tem sua origem com a tradição democrático-revolucionária no Decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811 que permitiu a declaração de um estado de sítio “fictício ou político”, mesmo sem uma ameaça real³¹³. **Cria o seu próprio real.** Desde a Primeira Guerra Mundial ocorre uma generalização dos dispositivos governamentais de

³⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P.39.

³⁰⁸ Ibidem, p.42.

³⁰⁹ Ibidem, p.45.

³¹⁰ Ibidem, p.44.

³¹¹ Ibidem, p.47.

³¹² Ibidem, p.17.

³¹³ Ibidem, p.15.

exceção e “*a cultura política do Ocidente não se dá conta de haver perdido por inteiro os princípios que a fundam*”³¹⁴.”

O paradigma do Estado de Exceção gradualmente atinge seu pleno desenvolvimento, sem uma declaração explícita, mas se manifesta como uma espécie de paradigma de segurança e em técnica normal de governo. Historicamente apresentou distintas manifestações entre os países³¹⁵. Na França (a), sua previsão encontrava-se apenas em lei. Em 1914 o parlamento admite para medidas de controle do franco. O mesmo sucede em 1935 com mais de 50 decretos com Laval. Isso repete-se tanto para Chautemps com plenos poderes em medidas cambiais, como em 1938 com Édouard Daladier com poderes conferidos pelo parlamento contra a ameaça nazista e à crise econômica. Em 1940 o marechal Pétain fica com a faculdade de declarar o Estado de Sítio, o que ocorreu com De Gaulle na crise da Argélia em abril de 1961. Na Alemanha (b), o artigo 48 da Constituição de Weimar que o previa tinha como precedente a lei prussiana de Bismarck com o estado de sítio de 4 de julho de 1851, colocando a Alemanha, exceto a Bavária, em estado de sítio. Schmitt chega a dizer que nunca havia sido tão facilmente legalizado um “golpe de Estado”³¹⁶. O Artigo 48 foi usado em mais de 250 ocasiões, para enfrentar a queda do marco e em razão da emergência político-militar diante da crise econômica, com prisão de militantes comunistas e tribunais “ad hoc”. Os primeiros campos de concentração não foram nazistas, mas nacional socialistas que internaram milhares de comunistas e hebreus orientais. Em 1932, com Hindenburg reeleito, houve a dissolução do Reichstag (agiria como guardião da Constituição nos termos de Schmitt). A ditadura constitucional serve de transição para um regime totalitário. Em 1933, com Hitler eleito, cria em Dachau um campo para prisioneiros políticos nas mãos de Himmler e confiados à SS. Um campo que não dependia de instituições, mas apenas da “revolução” nacional-socialista³¹⁷. Na Itália (c), apesar do estatuto albertino não prever legalmente, diversos territórios decretaram o estado de exceção. Em 1926 o regime fascista regulamenta expressamente a possibilidade de decretos-lei. Em 1939 as medidas provisórias perderiam eficácia se não ratificadas pelo parlamento. Uma República que deixou de ser parlamentar para ser governamental. Na

³¹⁴ Ibidem, p.33.

³¹⁵ Ibidem, p.27-38.

³¹⁶ Ibidem, p.28.

³¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002. P.785.

Inglaterra (d), a ‘*Martial Law*’, ocorre para defender a ‘*commonwealth*’ em caso de guerra. Com a ‘*Defence Real Act*’ (DORA) de 1914 cuidou da economia e de direitos fundamentais. Por fim, nos Estados Unidos (c), o congresso declara o estado de guerra, mas o presidente atua como ‘*commander-in-chief*’ do exército. Em 15 de abril até 4 de julho de 1861 Lincoln suspendeu o *writ do Habeas Corpus* durante a guerra civil americana³¹⁸, para fins de preservação da ordem jurídica e da união. De modo soberano, em 22 de setembro de 1862 declara a libertação dos escravos e autorizou prisão e julgamento em tribunal marcial a qualquer rebelde insurgente. Em 1933, com o “*New Deal*” houve poderes ilimitados para tratar da vida econômica, para enfrentar a grande depressão. Já em 1941 durante a Segunda Guerra Mundial tinha poderes ilimitados contra inimigos externos. Com o 11 de setembro de 2001 Georg Bush denominou-se ‘*commander-in-chief*’. Em 26 de outubro de 2001 o USA Patriotic Act permitia a prisão de estrangeiros que pusessem em risco a segurança nacional. Em 13 novembro de 2001 houve a possibilidade de detenção indeterminada por ‘*military commissions*’ de não cidadãos suspeitos de terrorismo. Indivíduos fora da lei e do controle do judiciário, sem identidade jurídica e inclassificáveis, diz Agamben: “*a única comparação possível é com a situação jurídica dos judeus nos ‘Lager’ nazistas.*”³¹⁹

A novidade do nazismo em termos de dispositivo ou tecnologia jurídica consistiu em uma decisão a respeito da excepcionalidade na prática de suspensão de direitos e garantias constitucionais que “*deixa de estar vinculada a uma situação concreta de ameaça externa e tende a converter-se na regra*”³²⁰.

Esse poder exerce-se precisamente sobre a ‘*vida nua*’ e promove a desconstituição de cidadãos de seus ‘*status*’ de nacionalidade, gerando com isso uma postura dos Estados eximirem-se de suas responsabilidades, transferidas estas então para ‘*a polícia e as organizações humanitárias*’³²¹. Ocorre a geração de um novo ‘*inimigo da humanidade*’, com sua inclusão-exclusiva como criminoso. De um mecanismo de guerra que ingressa na polícia governamental e transforma-se em potencial perigo de intensificação de um paradigma de governo das democracias contemporâneas³²².

³¹⁸ Para Schmitt um exemplo de ditadura comissária, que mantém a Constituição e distingue-se da ditadura soberana que funda uma nova ordem constitucional.

³¹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P. 14.

³²⁰³²⁰ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica. 2012. p.73.

³²¹ Ibidem, p.70.

³²² Ibidem, p.76.

A ideia da suspensão da aplicação do direito para um indivíduo ao qual restam não mais proteções constitucionais mas apenas a vida nua da soberania do Estado de Exceção adequa-se à figura do ‘homo sacer’, que não mais compartilhava da prática mítico-política da comunidade romano-arcaica. Ele torna-se um exemplo porque “*não pode ser usado para o propósito de rituais porque foi declarado impuro, seus direitos foram perdidos, e seu ‘status’ como um membro do grupo foi efetivamente suspenso*³²³.” Sofre uma ambiguidade melhor compreendida como dupla exclusão, isto é: de um lado, do direito divino e não pode integrar o ritual comunitário (muito embora nesse ‘ele’ seria imolado com o próprio sacrifício) e, de outro lado, do direito dos homens, porque não existem garantias nas normas aplicáveis a ele, de modo que se sofresse crime ou mesmo homicídio desse ato não seja exigível uma providência ou responsabilidade estatal.

O soberano apenas possui uma referência ao contexto jurídico, mas a ele não se submete. Não mais como na teoria hobbesiana o soberano é representado na lei. Situa-se fora do ordenamento. Mas no momento da decisão passa a pertencer à ordem jurídica. Ou seja: “*introduz no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real*.”³²⁴ Articula, desse modo, um espaço anômico, ora dentro ora fora do direito, para domínio sobre a vida nua, uma “*força de lei, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma ‘fictio’*”³²⁵. Desse modo, extrai da lei apenas a sua força, ou capacidade de obrigar à subjetividade, ou na produção da sujeição, ou seu sentido substancial, mas não deseja o caráter formal (lei). Nisso absorvendo um caráter não lógico mas místico. Uma “*violência pura sem ‘logos’*”³²⁶.

Na teoria de Carl Schmitt em ‘*A ditadura*’ existe a inscrição do estado de exceção no contexto jurídico e na obra ‘*Teologia Política*’ agrega-se a relação entre norma e decisão³²⁷. Implicam, assim, em espaço de aporias perigoso para teorias políticas da soberania, a respeito da qual a noção de ‘*homo sacer*’ é capaz de explicitar³²⁸.

Destaca Giorgio Agamben o embate entre Carl Schmitt e Walter Benjamin que poderia ser chamado como um ‘dossiê esotérico’ (1925-1956), em que, apesar de

³²³ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.207.

³²⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P.58.

³²⁵ Ibidem, p.61.

³²⁶ *Loc. Cit.*

³²⁷ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.79-80.

³²⁸ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.229.

Benjamin citar a *Teologia Política* em *Origem do drama barroco alemão*, a *Teologia Política* pode ser lida como uma resposta precisa ao texto *Crítica da violência-Crítica do poder*. Podem ser destacadas quatro controvérsias fundamentais a respeito desse “espaço anômico” em que se manifesta essa relação direito-poder-violência (“Gewalt”³²⁹, ou “enforçamento da lei”): a existência de uma violência pura (1); se haveria um estado de exceção efetivo ou fictício (2); o caráter mítico da soberania (3); a relação entre vida e linguagem (4)³³⁰.

Benjamin afirma a existência de uma violência pura (1), isto é, uma violência que existe fora do ordenamento jurídico, que o direito a negaria por não pertencer a ele, logo ‘pura’. Opondo-se assim tanto à ditadura comissária (a qual conserva o direito) como à ditadura soberana (a qual depõe o direito). Carl Schmitt pretende neutralizar essa violência “pura” porque não se funda nem se conserva o direito, mas o ‘suspende’, com decisões que se impõem e são exigíveis sendo referidas aos ordenamentos jurídicos com a forma de um poder centralizado³³¹. Ao revés, para Benjamin, o Estado legaliza e perpetua a violência para preservar o direito e a si mesma³³².

Carl Schmitt fala no estado de exceção fictício (2), se o uso da força é uma exceção então não pode ser a regra, logo é apenas temporário, sendo precisamente a função da exceção a garantia de regularidade da Constituição. Tem-se a pretensão de garantir direitos e liberdades fundamentais, enquanto anomia inscrita no nomos em que *“alegando ‘questões de segurança’ o Estado pode assim controlar seus cidadãos.”*³³³ A isso responde Walter Benjamin com um estado de exceção efetivo. Como o direito não é mais praticado, então deve ser apenas estudado, e isso o levaria às portas da justiça e a quebrar o ciclo da violência mítica, *“sair deste círculo, deste ‘cul-de-sac’, criticar a dupla função da violência, a*

³²⁹ Da mesma forma que Schmitt deu relevância à questão da força no termo alemão ‘Gesetz’, Walter Benjamin destaca o termo ‘Gewalt’, também como ‘enforçamento’ da lei, de modo que: *“A ‘indecidibilidade’ que está no coração do termo alemão ‘Gewalt’, que significa tanto poder como violência (e afirma que um não existe sem o outro), já contém ‘in nuce’ o centro da argumentação benjaminiana.”* SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: FAPESP: Annablume. 2007.p.213.

³³⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P.81-98.

³³¹ De um lado a vida controlada por uma decisão-mítica que a ‘exige’ (Carl Schmitt) e, de outro, uma vida que a violência divina simplesmente desconstitui sem precisar exigir desde um ponto de vista soberano (Walter Benjamin). *“O primeiro exige sacrifícios, ou seja alimenta-se da vida pura, destruindo-a, o segundo, escreve Benjamin (de modo enigmático), simplesmente aceita estes sacrifícios. O poder divino é puro.”* SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: FAPESP: Annablume. 2007.p.222.

³³² DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política n° 53. 2001.p.127.

³³³ SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: FAPESP: Annablume. 2007.p.218.

que funda o direito, bem como e a que o conserva”³³⁴, com uma inspiração em Georges Sorel³³⁵.

Walter Benjamin fala na impossibilidade do uso pelo direito de um violência por meio de uma decisão (3). Está fora do direito como uma fratura irrecuperável, em que se vale de duas alegorias para ilustrar: tanto a alusão a uma “catástrofe do barroco”, como a uma “escatologia branca”. Um romantismo barroco como catástrofe que não pode ser decidida ou lida em termos de direito e “destrói o reino sobre o qual este soberano poderia reinar. Impera não o soberano, mas sim a catástrofe”³³⁶. Já Carl Schmitt assume um caráter mítico e assume o argumento que precisamente por decidir existe um soberano e põe-se fim ao espaço de anomia. O soberano preenche, com sua fala, o que a linguagem não foi capaz de aprisionar. Segundo Annie Dymetman de igual força estética ao romantismo barroco:

*Como o liberal, também o romântico evita tomar decisões. Apesar da impecabilidade do argumento Schmitt, ao substituir a arte pela arte romântica por uma política pela política, terminou aderindo a um romantismo às avessas. É uma estetização do político e, pode-se dizer, é também um esvaziamento do político*³³⁷.

Por fim, em Carl Schmitt a linguagem absorve o não escrito (4), uma filosofia com seu espelho no direito, isto é: “à estratégia onto-teo-lógica, destinada a capturar o ser puro nas malhas do ‘logos’, responde a estratégia da exceção, que deve ser assegurada a relação entre violência anômica e direito”³³⁸. O ‘logos’ depende da anomia para ser pleno e soberano. No que Walter Benjamin afirma: “uma escrita sem sua chave não é escrita, mas vida”, no mesmo sentido de Franz Kafka para quem a vida “é vivida nos pés da montanha onde o castelo se ergue”; diante do poder existe apenas manifestação e exposição desse mesmo poder sobre a vida sobre o qual o mesmo se ergue.

³³⁴ DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política nº 53. 2001.p.127.

³³⁵ SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: FAPESP: Annablume. 2007.p.214.

³³⁶ *Ibidem*, p.232.

³³⁷ DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política nº 53. 2001.p.118.

³³⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004. P.93.

Essas apresentam-se como as lides do dispositivo do Estado de Exceção no debate Benjamin-Schmitt, como novo ‘nomos’ construído de controle e domínio da vida. Uma lógica mítica que se constrói sobre a constituição e desconstituição na definição dinâmica entre ‘zoé-bíos’ em seu conceito de “político”, como se passa a apresentar na definição paradigmática de Giorgio Agamben.

2.3. O paradigma do ‘campo’ como ‘nomos’ biopolítico.

Giorgio Agamben investiga a questão dos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial no novo ‘nomos’ estabelecido para o conceito de política contemporâneo, desde a novidade da política totalitária, que praticava a sujeição total da vida nua, até “*a crescente ampliação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder*”³³⁹. A política perde a inteligibilidade, com um caráter indiscernível e polêmico, e a vida nua, ou sacra, passa a obter seu sentido na política. Aspectos referentes à sexualidade, vida biológica, transgenia, pesquisas de células tronco, aborto, dentre outras pautas da agenda política e jurídica na jurisprudência dos tribunais.

Com a modernidade, ao contrário do que sustentam as teorias jurídico-filosóficas, o objeto da política não é a ‘*bíos*’, mas a ‘*zoé*’. Ou seja, na formação dos Estados nacionais os dispositivos e cálculos políticos possuem uma atenção específica em relação à vida biológica individual e das populações. A vida biológica (‘*zoé*’) como tarefa da política³⁴⁰.

Existe uma alteração e constituição política de uma outra natureza humana, ou seja, a “*vida que não é nem humana nem animal, mas só vida nua*”³⁴¹. Em sua obra ‘*O aberto: o homem e o animal*’, Agamben trata do homem pós-histórico dos estudos de Kojévè³⁴², no qual o ‘*esnobismo*’ estimulado pelo sistema é uma decorrência da separação entre forma e conteúdo que não mais alteram o conteúdo para uma possível alteração da história, mas simplesmente realizam a oposição de formas puras para si mesmos e para os outros³⁴³.

Como diagnóstico atual dessas análises tem-se nas distinções partidárias da política tradicional uma ausência sempre crescente de inteligibilidade, se já não for possível falar propriamente em ininteligibilidade. O objeto político e os projetos de governo manifestam-se em ampla zona de indeterminação a partir do momento em que a

³³⁹ Aprofunda assim perspectivas de Foucault que procurou desmascarar os dispositivos de poder e de Hannah Arendt que situou os campos de concentração como um laboratório de experimentação para domínio total. Se Aristóteles que entendia o homem enquanto um animal com possibilidade de política, hoje a sua própria condição de um animal em que a política coloca a sua vida em questão. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002. P.125ss.

³⁴⁰ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica. 2012.p. 58 e 137.

³⁴¹ Ibidem, p.142.

³⁴² “*Para Kojévè, de fato, ao final da história, ao menos segundo uma de suas interpretações, o homem regressa à animalidade; a felicidade cede seu lugar à satisfação e a linguagem se converte em um sistema estimulador de reflexos condicionados.*” Ibidem, p.142.

³⁴³ Ibidem, p.173.

vida nua torna-se o seu referente fundamental. A política tornada biopolítica restringe-se a “assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida³⁴⁴.”

A advertência, portanto, encontra-se na indiscernível e silenciosa transmutação entre democracia e totalitarismo, com a politização de todos os aspectos da vida cotidiana. A centralidade das necessidades biológicas da vida nua como critério do político. Com a inscrição das vidas, lenta e gradualmente, na ordem estatal do poder soberano o “rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do ‘homo sacer’ corre de modo subterrâneo, mas contínuo³⁴⁵.”

Para os gregos a ‘zoé’ fazia parte de todos os seres vivos (animais, homens e deuses), enquanto ‘bíos’ atendia a uma determinada ‘forma’ de vida. Assim, de um lado, a ‘zoé’ estava vinculada à administração da casa (‘oikos’) e, de outro lado, a ‘bíos’ quanto à vida pública na cidade (‘pólis’)³⁴⁶. O mesmo valia para os romanos, pois a civilidade romana erigia um discurso público racionalizador em relação à ‘bíos’ apto a distinguir os cidadãos romanos dos bárbaros³⁴⁷.

A modernidade altera essa situação. Na ‘forma’ de vida da ‘pólis’ ou da cidadania dos Estados nacionais, no seu conteúdo encontra-se a ‘zoé’, ou seja, uma ‘bíos’ cujo conteúdo é a vida nua (‘zoé’). Ocasão para o surgimento da figura de Agamben do ‘homo sacer’ objeto de sujeição pelo biopoder soberano, como apresenta Leland de la Durantaye:

Da perspectiva do grupo social que o expulsou, o ‘homo sacer’ não mais qualquer forma ou qualificação habitual de vidas específicas (bíos) em uma comunidade. Arrancado deles, tudo o que sobra é a criatura humana, a vida abandonada (zoé)- e isso é um ponto paradigmático que relembra a ‘vida nua’ de Benjamin e esse maior interesse de Agamben no ‘Homo Sacer’ e suas sequelas³⁴⁸.

³⁴⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002. P.128.

³⁴⁵ Agamben aponta Karl Löwith como o primeiro a afirmar essa correlação de continuidade entre totalitarismo e democracia. Em outras palavras: “a importância assumida pelo sexo como tema de debate político – ‘ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o ‘direito’ de resgatar, além de todas as opressões ou ‘alienações’, aquilo que se é e tudo o que se pode ser, este ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos estes novos procedimentos de poder.” Ibidem, p.127.

³⁴⁶ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.205.

³⁴⁷ DUCOS, Michele. *Roma e o Direito*. São Paulo: Madras. 2007. p.18ss. Mário Pugliesi: Prefácio. P. 21ss.

³⁴⁸ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.207.

A figura dos refugiados esclarece melhor essa condição em termos jurídicos, porque justamente àqueles homens e mulheres desvinculados de uma cidadania, analisados no puro fato de seres humanos, evidenciam uma verdadeira crise diante do desprovidimento de proteção e direitos em termos efetivos e estatais. Isso reafirma a aderência da *'zoé'* na *'bíos'*, pois o fato do puro nascimento apresenta-se como fonte de proteção da nacionalidade e de *'status'* jurídico protetivo. O termo deriva do latim *'nascere'* assim como o vocábulo *'nação'*, como evidência de contiguidade entre vida e estados nacionais modernos. O nascimento é tomado como fundamento do Estado-nação, na transição entre a soberania régia para a soberania nacional. De súdito para cidadão na nova soberania moderna. Uma recodificação dos direitos fundamentais fora do contexto de cidadania para fins de capturar a vida nua. No caso do nazismo a *'forma'* da *'bíos'* não se mostra diferente, pois o racismo não é de uma *'raça pura'*, nem de um *'decisão política'*, mas um conjunto de características que um grupo possui. A vida natural é integralmente incluída na *'pólis'*, e mesmo a noção de cidadania e nacionalidade tem linhas móveis de definição e indiscernibilidade para saber quem está dentro e quem está fora e, mais que isso, as próprias linhas de vida e morte tornam-se turvas, fazendo surgir aí *"um novo morto vivente, um novo homem sacro"*³⁴⁹. A figura do doente clínico já anunciada por Michel Foucault.

Nesse contexto a biopolítica torna-se tanatopolítica com destaque para o *'homo sacer'*. Casos em que a vida pode ser morta sem cometer, juridicamente, um homicídio em responsabilidade de um estado ou de um processo judicial que ampare a pessoa. A vida não mais politicamente relevante torna-se mera *'vida sacra'*.

Isola-se, então, a *'bíos'* da *'zoé'*. O mesmo acontecia nos campos de concentração, porque antes da *'solução final'* havia a *'desnacionalização'* prévia, desfazendo a identidade dinâmica entre vida e política que dá forma à vida do povo^{350, 351}. A vida nua

³⁴⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002. P.138.

³⁵⁰ A vida nua no nazismo é uma tutela do patrimônio genético, como em pesquisa do Institut Allemand de Paris que estimou não em 310 bilhões de marcos o patrimônio alemão, mas em 1.061 bilhões de marcos se considerado o patrimônio genético. Von Justi fala em prevenção da degeneração biológica e manutenção da saúde hereditária do povo, para fortificar a saúde. Verschuer fala em conservar as qualidades raciais e a saúde do corpo popular. Ibidem, p.140-155.

³⁵¹ Heidegger fundamentava-se na facticidade imediata entre política e vida, sem distinguir entre ser e modo de ser, em estrutura circular do *'Dasein'*. Não uma contingência, mas a facticidade é uma missão ou doação, o ser-aí. Distinto portanto da tradição judaico-cristã que com a liberação ascética distingue entre corpo-alma. O erro do hitlerismo foi reduzir a facticidade ao valor biológico e na determinação racial. Ibidem, p.160.

‘é a vida que por direito está desprovida de todo direito’³⁵² e no estado de exceção, como a principal preocupação de Agamben na continuidade das teses de Foucault, a ‘bíos’ e a ‘zoé’ voltam a não ser mais separadas, nem de direito nem de fato, e ingressam em uma ‘zona de irreduzível indistinção’³⁵³. Um aparato jurídico cuja inspiração inicial deriva do ‘panoptismo’ de Michel Foucault, sendo que os campos de concentração não são uma sobra ou um algo não enquadrado no biopoder, isto é:

Por meio do Homo Sacer ele refere-se aos campos de concentração como ‘lugares exemplares’, e o que ele vê como um exemplo é a terra de ninguém da lei na qual esses prisioneiros foram colocados – não as vidas deixadas e perdidas lá como refere-se Negri’³⁵⁴.

Não apenas um dispositivo jurídico mas também um saber científico, em uma nova forma de vida na qual se tem como correlato enquanto “*vida nua, a vida desconectada de toda atividade cerebral, de todo sujeito. A separação da vida vegetativa, ‘nua’, a respeito de todas as outras formas do vivente é a primeira cisão no conceito de vida.*”³⁵⁵ Desse modo, a tecnologia apresenta novos dilemas e polêmicas indiscerníveis com princípios “biológico-científicos” na ordem política, pondo em linhas de movimento as noções de vida e morte.

Agamben cita diversos exemplo do nazismo como o caso de pesquisas médicas em que os juízes autorizavam como critério apenas o consenso de ‘livre vontade’ do condenado à morte, e caso morresse não haveria homicídio. Mesmo o conceito de morte deixou de ser o batimento cardíaco e a parada respiratória, ou a rigidez cadavérica e putrefação, mas a morte cerebral do ‘além comatoso’, mantido vivo em razão das técnicas

³⁵² CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.137.

³⁵³ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009. p.210.

³⁵⁴ *Ibidem*, p.216-219.

³⁵⁵ CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.140.

de reanimação preservadores da vascularização das vísceras. A sala de reanimação é um espaço de exceção da vida nua, no qual o Estado pode intervir sobre o ‘falso vivo’^{356, 357}

A essa sistema dispositivo como uma tecnologia, conseqüente à lógica do panoptismo, Agamben denomina ‘campo’ como o paradigma oculto da modernidade, decorrente da dinâmica dos fenômenos dos Estados de Exceção do direito.

Aponta como embrião jurídico o *Habeas Corpus*, que, de forma aparente, seria uma conquista de liberdade e garantia individual de cidadania. Ao contrário, destaca no ‘*writ*’ a garantia de simples presença física perante o tribunal, isto é, a exposição do próprio corpo como o novo sujeito político (*‘habeas corpus ad subjiciendum’*). Desse modo, “*a nascente democracia europeia colocava no centro de sua luta com o absolutismo não a ‘bíos’, a vida qualificada de cidadão, mas ‘zoé’, a vida nua em seu anonimato, apanhada, como tal, no bando soberano*”³⁵⁸.” Da mesma forma um estatuto de ‘igualdade’ centrado não na ‘bíos’, mas na igual possibilidade de matabilidade dos seres humanos, “*os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente*”³⁵⁹.

Menos que uma situação histórica ou anormal, o campo é o ‘nomos’ de nossa política. Supera a noção de crime enquanto local de *‘conditio inhumana’*, no qual a exceção torna-se a regra. Local onde há domínio total e tudo é possível, despojando-se de qualquer estatuto político e colocados em vida nua. Um estado desejado em que o soberano produz a situação de decisão e exerce seu poder sobre o bando.

O conceito de vida nua não é extra político mas fato e direito tornam-se indiscerníveis e mesclados, somente autorizados por meio do conceito de raça, como explícito no nazismo, para ocasionar a destruição dos que não a compõem. Um conceito não objetivo ou que tenha algum sentido, “*não se orientam mais pela norma ou por uma situação de fato, mas, vinculando-se unicamente à própria comunidade de raça com o povo alemão e o Führer*”³⁶⁰, cuja viva voz é a fonte imediata da lei, e decide entre o político e o apolítico, sem mediações institucionais na qual apenas a vida nua está em questão.

³⁵⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002. P.165-172.

³⁵⁷ “*A impossibilidade (não poder ser) e a necessidade (não poder não ser) são as categorias da dessubjetivação.*” CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.98.

³⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002. P.130.

³⁵⁹ Fundamenta em Hobbes essa noção de igualdade, conforme transcreve: “um homem debilíssimo pode matar outro mais forte, não há motivo para que alguém, confiando nas suas forças, creia-se superior aos outros por natureza. São iguais aqueles que podem fazer coisas iguais ao outro.” *Ibidem*, p.131.

³⁶⁰ *Ibidem*, p.179.

Aqui, então, as bases da nova matriz oculta. Uma estável e nova disposição espacial habitada pela vida nua. Uma junção entre, de um lado, o ‘Povo’ enquanto corpo político integral e, de outro, o ‘povo’ como multiplicidade de corpos carentes e excluídos, de maneira que o novo ‘nomos’ biopolítico em sentido mundial tem como projeto “preencher a fissura que divide o povo, eliminando radicalmente o povo dos excluídos³⁶¹”. O ‘homo sacer’, assim, tem sua ‘zoé’ passível a ser capturada pelos dispositivos do soberano, que a todo momento absorvem os distintos aspectos da vida cotidiana: “O bíos jaz hoje na zoé exatamente como, na definição heideggeriana do ‘Dasein’, a essência jaz (‘liegt’) na existência³⁶².”

A biopolítica é produtora de uma ‘atualização’ em seus dispositivos, daí a proposição de Agamben de ‘inoperosidade’, na qual a potência manifesta-se como potência do ‘não’³⁶³, de maneira que somente há ‘potência’ na capacidade de recursar-se em transmutar-se em ato opondo-se ao aristotelismo. Assim, não se trata de buscar novos ou melhores usos para as tecnologias e dispositivos, mas ‘profanar’ e, dessa forma, fazer livre uso da potencialidade³⁶⁴.

A prática do pós-positivismo jurídico, contudo, assume as ‘aporias’ e uma prática de tribunais afirmativa dos direitos humanos, com uma crescente judicialização de demandas em defesa dos direitos humanos, com a aposta de uma ‘biopolítica positiva’ em Antônio Negri.

³⁶¹ Ibidem, p.185.

³⁶² Ibidem, p.194.

³⁶³ “A frase que Bartleby repete obstinadamente, ‘I would prefer not to’ (preferiria não) é para Agamben a fórmula da potência.” CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica.2012.p.167.

³⁶⁴ DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.p.238.

3. O poder constituinte em Antônio Negri e Michael Hardt e as práticas jurídicas após a segunda guerra mundial.

3.1. Considerações introdutórias

Com Michel Foucault surgiu a compreensão do neoliberalismo americano e do ordo-liberalismo alemão no emolduramento de subjetividades, com o ‘capital-humano’ e, por sua vez, em Giorgio Agamben lê-se uma crítica biopolítica profunda com uma ontologia negativa às práticas e jogos sociais. De outro lado, a leitura de Antônio Negri e Michael Hardt está na superação do capitalismo que a tudo transforma em “commodity” e amplia a força desse ‘capital-humano’ imaterial autofágico.

Uma terceira versão da biopolítica demonstra-se ‘afirmativa’ e com amparo em Karl Marx. Possui amparo no pensamento do filósofo italiano Antônio Negri, em parceria com o americano Michael Hardt, cuja importância vem ganhando destaque depois da publicação da obra “Império”. Suas análises propõem um esgotamento do modelo tradicional da teoria de estado e direito constitucional, tendo por cerne o surgimento de uma nova democracia, uma cidadania de: “monstros inteligentes”.

A atualidade e objeto de suas pesquisas pretende a compreensão do mundo pós-moderno³⁶⁵ a respeito de conflitos atuais desde movimentos como de Seattle em 1999, 15-M na Espanha, “occupy’s” pelo mundo, a Primavera Árabe e, recentemente, os movimentos de “junho de 2013” no Brasil. Há aqui uma atmosfera de crises de diversas ordens às quais sua proposição juspolítica e filosófica procura responder.

Negri situa seu problema como centrado no despontar do poder constituinte. Antes de partir para a análise mais profunda de suas questões é necessário compreender a problemática cujo centro de análise está nesse conceito jurídico. Assim, pretende-se traçar o problema do poder constituinte, fora dos viéses dogmáticos ou de teorias de justiça, mas desde sua relação com as práticas dos tribunais no contexto atual de fortes críticas, como ‘instâncias de crises’, não apenas econômicas mas sobretudo político-institucionais. Isto é, a realidade jurídica com suas novas definições após a Segunda-Guerra Mundial, com pretensões axiológicas cujo escopo encontrava-se em evitar os erros que fizeram surgir no cenário internacional a possibilidade de destruição da humanidade, com teorias de

³⁶⁵ Aqui no sentido mais simples de superação do Estado Moderno como monopólio do poder político fincado na simples representatividade. Retoma-se mais adiante essa abordagem.

destruição, diante mesmo das tecnologias atuais de destruição em massa com guerra nuclear e, também, tomado os excessos cometidos do holocausto (não como um paradigma) e de construção de campos de concentração.

No bojo de uma realidade de conflitos e crises, também existenciais e relacionados ao nosso ser e agir no mundo, era preciso que houvesse uma reformulação não apenas jurídico-institucional, porém mais profunda em termos reflexivos do próprio ser do homem.

Nessa trama que se deve pensar o direito, não apenas como uma relação entre ética e discurso racional-legitimador, mas com um pano de fundo político-econômico que conduz alterações sociais.

3.1.1. Para onde apontam os vetores neoconstitucionalistas

Os discursos jurídicos atuais incorporam dimensões de um ‘ser’, inflando um sentido ético em seus discursos e criando uma deontologia própria. Um influxo no qual a compreensão dos direitos fundamentais incorpora um entrelaçamento com os direitos humanos e o constitucionalismo na disputa da ‘interpretação do texto da norma’. O conceito de dignidade da pessoa humana serve de vetor, ou caminho, para esse trânsito entre sociologia, ética, moral e direito e, o rigor de criar categorias, apenas justifica-se para um esforço de um dogmatismo comprometido com um projeto de legitimação fora das análises arqueológicas e de ‘enforçamento’, ou de inteligibilidade guerreira, que o argumento da biopolítica mais se preocupa.

Assim, apresenta-se uma leitura do fenômeno, em que se parte da ética não como um indiferente para a política. Mas quando uma decisão ética é juridicizada ela já incorpora na sociologia de um corpo civil uma política. Ainda que rala porque em âmbito minoritário. Constituem-se em vetores que apontam para um ‘porvir’, esse em Antônio Negri, com Marx e Spinoza, é ‘positivo’, enquanto em Agamben persiste negativamente.

Nesse contexto, modificou-se a engenharia jurídica, sobretudo a partir da década de setenta do século XX, com um novo modelo de prática constitucional, a que Miguel Carbonell denominou “neoconstitucionalismo”³⁶⁶. Como observa Daniel Sarmiento, apesar das divergências de posições na definição do conceito, há uma espécie de consenso, pois “*mesmo os neoconstitucionalistas que se afirmam positivistas reconhecem a penetração da Moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais*”³⁶⁷.

Essa nova forma de pensamento, portanto, pretende “*reconhecer a força normativa de princípios revestidos de alta carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social*”³⁶⁸. De tal maneira, não mais importa simplesmente atuar dentro do direito como uma ordem jurídica pura e abstrata, tal como versado pelo positivismo “duro”. Pensar as instituições clivadas pela preocupação com

³⁶⁶ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*. In: 20 anos da Constituição Brasileira. Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi. São Paulo: Saraiva. 2009.p. 198. “*El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX.*”

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmiento (org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: lumen júris. 2009. p.120-121.

valores morais torna possível a via de reflexividade a respeito das instituições jurídicas e políticas, assim como tem-se a pretensão de afastar a falta de auto compreensão do humano. Isto é, instituições e valores humanos passam a tomar um novo rumo cada vez mais entrelaçado pelo arcabouço jurídico.

O discurso de axiologia e articulação entre direto e moral gradualmente vai apresentando uma falta. A essa axiologia tem-se a pretensão de novos deveres, uma ‘deontologia’ de uma comunidade que surge. O monopólio estatal da ideia de ‘Justiça’ pelo Estado, nessa corrente, cria novas ‘justiças’, diversos micro direitos que passam a ser reconhecidos pela jurisprudência em escalada de ‘valores’. Um resíduo que se faz sentir ausente. Se o direito incorpora valores em progressivo contínuo de dínamo histórico sua auto compreensão faz-se histórica e encara, assim, uma de “crise de legitimidade” a ser solucionada, ou vazio a ser preenchido, pois, como afirma Dieter Grimm, as *“Constituições podem fixar condições para decisões políticas, mas não lhes é possível normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório”*³⁶⁹. Conferir sua deontologia.

Se o direito assume novas feições, deixa um aberto por não estar totalmente o preparado para tanto. Um porvir constitucional. Um devir ou caminhar de democracia ora com ora paraestatal nesse corrente. A técnica jurídica passa a carecer de uma esfera pública, que harmonize essa possibilidade de compartilhamento axiológico comum. Há, conseqüentemente, uma demanda maior por efetividade constitucional. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

*Sentido comum de pertencimento e Constituição, unificação política e afirmação jurídica do princípio da igualdade estão, por outro lado, como ensina a própria experiência de nossas democracias, intimamente ligados. É certo, também, que a efetividade de qualquer Constituição supõe um mínimo de homogeneidade cultural e pré-política.*³⁷⁰

³⁶⁹ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: del rey. 2006.p.10-11.

³⁷⁰ Livre tradução de: *“Sentido común de pertenencia y Constitución, unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad están, por otra parte, como enseña la propia experiencia de nuestras democracias, intimamente ligados. Es también cierto que efectividad de cualquier Constitución supone un mínimo de homogeneidad cultural y prepolítica.”* FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta. 2003. p.28-29.

Essa seria a “cola” de carência oculta por detrás do constitucionalismo, inclusive o brasileiro desde o seu processo constituinte. Apesar do amplo debate com diversas comissões e subcomissões em sua elaboração, a fim de firmar compromissos normativos com diversos setores da sociedade, isso não implicou numa adequada implementação e efetivação de seu texto que pudesse ocasionar uma prática satisfatória.

Ao contrário de uma consolidada e amadurecida Constituição que se fizesse de imediato presente no cotidiano do seio social, esse processo muitas vezes revelou-se descompassado de maiores densidades teóricas ou axiológicas, ou de um substrato sociológico que o amparasse.

As práticas dos tribunais viriam a suprir essa demanda sentida em termos de crise axiológica para adequação ao ‘*real*’.

De acordo com Lasse Thomassen o espaço de ‘delay’ ou atraso entre o texto normativo e a prática social podem ser entendidos como ‘aporias’ do constitucionalismo em sua relação com a democracia com mútua dependência co-original, num equilíbrio suportado por um círculo de fundamentação não hierárquico³⁷¹. Essa temporalidade teria inspiração em Jacques Derrida, uma espécie de ‘gap’ preenchido como “futuro presente”, enquanto ‘presença’ tornada existente no agora. Incluindo, na temporalidade, uma ideia vindoura ou “*porvir*”. A unidade da relação entre democracia e constitucionalismo é marcada, de um lado, por um atraso ou “*defférance*” e, de outro lado, por uma sucessão de continuidades e descontinuidades, ou “*iterabilidades*”. A desconstrução permite tanto o ajustamento e construção como o não ajustamento do texto. Diante de uma identidade, acentua Thomassen, diferida, desterritorializada e temporalizada³⁷².

Assim, divergindo das críticas à Derrida de Seyla Benhabib, para quem o constitucionalismo democrático apresenta esse círculo vicioso como pertinente apenas em sua origem, Thomassen entende que se trata de uma questão sensível na prática diária dos tribunais. Em sua leitura de Habermas, se constitucionalismo e democracia não se encontram, a ideia suplementar de co-originalismo é capaz de fundir tais horizontes em processo de aprendizado e autocorreção³⁷³.

Já de acordo com Michel Rosenfeld há uma abordagem atenta para o fenômeno linguístico envolvido. Existe uma pretensão de conferir o sentido dos conceitos

³⁷¹ THOMASSEN, Lasse. “*A bizarre, even opaque practice*”: Habermas on constitutionalism and democracy. In: *The Derrida-Habermas reader*. Chicago: chicago university press. 2006. P. 177.

³⁷² Ibidem, p.192.

³⁷³ Ibidem, p.182.

constitucionais por meio de uma identidade dentro de uma metodologia própria. Assim, propõe uma desconstrução das práticas judiciárias para colocá-las em releituras de ‘metáforas’ possíveis abstratas. Uma vez estabelecidas tais possibilidades o sujeito constitucional, o *self* que se adere nesse jogo simbólico, por meio de uma ‘metonímia’ expande um universo concreto e real para agregar diferenças em sentido comunitário no sentido do texto pretendido³⁷⁴.

A forma de controle de constitucionalidade que se abre para o exercício político, no direito, para articulação dessa axiologia e identidade com correntes de pensamento democráticas geram impasses na forma de decisão pelas instituições. A esse impasse chama atenção Mark Tushnet³⁷⁵ em duas linhas de práticas nacionais, uma forte e outra fraca na jurisdição constitucional, com uma maior ou menor participação do judiciário.

No que se refere a jurisdição constitucional “*forte*”, os seus inícios remetem ao caso mais importante: *Marbury v. Madison*. Nele estabeleceu-se uma espécie de burocracia de departamentos, em que cada departamento pode ter sua própria interpretação, independente e diversa, como princípio claro e perfeito de separação de poderes e funções. No caso, o entendimento foi de que o Congresso teria impropriamente interferido dentro do poder judiciário, além de rejeitar a interpretação constitucional oferecida pelo próprio Congresso, impondo a sua própria. Gradativamente tal autoridade passou para uma situação não departamental, *forte*, já sentida no caso *Cooper v. Aaron*,

³⁷⁴ A proposta de Michel Rosenfeld é demonstrar que a identidade constitucional não é facilmente apreensível, mas o sujeito constitucional (*constitucional subject*) resulta de um processo de preenchimento de lacunas mediante um processo dialógico com a tradição num sentido hegeliano. Isso ocorre por meio de três estágios: o primeiro da negação da leitura tradicional da norma, que abre o caminho para a reflexão, seguido de dois eixos discursivos. O primeiro, da metáfora, procura em abstração as semelhanças que esboçam uma identidade, enquanto a metonímia, na proposta inversa da diferença, contextualiza e desenha a identidade constitucional. O *self* torna-se, então, organizado. Há uma comunidade. A linguagem é o *medium*. Diferentes papéis são assumidos pelos membros da comunidade. Assim estrutura-se a personalidade de um homem, através do discurso de aplicação de norma (self-comunidade). *O indivíduo enquanto membro da sociedade está exposto ao controle de seu comportamento*, de maneira que um grupo não pode criminalizar o outro. Assim, finalmente, torna-se possível perceber o caráter hegelino dos três estágios em Rosenfeld, porque o movimento dialético precisa afirmar-se com a negação do sujeito (*subject*) pré-constitucional (cultura, história, etnia e religião). Permite-se assim ver-se um o vazio, hiato, ausência, carência, *lack*, ao negar domínio. Após, prossegue Rosenfeld, busca-se uma identidade positiva, em processo de incorporação seletiva. Como forma de ilustração da etapa dois, da metáfora, pode-se trazer a questão da escravidão afro-americana por pano de fundo, que conduz a uma identidade para além da questão racial em uma concepção inclusiva da igualdade constitucional. Já a etapa três, da metonímia, estabeleceu-se uma igualdade mais envolvente e sintonizada (*encompassing and finely tuned equality*) que leva em conta as diferenças fundado no mote, “*a cada um segundo as suas (distintas) necessidades*.”. ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto (versão em aula, com publicação em: Belo Horizonte: Mandamentos. 2003).

³⁷⁵ TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. Michigan Law Review, Agosto, 101, 8: p. 2781-2802. 2003.

em que se asseverou terem as decisões da Corte vinculação sobre os atores políticos. O discurso de validade de uma norma passou para o contexto de atuação governamental.

O caso *Dred Scott*, a respeito da escravidão, é paradigmático. Ocorreu por um convite do Congresso à Suprema Corte para decidir diante da dificuldade de regulamentação no legislativo, abstendo-se no tema, como uma forma *forte* de controle.

No entanto, o caso *Dred Scott* foi matéria central na campanha de Abraham Lincoln a uma cadeira no senado. A maioria que elegeu Lincoln repudiava o caso *Dred Scott*. A essa prática *“forte”* correspondeu à abertura de uma atuação de maior pulso do poder executivo durante a guerra civil americana. Essa prática de jurisdição ocorre com uma insuficiência de força para o equacionamento de algumas questões por parte do legislativo comprometido com as pretensões eleitorais dos legisladores. Atualmente isso ocorre em casos igualmente polêmicos, como no caso do aborto diante das disputas entre democratas e republicanos, retirando os danos políticos de qualquer decisão nesta matéria. Mais do que a ‘validade’ de normas constitucionais existe uma disputa axiológica.

Prossigue Mark Tushnet, com o modelo de jurisdição constitucional *“fraco”*, iniciado na Carta de Direitos do Canadá. Em seu artigo 33, dispõe que uma lei possui efeitos “não obstante” em conflito com as determinações da Carta de Direitos. Com isso, diante da cláusula “não obstante” retirou-se autoridade plena da Suprema Corte. Uma legislatura poderia reinserir a norma considerada inválida pelo judiciário. A teoria tradicional promove a sua análise acentuadamente sobre o tipo forte, sendo que, propõe o autor, ambos são modelos alternativos à disposição das práticas jurídicas. A questão da política relacionada com eficácia moral das normas jurídicas cria tais mecanismos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro também encontra-se atenta, na prática de sua jurisdição constitucional, em assimilar na sua hermenêutica constitucional o delineamento de novos ‘valores comunitários’ como se extrai da fundamentação da ADI nº 4277 no voto do Ministro Luiz Fux, com eficácia deontológica a ser tutelada:

Há que se vislumbrar a existência da pertinência temática em virtude da cognominada teoria dos deveres de proteção (Schutzpflichten), relevante consectário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. De acordo com a teoria

dos deveres de proteção, os direitos fundamentais não cuidam apenas do estabelecimento de relações entre os indivíduos e o Estado, de modo a impor a este último abstenções ou o fornecimento de prestações positivas. Na lição de DANIEL SARMENTO (A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos Fundamentais: 297/332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 298 e seguintes) e INGO WOLFGANG SARLET (A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141 e seguintes), os direitos fundamentais também positivam valores eleitos por uma comunidade como nucleares, de maneira a balizar a atuação do poder político e até mesmo dos particulares, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico³⁷⁶.

Da mesma forma, em relação ao papel do poder judiciário como protagonista fundamental por parte do poder judiciário brasileiro, no caso das cotas (RE nº 597285 e ADPF nº 186), o Supremo Tribunal Federal assume o caráter de integração e pertencimento de subjetivação diante de vinculação a uma categoria de grupo de cidadania na preservação de igualdade que se cumpre no desatar de desfazimento de diferenças históricas e revela o fundamento concreto para o direito público em recontar e recomeçar a fundamentação do direito público-constitucional, como se extrai do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Cumprе afastar, para os fins dessa discussão, o conceito biológico de raça para enfrentar a discriminação social baseada nesse critério, porquanto se trata de um conceito histórico-cultural, artificialmente construído, para justificar a discriminação ou, até mesmo, a

³⁷⁶ No mesmo julgado, o voto do Ministro Gilmar Mendes aponta para um chamado ‘sistema de proteção’, sustenta, a que os direitos fundamentais amparariam em função axiológica de uma comunidade, aquela nova de um ‘porvir’ anteriormente referida (Agamben/Derrida), que se presente já na jurisprudência: “Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível”.

dominação exercida por alguns indivíduos sobre certos grupos sociais, maliciosamente reputados inferiores. (...) É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Há quem insista no Legislativo como centro axiológico, como em Jeremy Waldron³⁷⁷, que se uma sociedade é favorável a um direito X e outra não, trata-se de falar que houve legitimidade no *processo* decisório e não de discutir quem está certo ou não. Além disso, se uma sociedade rejeita um direito X, não significa que deva haver outro *processo* mais apropriado ou legítimo. A não ser que se trate de um direito vinculado às condições de legitimidade política, imanente a todos os tipos de autoridade política. O problema é decidir a vida de milhões com a voz de poucos.

Por sua vez, Richard Posner é um crítico do direito como local por excelência para o desenho de valores sociais. Isso porque no campo prático advogados não pretendem fazer concessões às teorias para dizer que seus clientes não têm um caso em razão de uma interpretação, muito embora as utilizem como recurso retórico poderoso. As teorias de justiça constitucionais seriam assim ‘opacas’ para os juízes e para a prática dos advogados³⁷⁸.

Todavia nem Richard Posner nem Jeremy Waldron situam suas análises na perspectiva do poder constituinte que assegura o poder constituído, ou, em sentido mais preciso, em relação ao biopoder. Negri revisita com o seu conceito de poder constituinte o problema da efetividade das normas constitucionais fora de uma noção programática, isto é, de eficácia do texto constitucional “*pro futuro*” e mais ‘realista’ de efetividade com correlativo social do sistema político-econômico e das subjetividades envolvidas. Em Antonio Negri, apenas é possível pensar a constituição, ou mesmo do pensamento

³⁷⁷ WALDRON, Jeremy. *Judicial review and the conditions of democracy*. The Journal of political philosophy, v. 6, n.4, p. 335-355. 1998.

³⁷⁸ POSNER, Richard. *Against Constitutional Theory*. New York University Law Review, v. 73., n.1. 1998.

político, em termos de imediatividade e de efetividade no presente, sendo diferente de pensadores do direito que tendem a pensá-lo desde o poder constituído.

No direito constitucional admite-se, a existência de um poder constituinte que dá origem à Constituição e, como decorrência lógico-sistemática, faz surgir uma hierarquia de escalonamento normativo no qual as normas inferiores devem o fundamento de validade às normas superiores até a supremacia da então denominada Carta Magna. O poder constituinte sustenta o poder constituído, enquanto o poder constituído assim o é porque o poder constituinte o precede. Nessa circularidade³⁷⁹ é construído o ordenamento jurídico, de modo a permitir o seu controle e tornar possível que as leis elaboradas pelo poder legislativo possam ser questionadas em sua validade e rejeitadas pelo poder judiciário, ou mesmo pelo poder executivo na aferição da adequação hierárquica dentro do juízo lógico-argumentativo.

A questão da validade das normas para Negri não pode ser compreendida de maneira descompassada com a efetividade de sua realidade. O que está em jogo é a **aderência** entre o mundo real e o discurso jurídico. Está, então, no sentido comum de pertencimento da subjetividade às instituições e ao sentido da Constituição.

Imanente ao constitucionalismo é sua força garantida no “*poder constituinte [que] consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância*”³⁸⁰. De tal sorte, a sustentação do discurso e de sua normatividade depende desse impulso entendido tradicionalmente como inicial.

O papel do poder constituinte é apreender em palavras essa força apta a responder à subjetividade com as instituições e legislações decorrentes como consequências lógicas desse impulso original, pois “*o processo constituinte terá como ato inaugural a liberação da energia transformadora apta a mudar as bases políticas e jurídicas de determinada situação estabelecida de poder*”³⁸¹. O direito, compreendido nesses padrões, não se restringe a uma mera questão de lógica formal como o positivismo tratou desde uma norma hipotética fundamental no jogo de validades e inferências racionais (Kelsen). O ordenamento jurídico é dependente de uma força de efetividade do texto constitucional que, em período

³⁷⁹ Confira-se: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 131: “*Uma vez concluída sua obra, o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição.*”

³⁸⁰ Ibidem, p.126.

³⁸¹ Ibidem, p.139.

de crises, questiona e reflete a respeito de tal sentimento de “pertencimento” anteriormente mencionado em Luigi Ferrajoli.

Dessa forma, há essa ideia fundamental em Negri e mais básica: o poder constituinte, antes de ser uma ficção ou uma circularidade paradoxal da linguagem, é um poder que depende de ‘efetividade’. Como tal, insere-se no processo de subjetivação enquanto adesão, de tal maneira que a doutrina do constitucionalismo, ensina Luís Roberto Barroso, terá que: “*o poder constituinte, como qualquer poder efetivo, envolve a manifestação de vontade de quem o exerce e o consentimento ou a sujeição de quem a ele se submete*³⁸².”

O poder constituído depende do sentido de “efetividade e energia” do poder constituinte. A aderência na forma legal dessa energia inicial, como lembra Jean-Jacques Rousseau, “[...] *pode estabelecer-se de fato por um simples ato da vontade geral. Depois disso, esse Governo provisório permanece na posse, caso seja essa forma adotada, ou é estabelecido em nome do soberano o Governo prescrito pela lei, ficando tudo assim dentro da regra*³⁸³”. Isso permitiria visualizar que a assembleia constituinte cumpre essa função de conexão com o poder constituído. Uma das “*espantosas propriedades do corpo político*³⁸⁴” encontra-se na “[...] *súbita conversão da soberania em democracia, de modo que, sem qualquer mudança sensível e somente por meio de uma nova relação entre todos e todos, os cidadãos, tornados magistrados, passam dos atos gerais aos atos particulares, e da lei à execução*³⁸⁵.”

Negri não questiona essa força do poder constituinte. Apenas coloca como central a questão da continuidade de importância do poder constituinte não restrito a um momento prévio, quiçá simbólico, de impulso a um poder constituído.

Sua visão, a rigor, possui um fundamento mais geral que procura reabilitar e atualizar os estudos de Karl Marx a respeito da economia em seu *Grundrisse*, entendida como uma obra que trabalha uma concepção mais alinhada à influência hegeliana, abstrata e universal.

Esse livro compreende sete cadernos escritos entre 1857-1858, cuja primeira publicação ocorreu apenas em Moscou na década de quarenta. Todavia, a obra passou a ser mais discutida apenas na década de setenta. Suas abordagens são bastante amplas e a associação feita ao pensamento marxiano procura tratar tanto da questão jurídica na

³⁸² Ibidem, p.126.

³⁸³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social* (Os pensadores). Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: abril cultural. 1978. p.112.

³⁸⁴ *Loc.Cit.*

³⁸⁵ *Loc Cit.*

perspectiva de sua regulamentação em processo de devir, como também de filosofia política referente à transição por que passa a soberania com a visão marxista de final do capitalismo.

Isso implica em um série de questões correlatas no novo arcabouço axiológico-ontológico a que se transita, pelos quais Negri e Hardt procuram revisitar Karl Marx com novas questões mais atuais, dentre as quais: as condições gerais classistas falando-se do pobre como paradigma da multidão e não mais do operário; as condições de poder, que seria de uma monarquia imperial dissociada de uma concepção estatista que matiza nossa época capitalista; de resistência, reformulando a noção de poder constituinte, que seria muito mais atrelada ao poder constituído do que efetivamente a uma continuidade de expansão do capital contra o que formulará o conceito de “amor no tempo”; de êxodo, a fim de indicar esse período de transição capitalista para uma nova ética comum; e, sobretudo, da própria atividade laboral que nos constituiria, de modo a sustentar a transição da relação materialista empresário-operário para o trabalho e capital imateriais.

Para eles, isso representa uma situação diferente daquilo que Marx havia experimentado por ainda estar vinculado à noção de sujeito-objeto, de matiz hegeliano-kantiana. Sustentam, todavia, uma concepção materialista e empírica, que procura conceituar a globalização, em bases “comuns” e não puramente metafísicas ou pré-conceituais, mas imanentistas, porque o sistema trará soluções para o próprio sistema dentro dele próprio em relações internas de continuidade.

A análise conceitual para compreensão será feita em três chaves. Na primeira, apresenta-se o conceito de império (3.1); após é feita a abordagem na dimensão de trabalho imaterial (3.2); finalmente, faz-se o enlace e retoma-se a relação entre a concepção de multidão e o poder constituinte (3.3).

3.1.1. Um 'império' geopolítico mundial e centrífugo.

Nos estudos de Hardt e Negri tem-se como foco o fenômeno da globalização e sistema econômico capitalista como pano de fundo de remodelação de relações políticas e jurídicas de quanto a soberania e a cidadania estão no limiar de uma nova sociedade.

Para essa pretensão fazem a releitura do marxismo tradicional. Assim, em Karl Marx haveria uma dualidade científica dentro de uma relação entre sujeito-objeto. Isto é, um dualismo entre o ponto de observação e o objeto observado mediado pelo sujeito transcendental desde uma raiz kantiana. Leva em consideração uma especial ênfase na exploração da mais valia, porque desde essa ótica extrai-se do operário-expropriado um valor por parte do padrão-expropriador. Esse último fazendo daquele o objeto de suas relações econômicas. Bem caracterizada demonstra-se, assim, a perspectiva classista presente em Marx.

De acordo com Hardt e Negri, essa abordagem deveria ceder o lugar existente em Marx de uma relação entre sujeito-capitalista e proletário-objeto de fruição com o lucro, para uma relação sujeito-sujeito. Isso implicaria numa nova compreensão da subjetividade, que prescindir de uma relação bilateral em um modo multilateral a fim de tornar-se mais adequada para a realidade contemporânea.

Não haveria mais sentido em preservar o conceito tradicional de confrontação no jogo de forças que matizou a formação do capitalismo em sua fase inicial de construção, mas a própria dinâmica atual das relações do capitalismo avançado já denotariam a própria capacidade de ocasionar eventos de resistência³⁸⁶.

No atual momento do capitalismo avançado, seria necessário substituir, ainda, uma ideia de “*Imperialismo*”, ainda inserido na trama de relações matizadas pela dualidade sujeito-objeto de poder político-econômico. De uma concepção na qual o “*Imperialismo é a expansão do poder do Estado-Nação, ocupando áreas de influência e exportando capital e força de trabalho*”³⁸⁷. Estaria preclusa a noção de uma dominação de força econômica desde o ponto de vista do estatal com uma dominação no sentido de centro-periferia ou norte-sul.

A rigor, a insuficiência ao conceito de imperialismo é um reflexo do conceito de soberania que passa a ser reformulado. A soberania deixou de ser do Estado. Como o

³⁸⁶ NEGRI, A. *Il mostro político. Nuda vita e potenza*. In: FADINI, U.; negri, A.; WOLFE, C. *Desiderio del Mostro*. Roma: manifestolibri. 2001. p. 184-185.

³⁸⁷ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.51.

capital passa a controlar a própria esfera do estado, no atual momento, a reformulação conceitual decorre precisamente dessa transição.

De acordo com esses autores, a soberania encontra-se, justamente, no controle da reprodução do capital. O cerne da questão do biopoder, contra o qual se projetam, como da biopolítica que releem de Foucault, está no delineamento dos contornos de comando no relacionamento de forças dispersas nas diversas tramas do tecido social nos constituindo em diversos eixos, sejam eles entre trabalhadores e patrões, entre proletariado e burguesia, ou entre multidões e monarquia imperial. A questão da biopolítica passa, pois, em ver essa trama que constitui a todos na contemporaneidade.

Como o Estado-Nação deixou de ser a figura imediatamente atrelada ao conceito de soberania, o espaço da soberania passa a ocupar, como sustentam, um **“não lugar soberano”** que promove a expansão do capitalismo global, em termos generalizantes. O conceito de luta de classes, nessa análise, perde a centralidade de sua importância por sua dimensão territorial restrita, determinada e visível que anteriormente ocupava na doutrina tradicional. Estamos no bojo de um fenômeno próprio e distinto das bases críticas anteriores. A esse novo desenho de soberania, contra o qual poderá ser reformulada a dimensão de resistência, adéqua-se o conceito de Império, em substituição ao tradicional Imperialismo que se vinculava ao conceito jurídico de soberania nacionalista. Isto é, um não lugar que continua a exercer seu centro de comando e que supera, como será visto mais adiante, as próprias linhas do “Leviatã” estatal típica dos Estados nacionais.

Essa linha de pensamento, no entanto, suscita controvérsias. Por exemplo, segundo Enrique Dussell o conceito de imperialismo é paralelo ao surgimento da modernidade, que teria ocorrido em um momento histórico muito preciso. De maneira fixa, estabelece como marco a data de 1492³⁸⁸, ocasião em que ocorre uma nova ideia de colonização. Isto é, o conceito de imperialismo não se vincularia a um conceito puramente de soberania, mas de exploração de relações coloniais simplesmente. Assim, a expansão do Estado-Nação soberano seria um conceito difuso o suficiente na ampliação de áreas de influência para obtenção de proveitos econômicos: seja por meio de metais com o mercantilismo, seja por meio do comércio no colonialismo. Dessa forma, não haveria muita razão para dissociar e recompor um novo conceito de império, já sendo suficiente

³⁸⁸ DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidad y eurocentrismo*. <<http://www.enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2013.

trazer atenção para a história da América Latina a fim de demonstrar a globalização como uma conclusão de um processo já iniciado na ideia de uso do capitalismo expansivo.

Todavia, essa linha não seria propriamente uma ‘crítica’, nem seria contrária à exposição de Hardt e Negri. A rigor, tratam da mesma situação porém com níveis de refinamento e enfoque diferenciados. Se, de um lado, para Enrique Dussel prestigia-se uma leitura latino-americana e quer-se, com isso, demonstrar o olhar do colonizado como já sendo suficiente a fim de compreender a atual expansão capitalista global; por sua vez, de outro lado, a perspectiva de Negri possui um foco mais analítico e conforme uma chave marxista dos manuscritos econômicos, naquela rearticulação epistêmica de relação sujeito-sujeito. Ao refinar o conceito a proposta serve não apenas para a elaboração de uma diagnose, como também para oferecer arcabouços conceituais contemporâneos aptos a explicar outras possibilidades existentes de resistência ao capitalismo dentro do próprio capitalismo. São perspectivas diferente em razão do foco de estudo distinto.

Mais agressiva, no entanto, é a objeção apresentada por Atílio Boron, que considera a análise de Antonio Negri e Michael Hardt como poética e metafísica³⁸⁹. Preserva e insiste com a noção de que os Estados Unidos são a ‘única superpotência global’³⁹⁰. Diante de uma contínua intervenção e força estatal, o que poderia assim ser apresentado:

A palavra ‘desregulação’, por sua vez, foi ativamente promovida pelos ideólogos neoliberais e gerencialistas tão profusamente citados em Império para aludir a um processo por meio do qual se suprimiam as intromissões governamentais na economia a fim de restaurar a “autorregulação natural” dos processos econômicos. [...] Por outro lado, o imperialismo vem impondo incessantemente aos mercados globais políticas econômicas que socavam severamente a soberania econômica dos países

³⁸⁹ BORON, Atílio. *Imperio & Imperialismo: una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri*. Buenos Aires: clacso. 2004. p.75. “A estas alturas de su recorrido H&N claramente han traspasado un punto de no retorno, y su análisis del “imperio realmente existente” ha cedido lugar a una construcción entre poética y metafísica que por una parte guarda un muy lejano parecido con la realidad, y por la otra, y debido precisamente a esas características, ofrece escasa ayuda a las fuerzas sociales interesadas en transformar las estructuras nacionales e internacionales del capitalismo mundial”.

³⁹⁰ Ibidem, p.87. “Las necesidades prácticas de la administración imperial no les permiten darse el lujo de distraerse con elucubraciones metafísicas. Esta es una de las razones por las que Zbigniew Brzezinski es tan claro en su diagnóstico, y en vez de hablar de un imperio fantasmagórico, como el que delinear H&N, va directamente al grano y celebra sin tapujos la a su juicio irresistible ascensión de los Estados Unidos a la condición de “única superpotencia global”.

da periferia e diminuem as possibilidades de desenvolver de suas economias, consolidar suas democracias e responder positivamente às expectativas de progresso material e espiritual de suas populações (Stiglitz, 2000)³⁹¹.

A crítica de Boron está correta, porém ainda é parcial. Correta, porque de fato os Estados Unidos, mesmo superados mais de dez anos do atentado às torres gêmeas, permanece a exercer uma política externa selvagem. Mas isso também foi previsto por Marx no *Grundrisse* como uma etapa em que a antiglobalização, na fase do capitalismo terminal, seria insistida em nacionalismos³⁹². É parcial, contudo, porque o caso dos Estados Unidos, face à expansão do capital sobre o poder estatal, justifica também o *Império*. Basta ver a dívida pública e o FED, banco de natureza privada, mais forte que o Estado e que tais intervenções e regulamentações tem como eixo não iniciativas ‘estatais’, mas responsivas ao capitalismo que desarticula os estados nacionais como o ponto nodal do poder político e interferem desde o ponto de vista do mercado suas agendas aos governos que agem diante de crises e gestão de problemas não estatais.

A proposta de Hardt e Negri quer direcionar-se não apenas contra a noção de nacionalismo em si, para além de geopolítica pontual. Chamam a atenção para a modificação mesma do conceito de modernidade. Se soberania “moderna” está afinada com as hierarquias, autoridade e com a sociedade disciplinar, a “pós-modernidade” está inserida no contexto da biopolítica³⁹³. O conceito de pós-moderno em Negri amolda-se à figura da ‘*multidão*’ e suas relações com as novas forças do capital do que como uma distinção filosófica relacionada a meta-narrativas do que propôs Lyotard. A análise de Negri é de reativação do pensamento de Karl Marx e de uma compreensão das chaves de leituras econômicas e suas influências sobre as relações humanas e sociais, não propriamente com um sentido histórico preciso ou de uma posterioridade ou exaurimento

³⁹¹ Ibidem, p.141 e 144.

³⁹² Nesse sentido suas críticas a Henry Carey e a David Urquhart

³⁹³ A fim de esclarecer essa distinção entre o “moderno” e o “pós-moderno” Slavoj Žižek, entende ser possível distinguir essas duas concepções no seguinte exemplo: “*Pense na situação que a maioria de nós conhece de nossa infância: a pobre criança que, numa tarde de domingo, tem de visitar a avó em vez de ter permissão para brincar com os amigos. A mensagem do pai antiquado e autoritário para a criança relutante teria sido: “Não me importa o que você sente. Simplesmente cumpra o seu dever, vá à casa da sua avó e comporte-se lá!” (...)* Muito mais difícil teria sido a mensagem de um pai “não autoritário pós-moderno: “*Você sabe como a sua avó o ama! Mesmo assim, não quero obrigá-lo a nada – vá apenas se realmente quiser!*”*Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: zahar. 2010. p. 114/115.

de uma etapa da história moderna. Sua análise tem como centro o capitalismo e as consequências políticas e jurídicas. Atualmente o enfoque de resistência passou da relação de hierarquia para uma relação lateralizada, propriamente do momento biopolítico e pós-moderno.

Como exemplificação criticam as práticas do Stalinismo que realizou uma “revolução pelo alto”, institucionalizando os sovietes para centralizar a planificação da economia e pela ideologia do trabalho. Inconcebível desde um ponto de vista não mais hierarquizado. A atitude de resistência ocorre dentro de uma “ética comum” diante do Império como uma nova realidade. A crítica é explícita e define o “curto-circuito leninista” e a “derrota da democracia” fora dos modelos tradicionais de marxismo clássico a demandarem novos *standards* e conceitos de análise, como quando afirmam: “*Lênin, o “ocidental”, encerra o poder constituinte das massas – os Sovietes – nas malhas da organização política e da organização da empresa, e o faz com plena consciência*”³⁹⁴.

Será no campo de uma ética comum, na relação sujeito-sujeito, que apresentará a própria consciência como formadora da sociedade e não um processo que parte de estruturas superiores a partir do Estado. Daí a sua insistência e ênfase no termo “poder constituinte”, uma vez que a constituição viria “de baixo”. Ou, ao menos, que partiria “de baixo”, através de movimentos sociais e não de partidos políticos. Um tipo de *dignidade* própria no corpo da sociedade civil. Em suas palavras críticas ao modelo anterior: “*na solução leninista, a falta de uma sociedade civil digna deste nome transformará rapidamente a ditadura da democracia do proletariado em ditadura burocrática do partido*”³⁹⁵.

Além de ser um espaço de “não partido”, ou refratário à tecnocracia e à burocracia de partido, esse não lugar do Império tem compartilhado, igualmente, uma nova compreensão territorial como um novo “espaço comum”. Dessa maneira, a noção de soberania já seria outra há algum tempo, porém isso teria ficado mais nítido após os ataques de 11/09/2001, em que se tem uma noção de terrorismo mais explícita e uma remodelação dos próprios espaços do conflito em âmbito internacional.

Reformula-se, assim, a dimensão própria e distinta do período da guerra fria em que duas potências exercitavam centros de influência geopolíticos claros e fixos, a americana e a russa, com suas zonas de periferia com estados nacionais menos influentes

³⁹⁴ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p.409.

³⁹⁵ *Ibidem*, p.411.

e indiretamente alinhavam-se e mediam forças com traços de soberania próprios e com um equilíbrio de poder no pós-guerra na segunda metade do século XX.

Não se trataria mais de um medo externo e de fora. Não se trataria mais de um Leviatã ou monstro todo poderoso que vigora na tradição hobbesiana, para proteger os homens no contrato social contra o estado da natureza. A essa tradição Negri chama de “eugenista”, com uma força purista estatal, sacralizada, que perdeu seu vigor para fazer frente ao anterior embate entre Estados Nacionais e imperialismos.

Há, agora, uma outra soberania do capital agindo no próprio interior do território de cada estado nacional com suas agendas, porque seria imperial e não mais restrito ou ‘legível’ no formato territórios de influência entre nações. Seria, de outra sorte, uma concepção difusa e em um novo espaço comum de “guerra civil” generalizada de maneira difusa enquanto disputas de territórios no globo não propriamente nacionais. Como consequência, os estados esfacelam-se e remodelam-se e mesmo “*a soberania deve ser necessariamente dialógica*” e se confronta “*com as formas biopolíticas de contestação*”³⁹⁶.

³⁹⁶ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.51.

3.2. O trabalho imaterial e as modificações de saberes contemporâneas.

O processo da biopolítica em Antonio Negri não surge fora de um contexto econômico. Terá, dessa maneira, uma vinculação direta com o desenrolar da atual fase do capitalismo avançado. Negri e Hardt irão, então, desenhar em três momentos distintos as etapas capitalistas das grandes indústrias até os dias atuais.

Na primeira fase, que ficaria situada de 1870 até aproximadamente o período da Primeira Guerra Mundial, tem-se a noção de revolução mais evidente e sensível, por parte do operariado que se posiciona contrariamente ao controle da maquinaria. Assim, na perspectiva tradicional em que o operário substitui-se à figura do patrão. A extração da exploração estaria no embate entre subsalário e superprodução, a fim de ampliar os lucros forçando aumentos de produtividade diretamente no controle do labor.

Em fase posterior, ainda da grande indústria, já seria possível falar em ‘operariado de massa’ e ocorrerá até 1968. Nesse momento não existe mais uma visão adequada do ciclo produtivo. Os sistemas de produção passam por técnicas avançadas de extração de riqueza com técnicas produtivas generalizadas de taylorismo (uma série de ‘trabalhos alienados’ e complexos de massas de trabalhadores ‘sem capacitação’). Dentro da concepção do fordismo, o ‘salário’ fixa-se como um futuro consumo dos bens produzidos pela indústria de massa, enquanto pelo keynesianismo ocorre um equilíbrio entre a ‘produção e a demanda’, ou entre a produtividade e a demanda do consumo.

Finalmente, na terceira fase, a partir dos anos setenta, desenvolve-se a automação e a informatização. Disso decorre a perda da centralidade do trabalho material. Surgiria aqui a figura do operário social (não mais o operário explorado da primeira fase, ou do operário massa alienado da segunda fase da indústria), inserido em cooperação e redes produtivas sociais. O seu consumo dá-se por decisões e escolhas do mercado. Há aqui um salto qualitativo de capacitação da atividade que transforma para uma nova capacidade científica de compreensão produtiva. Por tais transformações a sociedade passa a ser subsumida pelo capital de forma mais explícita e o próprio sentido de cooperação tomaria feições mais diversificadas, variadas e flexíveis, palco para um novo conjunto axiológico de uma nova ontologia já prevista em Karl Marx.

Conforme escreveu no *Grundrisse*, a concepção de “mercadoria” (commodity) prevaleceria nessa etapa final do capitalismo. Isto é, na situação em que o capital, abstratamente considerado, dominaria as próprias relações sociais e as necessidades de troca pressionando o valor. A concepção de valor deixaria de ser objeto de controle

exclusivamente do empresariado, mas o capital se apropriaria das próprias condições de mais-valia e de exploração da indústria. Uma ampla capacidade tecnológica e produtiva que desfiguraria os traços iniciais de produção exploratória do capital. Aqui haveria a configuração da subjetividade mais adequadamente em termos coletivos do operariado do que propriamente individuais³⁹⁷, como discorreu Marx:

*O máximo desenvolvimento do capital se dá quando as condições gerais do processo de produção social não são criadas pela dedução da renda social, dos impostos do Estado – em que a renda, e não o capital, aparece como fundo de trabalho e o trabalhador, embora seja trabalhador assalariado livre como qualquer outro, economicamente se encontra em uma relação outra, mas **pelo capital como capital**. Isso mostra, de um lado, **o grau em que o capital já submeteu a si todas as condições da produção social** e, por essa razão, de outro lado, a extensão com que a riqueza reprodutiva social está capitalizada e todas as necessidades são satisfeitas sob a forma da troca; bem como a extensão com que as necessidades do indivíduo, como necessidades socialmente postas, i.e., as que ele consome e precisa não como indivíduo singular na sociedade, mas coletivamente, com outros – cujo modo de consumo, pela natureza da coisa, é um modo social -, também estas não só consumidas por meio da troca, da troca individual, mas também produzidas.³⁹⁸*

Isso representa que “*todas as condições gerais da produção*” passariam a ser conduzidas pelo capital. Não mais pelo governo, mas o capital em seu lugar, destituindo o estado de seu papel enquanto representante legítimo de uma determinada comunidade³⁹⁹.

³⁹⁷ MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011. p.438. “*A desvinculação das obras públicas do Estado e sua passagem ao domínio dos trabalhos executados pelo próprio capital indica o grau em que se constitui a comunidade real na forma do capital.*”

³⁹⁸ *Ibidem*, p.439.

³⁹⁹ Marx é bastante claro com exemplos pelo que entende como condições gerais da produção e que demonstraria o estágio de avanço do capital a respeito do qual ele quis se referir, sendo elas: “estradas, canais, etc., sejam as que facilitam a circulação ou as que a tornam possível, sejam igualmente as que aumentam a força produtiva (como as irrigações etc. realizadas pelos governos na Ásia e, de resto, também

A parte da obra que mais confere essa nova feição da atividade laboral, destacam Negri e Hardt, terá como base o *Fragmento sobre as máquinas* contido no *Grundrisse* de Karl Marx, e apresenta explicações a respeito do avanço tecnológico dos sistemas produtivos. Refere-se a uma etapa distinta e futura em que o trabalho torna-se dependente das energias intelectuais e científicas que o constitui, destruindo as condições de acumulação materiais tradicionalmente consideradas.

Na tradição, com o capitalismo no período prévio aos anos setenta, em suas duas fases anteriormente mencionadas, seria possível mensurar o trabalho e atribuir-lhe “valor de uso” na qualidade congênita de mercadoria em detrimento do “valor de troca” enquanto uma derivação das relações sócio-políticas. Típico, portanto, de fases relacionadas ao trabalho “material”. Atualmente, como afirmam Negri e Hardt, está-se diante um processo de “desmaterialização” que corresponde às novas energias materiais e científicas que Marx já havia previsto para o mercado. Nesse contexto apresentam o conceito de trabalho imaterial, referente a um *ser* imaterial próprio dos sistemas produtivos contemporâneos.

A caracterização desses período ocorre com a perda de mensuração do tempo como unidade de medida⁴⁰⁰. O sentido de cooperatividade substituiu uma noção anterior de solidariedade simples para um novo saber em que o trabalho afigura-se intelectual e linguístico, passando a considerar as variáveis de tempo livre e de tempo de vida e de trabalho. A tal ponto que se configura uma noção de *indivíduo coletivo*, em linhas semelhantes ao traçado por Marx. Em outras palavras: “*A potência é um trabalho que se realiza através da cooperação das singularidades, na sequência ininterrupta das determinações criativas do ser*⁴⁰¹”. Diante desta abstração da atividade laboral, o operário atuaria em diversas atividades e nisso encontraria sua força de potência transformadora e comunicativa da realidade social. Amparado nos estudos de Matarazzi, caracteriza essa

na Europa), tais condições, para serem levadas a cabo pelo capital, em lugar do governo, que representa a comunidade enquanto tal, supõem um elevado desenvolvimento da produção fundada no capital.” Ibidem, p.438.

⁴⁰⁰ Quanto a isso vale mencionar a reflexão de Slavoj Žižek, até mesmo porque Negri revisita o conceito de mercadoria. Segundo o inquietante filósofo esloveno: “*O fetichismo da mercadoria (nossa crença de que mercadorias são objetos mágicos, dotados de um poder metafísico inerente) não está situado em nossa mente, na maneira como percebemos (ou distorcemos) a realidade, mas em nossa própria realidade social. (...) Podemos imaginar um burguês fazendo um curso de marxismo onde aprende sobre o fetichismo da mercadoria. O professor lhe diz: “Mas você sabe como são as coisas, que as mercadorias são apenas expressões de relações sociais, que não há nada de mágico nelas!”*, ao que o aluno responde: “Claro que sei tudo isso, mas as mercadorias com que estou lidando parecem não saber!” Como ler Lacan. Rio de Janeiro: zahar. 2010. p. 116/117.

⁴⁰¹ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 457.

abstração do trabalho nas circunstâncias da capacidade do operário trabalhar em qualquer lugar e dedicar-se a uma generalidade de atividades. Um novo sentido de abertura de espaços e temporalidades.

Ocorre, dessa maneira, um processo de generalização e de objetificação, de maneira que a atuação do operário deixa de ser considerada “trabalho” para tornar-se “atividade”, no processo de criação de um novo tipo de sociedade e erosão do modelo social anterior, conforme afirma Antonio Negri:

*Todavia, como aspiração incansável pela forma geral da riqueza, o capital impele o trabalho para além dos limites de sua necessidade natural e cria assim os elementos materiais para o desenvolvimento da rica individualidade, que é universal tanto em sua produção como em seu consumo, e cujo trabalho, em virtude disso, também não aparece mais como trabalho, mas como desenvolvimento pleno da atividade própria, na qual desaparece a necessidade natural em sua forma imediata; porque uma necessidade historicamente produzida, tomou o lugar da necessidade natural*⁴⁰².

Essa mudança demonstra, no pensamento de Marx, uma “influência civilizatória”⁴⁰³, em que o capital acaba por agir na sociedade em razão do aumento da tecnologia e da produção de riqueza. Diferente das fases anteriores do capitalismo, não existe mais aquela falta de capacitação e alienação com uma educação precária. A fluidez e o avanço do processo produtivo exigem uma capacitação mais extensa, um “Intelecto Geral”, como se verá, conferindo novas forças sinérgicas e intelectuais, ou um cientificismo que se voltará contra o próprio capital.

O capital qualifica seus “inimigos”. O capital ultrapassa seus limites. Toca no ser.

As relações promovidas pelo capital deixam de ser com base em necessidades naturais, acompanhando uma ampliação da educação, inclusive exigindo e promovendo maiores habilidades aos trabalhadores nas condições produtivas. Nesse processo o capital

⁴⁰² MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011. p. 256.

⁴⁰³ “Daí a grande *influência civilizadora do capital*; sua produção de um nível de sociedade em comparação com o qual todos os anteriores aparecem somente como desenvolvimentos locais da humanidade e como idolatria da natureza.” *Ibidem*, p.334.

acaba criando um novo tecido social capaz de agir diante da expansão universal que promove. De acordo com Karl Marx:

[...] o cultivo de todas as qualidades do ser humano social e sua produção como um ser, o mais rico possível em necessidades, porque rico em qualidades e relações – a sua produção como um produto social universal o mais total possível (porque, para um desfrute diversificado, tem de ser capaz dos desfrute e, portanto, deve possuir um elevado grau de cultura) – tudo isso é igualmente uma condição da produção baseada no capital. [...] Portanto, da mesma maneira que a produção baseada no capital cria, por um lado, a indústria universal – isto é, trabalho excedente, trabalho criador de valor – cria também, por outro lado, um sistema de exploração universal, do qual a própria ciência aparece como portadora tão perfeita quanto todas as qualidades físicas e espirituais, ao passo que nada aparece elevado-em-si-mesmo, legítimo-em-si-mesmo for a desse círculo de produção e troca sociais⁴⁰⁴.

Faz-se, assim, a demonstração da perda da materialidade do sistema produtivo, de modo que o tempo, nos dias atuais, gradualmente deixa de servir de parâmetro de unidade de medida e cede lugar para novos espaços e novas temporalidades. O controle não mais se restringe ao espaço da indústria, que não é mais o centro da riqueza. O conceito de mercadoria altera-se e o mercado toca, abstrata e amplamente, no próprio ser. Apresenta Negri que: “*A abstração não é um fetiche, é uma função da comunicação. Mas a comunicação nada mais é que a relação ontológica entre multidão e potência. Eis que identificamos o ponto de partida da nova racionalidade – da racionalidade que vigora além do moderno*”⁴⁰⁵.

Esse novo tipo de ‘racionalidade’ absorvida ou capturada pelo capital, com os limites do capital material ultrapassados em ‘trabalho imaterial’ apresenta-se como: “*o conjunto das atividades intelectuais, comunicativas, afetivas, expressas pelos sujeitos e pelos movimentos sociais – portanto eles conduzem à produção*”⁴⁰⁶. Assim, leva em consideração a

⁴⁰⁴ Ibidem, p.333.

⁴⁰⁵ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 452.

⁴⁰⁶ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.92.

produção para além dos limites da indústria e na capacidade da racionalidade pura do ser nas relações humanas.

Negri pretende desenvolver a noção de trabalho imaterial desde o conceito de “Intelecto Geral” do *Grundrisse* de Karl Marx. Esse constitui-se no ‘indivíduo coletivo’ com força e um saber linguístico em redes de cooperação ‘criativas’. Encontra-se no novo cenário o ‘tempo livre’ do operário enquanto dimensão laborativa abstrata. Uma nova força de trabalho que constrói o próprio mundo e rivaliza contra uma absorção de energias do capitalismo atualmente matizado pelo sistema financeiro.

Na atual fase de *capitalismo cognitivo*, o sistema financeiro avança em capturar nas malhas do capital toda produção de valor enquanto ‘atividades sociais’ de maneira generalizada. Dessa forma, a atuação parasitária do capital extrai a mais-valia enquanto uma vampirização do valor inovador. Essa lógica apresenta-se de maneira mais intensa e visível com o comprometimento da própria preservação da subsistência da vida natural e necessidades por meio de endividamento com expansão para todo e cada aspecto de ação humana.

Nesse sentido, como afirma Francisco de Guimaraens⁴⁰⁷, “*um dos grandes problemas do mundo contemporâneo é essa profunda expropriação financeira que tem se processado, exatamente porque talvez as instituições que guardam a liberdade e as finanças são instituições*”, enquanto tais no esforço de salvaguardar a si próprias. Contra essa sede financeira de extração a *multidão* surgiria para frear esse “*desejo excessivo de expropriação*”.

Para fazer uma crítica a essa situação atual, que apresenta situada dentro do quadro do capitalismo financeiro, com tal “vampirização”, relembra a figura do “gentil homem” de Maquiavel. Estes, para o pensador florentino, seriam a maior ameaça ao republicanismo, porque não haveria república sem igualdade e democracia absoluta. Tal, porém, não poderia ser garantida se houvesse os ‘gentis homens’ com maiores riquezas que outros. De modo que o sistema financeiro, nessa radicalização de um realismo com a igualdade em Negri-Marx-Maquiavel, constitui-se no local de encontro desses mesmos ‘gentis homens’.

No *Grundrisse*, prossegue Marx, o “intelecto geral” aparece dentro dos padrões objetivos, de mercadorização generalizante, que defendeu, em termos de um

⁴⁰⁷ GUIMARAENS, Francisco de. *Reflexões sobre o republicanismo democrático a partir de Maquiavel, Van den Enden e Spinoza*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).p.84.

conhecimento social. A mais-valia acontece não por meio de um processo que concentra a atuação no “valor do uso”, mas do valor “em si”, repita-se na fase final do capitalismo, conforme expõe:

O capital dá o seu aporte aumentando o tempo de trabalho excedente da massa por todos os meios da arte e da ciência, porque a sua riqueza consiste diretamente na apropriação de tempo de trabalho excedente; uma vez que sua finalidade é diretamente o valor, não o valor de uso. (...) Todavia, sua tendência é sempre, por um lado, criar tempo disponível, por outro lado, de convertê-lo em trabalho excedente. Quando tem muito êxito, o capital sofre de superprodução e, então, o trabalho necessário é interrompido porque não há trabalho excedente para ser valorizado pelo capital. Quanto mais se desenvolve essa contradição, tanto mais se evidencia que o crescimento das forças produtivas não pode ser confinado à apropriação do trabalho excedente alheio, mas que a própria massa de trabalhadores tem de se apropriar do seu trabalho excedente. Tendo-o feito – e com isso o tempo disponível deixa de ter uma existência contraditória – então, por um lado, o tempo necessário de trabalho terá sua medida nas necessidades do indivíduo social, por outro, o desenvolvimento da força produtiva social crescerá com tanta rapidez que, embora a produção seja agora calculada com base na riqueza de todos, cresce o tempo disponível de todos. Pois a verdadeira riqueza é a força produtiva desenvolvida de todos os indivíduos. Nesse caso, o tempo de trabalho não é mais de forma alguma a medida da riqueza, mas o tempo disponível⁴⁰⁸.

Nesse passo, o capital constrói suas condições de autofagia, pois no processo de extração do trabalho excedente, tem-se que a massa de trabalhadores torna-se apta a também beneficiar-se desse excedente e assim gerar maior tempo disponível de maneira difusa. A importância da compreensão do ‘tempo disponível’ é, então, a base para a compreensão dos fenômenos de biopoder e biopolítica em Antonio Negri.

⁴⁰⁸ MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011. p.590.

De acordo com Negri e Hardt, no exaurimento dessa dialética instrumental anterior de apropriação do excedente, tem-se que o próprio tempo revelaria uma nova revolução em andamento. Não perceptível, porém visível, e gradual. Um poder constituinte com uma forma distinta, sem uma ruptura para criar um novo poder constituído como nos moldes de Revolução Francesa e da construção da modernidade. Mas uma chama lenta e constante que amplia, gradualmente, seu fogo. Daí porque cunha a expressão “amor no tempo”, uma vez que acredita haver nas bases de transformação social em curso, dentro do próprio processo de consolidação do avanço do capitalismo, uma nova fórmula jurídica de Constitucionalismo.

Como o fundamento da Constituição é o Poder Constituinte, por sua vez, esse não se encontra em situação descompassada da realidade da evolução do capital e de suas correlatas teias de produção de relações sociais. Sua manifestação biopolítica ocorre enquanto imaterialidade do intelecto geral em contínua pressão contra sistêmica, por isso, contra estatal em contínuo ‘devir’. Em suas palavras:

O amor do tempo é a alma do poder constituinte na medida em que este faz do mundo da vida uma essência dinâmica, síntese sempre renovada da natureza e da história. Neste sentido, o conceito de poder constituinte revela a normalidade da revolução, oferece uma definição do ser como movimento de transformação⁴⁰⁹.

Está-se na marcha de uma transformação em curso decorrente da própria natureza do trabalho e do avanço da tecnologia e sistema de produção em redes de saberes intelectuais e científicos. O método apresentado, poderia ser sintetizado com as seguintes características: (a) um materialismo ou imanentismo radical, que se interessa por construir o mundo de modo autônomo dos sistemas tradicionais e pretende a projeção de novos valores configuradores de uma ruptura criativa; (b) um trabalho vivo, expandido a abertura do conhecimento; (b) uma cooperação, ampliando a colheita do excedente contra a atuação de bloqueio do capital assim forçando a resistência contra sua ação parasitária.

Voltaremos a essa questão do amor no tempo e do poder constituinte na análise mais propriamente direcionada ao conceito de multidão. Será aqui mantido o enfoque

⁴⁰⁹ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 459.

quanto à atividade do operário. O redimensionamento do operário social não estaria mais no esforço natural para a produção, mas no tempo livre e na absorção da cultura criativa, em tal constituição do sujeito em moldes do “indivíduo coletivo” que articula o “intelecto geral”. Há uma proposição positiva de fabricação de subjetividade em Negri e Hardt.

Negri prossegue, assim, as pegadas de Foucault, para quem o capitalismo valeu-se do biopoder, tanto em grandes estruturas e funções do poder, como no Estado, praticando a ‘anátomo-política’ com a disciplina e o adestramento do corpo e do indivíduo⁴¹⁰.

Nossos tempos, no entanto, adverte Negri, são de biopolítica, em que o controle ocorre sobre o coletivo e sobre nossa vida na sociedade como um todo⁴¹¹. A fim de matizar o capitalismo atual e sua relação de biopoder afirma, em conformidade com sua visão imaterial: “*Em termos foucaultianos, poder-se-á dizer que na fase pós-fordista o controle passa mais através da televisão do que através da disciplinar da fábrica, através do imaginário e da mente, mais do que através da disciplina direta dos corpos*”⁴¹².

A tecnologia torna-se instrumento de poder dirigido às populações e direciona-se à vida como também com uma atenção especial ao imaginário. Na biopolítica, ocorre uma tecnologia de poder dirigida às populações, com a vida fazendo parte de um desdobramento do poder realçado o aspecto imaterial. Isto é, diante da difusão das forças do “intelecto geral” na expansão do capital, este retorna contra os próprios corpos em sua inovação, os quais, por sua vez, lhe oferecem novas resistências. Essa seria uma forma geral de atuação do sistema de biopoder no qual a atuação perante o capital desenvolve-se, como continuidade à preocupação já apresentada desde Foucault⁴¹³.

⁴¹⁰ Assim faz Negri as suas leituras foucaultianas, entendendo por *disciplina* “*uma forma de governo sobre os indivíduos ou dos indivíduos de maneira singular.*”; e por *controle*, de outra sorte: “*o governo das populações por meio de dispositivos que abarcam coletivamente o trabalho, o imaginário, a vida*” NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.104.

⁴¹¹ Na leitura de Slavoj Žižek, seria como “o grande Outro” de Lacan. O filósofo esloveno exemplifica com as novelas mexicanas em que os atores devem interpretar com receptores em seus ouvidos ditando suas falas, em suas palavras: “*Esse procedimento nos dá a imagem do que, segundo a percepção comum, Lacan quer dizer com “o grande Outro”. A ordem simbólica, a constituição não escrita da sociedade, é a segunda natureza de todo ser falante: ela está aqui, dirigindo e controlando os meus atos; é o mar em que nado, mas permanece essencialmente impenetrável – nunca posso pô-lo diante de mim e segurá-la. É como se nós, sujeitos linguagem, fálássemos e interagíssemos como fantoches, nossa fala e gestos ditados por algo sem nome que tudo impregna*”. *Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: zahar. 2010. p. 16.

⁴¹² NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.105.

⁴¹³ Dessa forma, expõe: “*a biopolítica, mediante os biopoderes localizados, ocupar-se-á da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade, da natalidade na medida em que esses sujeitos se tornam, no desenvolvimento do Estado moderno, coisas importantes para o poder*” Ibidem, p.103.

O diagnóstico desse problema da biopolítica a ser combatido, para Negri, é apresentado com palavras contundentes, enquanto uma dominação total da vida até sua redução à ‘animalidade’ e suas condições biológicas:

[...] o biopoder configura-se como poder sobre a reprodução do homem.(...) Dentro desta grande transformação, o sujeito moderno (aquele sujeito produtivo e massificado do qual conhecemos a força de resistência), como vimos, foi radicalmente transformado – o monstro transformou-se em biopolítico. Fazendo-se biopolítico, tornou-se difuso, encontra-se sobretudo onde há vida, é produção e comunicação – o monstro ocupou a cena pós-moderna. Estamos então diante uma tentativa de dissolver o biopolítico no biológico: se o homem foi, com Darwin e Marx, a chave para compreender o macaco, agora, na ideologia eugênica renovada, o macaco torna-se o destino do homem (...) deve colocá-lo no trabalho (...) os corpos são adulterados para adequar-se à ordem eugênica do poder e para o controle do poder (...) tornou-se uma engenharia dos vivos predisposta a uma técnica de dominação política⁴¹⁴.

Se o biopoder encontra-se fixado nas grandes de estruturas e funções de poder do Estado, por outro lado, a biopolítica na produção desse mesmo poder apresenta-se como o local adequado para a luta, a fim de oferecer a necessária resistência. A biopolítica deve tomar as experiências de subjetivação “de baixo”, de maneira que a vida apresenta-se como potência, como antipoder, na passagem do político para o ético. Para Negri, surgiria uma luta de liberdades vinda de baixo, como uma extensão da luta de classes. É um tecido social forte que se encontra em questão. Seria a questão de uma “monstruosa inteligência” cooperativa em jogo. Essa seria a sociedade do Império, uma força de subjetividade constituída por uma multidão de ‘monstros inteligentes’. Nesse sentido intelectual encontra-se a carga axiológica que, também na jurisprudência, vai-se fazendo presente, como delineado no início dessa seção e agora torna-se mais compreensível.

⁴¹⁴ NEGRI Antonio. *Il mostro político. Nuda vita e potenza*. In: FADINI, U.; negri, A.; WOLFE, C. *Desiderio del Mostro*. Roma: manifestolibri. 2001. p. 196-197. Livre tradução.

O desempregado e o trabalhador estão na mesma luta para afirmar o valor da atividade. A pobreza constitui-se pelo não dar valor à 'atividade', uma vez que o êxodo da pobreza consiste em lutar diante do poder capitalista imperial. A resistência, como resposta ao biopoder, na manifestação da *multidão*.

3.3. A ética de uma multidão que se afirma constituinte.

Veja-se, agora, finalmente, o conceito de multidão e suas relações com o poder constituinte⁴¹⁵. A rigor, Negri vê a força do ‘*multitudo*’ como expressão de um antipoder, de três espécies ou categorias distintas.

Do antipoder monstruoso decorrem: primeiro, a resistência, inserta no bojo do trabalho material no conflito da *práxis* entre subsalário e superexploração, típico da fase inicial do capitalismo; segundo, o poder constituinte, cuja força em Negri ultrapassa a dimensão de poder constituinte que temos, uma vez que o poder constituinte tenciona-se com o poder constituído e nele se transforma e entrelaça; terceiro, por fim, existe a insurreição, que seria a luta atual do império entre dominados e dominantes.

Nesse passo, o processo da multidão ocorre em eventos de insurreição. Corresponde à fase capitalista do pós-fordismo que se insere nas redes científicas e cooperativas. De acordo com Marx, como visto, o capital produz as suas próprias condições de destruição com uma nova classe social que se volta contra o próprio capital. Surge esse “indivíduo social”, que não se confunde com a reunião de indivíduos singulares, um romantismo da subjetividade transcendental livre e autônoma que então torna-se esvaziada de sentido, mas, ao revés, surge uma identidade enquanto “intelecto geral”. Esse indivíduo social, objetivamente considerado, promoveria a progressiva transição social pela qual se metamorfoseia o capital, como expôs:

*Em estágios anteriores de desenvolvimento, o indivíduo singular aparece mais completo precisamente porque não elaborou ainda a plenitude de suas relações e não as pôs diante de si como poderes e relações sociais independentes dele. É tão ridículo ter nostalgia daquela plenitude original: da mesma forma, é ridícula a crença de que é preciso permanecer naquele completo esvaziamento.*⁴¹⁶

⁴¹⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão - guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

⁴¹⁶ MARX, Karl. *Grundrisse*: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011. p.110.

A noção de “monstro” em Negri, refere-se a uma noção presente em Marx, de superação do kantismo tradicional, por meio do qual “*essa objetivação universal, como estranhamento, e a desintegração de todas as finalidades unilaterais determinadas, como sacrifício do fim em si mesmo a um fim totalmente exterior*”⁴¹⁷. Em outras palavras, um estranhamento de si que produz o indivíduo social. Uma nova expressão da existência individual-social, ou um enigma de “bioexistência”⁴¹⁸. Parece ser dessa maneira como Roberto Esposito procurou definir o sentido da *bíos*, entre o individual e o coletivo, ou seja:

*Repensando a relação integral entre o self e a comunidade, Esposito ilustra a biopolítica negativa por meio da tentativa de ‘purificar a si mesmo de corpos estranhos’, como o ataque contra aquele que é o outro. Sua resposta direciona-se em permitir-nos pensar a subjetividade para fora e além do liberalismo, por exemplo, ao conceber que bíos e nomos representam dois elementos constitutivos de uma singularidade completa, a qual assume significado dessa inter-relação. A fonte para uma biopolítica positiva, dessa maneira, é em grande extensão decidida na compreensão de que ambas, a norma e o sujeito, são um fluído, como a potencialidade da presença da poder normativo de si ainda de um modo não conhecido*⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Ibidem, p.400.

⁴¹⁸ Nesse sentido Luiz Sáez Rueda: “*La vida humana posee la cualidad de extrañarse respecto a sí, en el sentido de que puede volverse hacia sí con un gesto de perplejidad o asombro.[...] En esa situación inmediata de estar perteneciendo a un contexto vital, el acontecimiento de vivir nos es tan próximo y habitual que ni siquiera reparamos en él. Sin embargo, siempre cabe la posibilidad de que nos sorprenda y extrañe el hecho mismo de que la vida «es».[...] Sin embargo, tal perplejidad hace brillar la experiencia que el filósofo alemán considera la «maravilla de las maravillas»: la de que lo ente «es» (en vez de no ser) y de que «es así y no de otro modo». Este saberse «ser» y estar en relación con la pregunta por el sentido del ser es lo que hace del hombre, según Heidegger, existencia. [...] Este rebasamiento se realiza, como digo, a través de la noción de extrañamiento y comporta dos tesis complementarias. En primer lugar, habría que afirmar que el viviente humano es, al mismo tiempo, existencia.[...] El extrañamiento le proporciona a esa vida humana lucidez. [...] En segundo lugar, también es preciso afirmar que el existente humano es, al mismo tiempo, vida. [...] Lo humano es, en definitiva, esta unión (discordante, porque integra la heterogeneidad de dos cualidades) que puede ser denominada bioexistencia.[...] Al unísono, la existencia, como la turbulenta y perpleja experiencia «esto es», in-siste en la vida, convulsionándola y conduciéndola a reconocerse, extrañadamente, como enigma.”. Bioexistencia Ontopolítica del vacío en Occidente enfermo. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n.17 (abril/2012). p.14-16.*

⁴¹⁹ Livre tradução de: “*Rethinking the whole relation between the self and the community, Esposito illustrates negative biopolitics through the temptation of “purifying oneself from foreign bodies”, as the attack against that which is the other. His answer lies in allowing us to think subjectivity outside and beyond liberalism, i.e. in conceiving that bios and nomos represent two constituent elements of a single whole, that*

Conforme pensa Bogdana Koljević, seria possível, então, pensar em uma *biopolítica positiva*, contrária à biopolítica do liberalismo⁴²⁰. Portanto, alinhado a essa noção de *bíos* em Roberto Espósito, seria possível falar em uma biopolítica dentro do conceito de multidão apresentado por Negri e Hardt⁴²¹. Enquanto, de um lado, o biopoder estaria acima da sociedade e transcendente, como uma autoridade soberana, a biopolítica seria imanente e de baixo, criando novas relações sociais a partir de formas comuns de trabalho. O segundo lado da globalização de um conhecimento comum e de bens imateriais de uma “*nova subjetividade histórica, política e cultural*”⁴²².

O capital, ao assumir a frente das relações sociais, forjaria, por outro lado, o próprio indivíduo coletivo como o reverso de sua atuação e, de modo objetivo, não seria mais possível, em determinado momento, opor resistências a tal força. Nesse processo de autocontradição, as forças sociais rasgariam e abririam novos espaços para manifestar-se e, nesse movimento, tornar-se-ia possível a compreensão do fenômeno da multidão.

Precisamente nessa fenda aberta pelo capital constrói-se o pensamento de Antonio Negri, para demonstrar como nessa abertura encontra-se um tipo distinto que pode ser compreendido no direito enquanto um poder constituinte imantado de uma axiologia própria, atualizando e adequando esse conceito jurídico que sustenta o poder constituído e o Estado, desde essa nova racionalidade manifestada pelo trabalho imaterial, ou: “*em poucas palavras, ela consiste no fato de que não pode haver democracia política que não seja democracia econômica, que não seja reapropriação do poder constituinte pelas massas, no tempo e no espaço, nos mecanismos de produção e de reprodução social*”⁴²³.

Aqui, retoma-se um conceito existente desde a modernidade de *poder constituinte*, a fim de desvinculá-lo a uma instituição específica de uma Assembleia Constituinte e reafirmar as ideias, tanto de uma contínua revolução no tempo, como de resistência de uma multidão na afirmação de uma consciência ética comum de antipoder.

assumes meaning from their interrelation. The source of positive biopolitics, therefore, is to a great extent decided in understanding that both the norm and the subject are a flow, as the potentiality of presence of one's own normative power in yet unseen ways”. KOLJEVIĆ, Bogdana. ‘Positive Biopolitics’ in the 21. Century? In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p.34.

⁴²⁰ Esse termo serviu de inspiração para os títulos dos capítulos dessa tese. Ela afirma: “*If we have seen how biopolitics appears as liberalism, then how biopolitics is articulated as the prevalence of the state of exception, how can we philosophically conceive a response to biopolitics to be positive biopolitics?*” Ibidem, p.34.

⁴²¹ Ibidem, p.35.

⁴²² *Loc. Cit.*

⁴²³ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 420.

A modernidade, na engenharia do Estado, delineou uma estrutura de: (i) espaço nacional; (ii) representatividade; (iii) soberania. Nele, o povo representava uma unidade que, segundo Hobbes, cedia sua liberdade ao soberano para garantia de sua vida e de segurança⁴²⁴.

A noção de direito subjetivo realizava-se como uma troca do direito natural da liberdade absoluta dos indivíduos pelos direitos de relação de propriedade. A atuação do Estado garante e regula a medida da liberdade dos indivíduos de maneira a ser útil para funcionamento tanto da máquina estatal como para o desenvolvimento das relações privadas. O povo, assim, em Hobbes, é o conjunto dos cidadãos proprietários (a propriedade é direito fundamental) que abdicaram de sua liberdade tendo como compensação a garantia da propriedade. Em termos políticos, a modernidade configura-se no individualismo apropriador.

O relacionamento humano não acontece em sentido cooperativo, mas pelo medo e egoísmo de um guerra natural. O contrato social implica no estabelecimento da paz, por meio, tanto da alienação ao poder soberano, como da preservação da segurança e da propriedade.

Na atual fase da globalização, as decisões são tomadas por parte de instituições econômicas supranacionais (OMC, BIRD, FMI, G8, Conselho de Segurança, *corporations*), ocasionando com isso um déficit democrático. De maneira que esse ganho de força deve-se ao fato de que funcionam justamente na medida em que são excluídas dos mecanismos da representação popular que teriam se fossem submetidas às regras e normas estatais do sistema político-eleitoral⁴²⁵.

Assim, ao contrário do conceito tradicional de poder constituinte, Negri questiona o “Leviatã”, figura de monstruosa dos oceanos a qual Hobbes usou de metáfora política, ou um “deus ex machina”, para questionar essa ordem monstruosa e ‘eugênica’ moderna, de maneira a permitir que a razão do intelecto geral desarme esse próprio “Leviatã” e transforme-o em instrumento do capital⁴²⁶. Em outras palavras, o capital e seu antipoder

⁴²⁴ Mesmo o sistema teológico hobbesiano seria materialista para Negri, porque não dependente do divino com o Monarca Absoluto representando o deus na terra. Absoluto, aqui, implica em estar livre de qualquer limite, com a domesticação no conceito de povo. NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.124 ss.

⁴²⁵ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão - guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.341ss.

⁴²⁶ NEGRI, A. *Il mostro político. Nuda vita e potenza*. In: FADINI, U.; negri, A.; WOLFE, C. *Desiderio del Mostro*. Roma: manifestolibri. 2001.p.181.

correlato superariam o próprio Estado, enquanto o sistema de representatividade, assim esvaziado do funcionamento que possuía na modernidade⁴²⁷.

Nas sociedades complexas contemporâneas existe a ausência de unidade no conceito de ‘povo’, o que ocorreria na multidão como uma massa, ou um conjunto confuso e indistinto cuja força está simplesmente nos eventos de resistência. O sistema representativo tradicional do Estado não se sustentaria mais. Em via de consequência, existe um vácuo a ser preenchido.

De tal maneira diante do atual quadro do capitalismo já apresentado, a pretensão de Negri e Hardt está em reformular as bases de compreensão tradicionais do direito. Ao contrário do que preconizava Hobbes, o povo não seria mais uma identidade “una” decorrente do soberano, o que valeu para um período histórico determinado e específico de formação moderna. Atualmente não é possível sustentar um idêntico nível de representatividade global emergente. O modelo de representatividade tradicional, ainda assim entendido, neutralizaria a efetividade do poder constituinte, que restringe o “espaço político” ao poder constituído representativo. Conforme as palavras de Negri: “*A divisão de poderes e o controle recíproco dos órgãos do Estado, a generalização e a formalização dos processos administrativos consolidam e fixam esse sistema de neutralização do poder constituinte*”⁴²⁸. Uma visão que hoje estaria ultrapassada para compreender um modelo imperial que vem se impondo.

Outrora, na sociedade moderna, havia uma perfeita harmonia com o sistema capitalista, fazendo permanecer neutro o conceito de povo. Esse conceito foi forjado dentro da dimensão do contrato social, e não se aplicaria mais hoje em dia porque a sociedade é comandada pelo capital, com o capitalismo avançado, de maneira que no contemporâneo não haveria mais *unidade*, mas *pluralidade na unidade* com uma multidão global composta de pluralidades não concebíveis enquanto estado unitário⁴²⁹.

⁴²⁷ As lutas político-partidárias, ou o modelo representativo, estariam, assim, numa relação de “interpassividade”, como diria Slavoj Žižek: “Isso nos leva à noção de falsa atividade: as pessoas não agem somente para mudar alguma coisa, elas podem também agir para impedir que alguma coisa aconteça, de modo que nada venha a mudar. Aí reside a estratégia típica do neurótico obsessivo: ele é freneticamente ativo para evitar que a coisa real aconteça. (...) Mesmo em grande parte da política progressista de hoje, o perigo não é a passividade, mas a pseudoatividade, a ânsia de ser ativo e participar. As pessoas intervêm o tempo todo, tentando ‘fazer alguma coisa’, acadêmicos participam de debates sem sentido; a coisa realmente difícil é dar um passo atrás e retirar-se daquilo.” Como ler Lacan. Rio de Janeiro: Zahar. 2010. p. 37.

⁴²⁸ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 434.

⁴²⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão - guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.12.

Se a representatividade moderna é insuficiente. A *multidão* é um momento de manifestação e reunião de múltiplos interesses. Uma carne informe, uma massa decorrente do proletariado social que inclui o pobre, portanto não uniformizada pelo conceito fixo de povo, muito embora possua alguma ordem. Uma matéria que contém, em si, um princípio formativo. Ou, com uma inspiração em Spinoza, uma múltipla singularidade de potências, tomado por inspiração e fundamento. Em sua teoria de democracia não existe uma causalidade externa. Segundo Negri, estaríamos, assim, além de Marx:

O poder constituinte é a subjetividade, social e política, desta radical constituição do mundo da vida. Se Marx nos instalou no terreno da subjetividade, agora estamos além de Marx. Hoje, o sujeito político revelado pelo poder constituinte não só não considera o mundo da vida como limitado, mas já se experimenta numa ininterrupta construção de novos mundos⁴³⁰.

A multidão possui uma vontade comum e autônoma. É uma democracia absoluta e, ainda, revolucionária. Constitui-se em gestos de revolta coletiva, aptas a construção de uma constituição social e política de invenção comum. Ou, como afirma: “*os monstros [...] emergem continuamente de dentro dos interstícios do poder imperial e contra o próprio poder imperial⁴³¹*”. A invenção monstruosa coloca no limite o sistema de repressão imperial, como um todo. O próprio caráter informe retira o sentido de operário de fábrica. A dimensão do biopoder altera mesmo a apreensão do sentido da subjetividade. A massa agora inclui a todos. O desempregado e o trabalhador estão na mesma luta para afirmar o valor da atividade. São o corpo do capital global. A carne viva em múltiplas singularidades.

Ou seja, ‘o uno e o múltiplo’ em inspiração spinoziana. Nas palavras de Negri, uma “legião” sua “face demoníaca”. Assim entendidos como aqueles que não possuem a riqueza e reclamam por um sistema que os considere em sua realidade, de maneira que, dizem:

⁴³⁰ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 451.

⁴³¹ NEGRI, A. NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.139.

“Os pobres” são a única figura capaz de designar a sociedade em toda sua generalidade como um todo inseparável, definido por sua base [...] “Os pobres” também ressaltam a relação contraditória da produção como o mundo do valor: “os pobres” estão excluídos da riqueza, e ainda assim incluídos em seus circuitos de produção social. “Os pobres” são a carne da produção biopolítica. Nós somos os pobres⁴³².

Aqui, com Spinoza, a multidão modifica o sentido filosófico da atuação popular, porque *“a causa torna-se um ato, um processo, e (...) expressa vontade comum (...) que não possui um fora, totalmente autônoma e que, portanto, chamaremos ‘vontade absoluta’.”⁴³³*

Detendo-se mais a respeito dessa influência spinoziana, afirma Francisco de Guimaraens ser preciso dar um *“passo atrás”* para entender como esse conceito de multidão já existia em Spinoza. Assim esclarece:

A mente para Spinoza é uma multidão de ideias, pois a mente, para Spinoza, é ideia do corpo. Não é “a” ideia do corpo, mas são “as” ideias do corpo que nós formamos, as ideias das sensações físicas que nós experimentamos. [...] É pela experiência das afecções que nosso corpo recebe que a nossa mente se constitui. [...] A potência coletiva multitudinária é precisamente o efeito do processo de constituição de uma série de potências individuais que, na verdade, já são multitudinárias de saída, toda singulares entre si, afinal Spinoza afirma que toda essência é singular. [...] Ou seja, toda essência de uma coisa é singular, jamais uma essência geral e abstrata, da qual seríamos espécies de emanações derivadas. Por esse motivo Negri compreende que a multidão é na verdade uma composição de singularidades⁴³⁴.

⁴³² HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão - guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.p.200.

⁴³³ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003. p.140.

⁴³⁴ GUIMARAENS, Francisco de. *Reflexões sobre o republicanismo democrático a partir de Maquiavel, Van den Enden e Spinoza*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p.90-91.

Portanto, em Spinoza, faz sentido em falar em multiplicidade-singular porque somente a partir da experiência exterior haveria uma atuação do corpo. Um corpo, a rigor, decorre de um conjunto de experiências e ideias de sensações. Não existe uma essência transcendental, mas uma imanência que decorre de um conjunto de experiências, de forma que a existência do próprio indivíduo seria um composto de afecções e sensações que constituiriam uma não-essência, mas uma singularidade complexa.

O corolário político disso, prossegue, seria a possibilidade de uma democracia absoluta de uma experiência não momentânea, como tensão de poder constituinte e poder constituído, mas com perseverança de ‘afetos’. Francisco de Guimaraens deixa bastante clara a importância dos afetos como potência política, ao afirmar:

Não há contrato social em Spinoza. Há um processo contínuo de constituição dessa potência coletiva e, eventualmente, até de decomposição dessa potência coletiva. Mas não há, em absoluto, contrato social em Spinoza. Há uma tessitura contínua de afetos e desejos até a constituição desse desejo comum de estar em comunidade, que o Negri chama, ao interpretar a obra de Spinoza, de amor de comunidade, afeto que refreia o medo da solidão, medo esse característico de qualquer tirania. A tirania trabalha sempre o campo da solidão, e não no campo da alegria e da comunidade, da partilha comum dos bens e dos direitos⁴³⁵.

O sentido de potência em Spinoza, portanto, não tem relação com a concepção de ato-potência em Aristóteles, mas tem um sentido de processo sem causalção. Não há um poder constituinte que causa um poder constituído. Há uma experiência contínua e perseverante de *potentia*.

O fenômeno a que Negri chama de “amor no tempo”, enquanto dimensão de temporalidade relacionada com a continuidade de experimentação afectiva e que gera a potência coletiva. O que há de comum é o desejo aberto de liberdade diante de uma ética⁴³⁶.

⁴³⁵ Ibidem, p.81.

⁴³⁶ Ibidem, p.88.

Nesse contexto, não existe uma metafísica como no sentido tradicional da modernidade configurada pela hierarquia, ‘eugenista’, e que resultou na burocracia e tecnocracia. O ‘intelecto geral’ e a ‘rede de afecções’ do sujeito possui subsistência pelas relações e pelo jogo de interações ali existente. Exerce-se uma igualdade vigorante que estabelece o comum, segundo Negri:

A natureza lógica da igualdade, a racionalidade intrínseca de sua afirmação como pressuposto consistem no fato de que a multidão só pode se apresentar como igualdade, no fato de que a liberdade só pode se desenvolver entre sujeitos iguais, no fato, enfim, de que a relação entre potência e multidão só pode ter a forma da igualdade, do fluxo ilimitado, sem oposição e bloqueio por parte do privilégio e, assim, sem bloqueio do processo. Nem se pode chamar depreciativamente esta igualdade de uniformidade, uma vez que a multidão é multiplicidade infinita de singularidades livres e criadoras. A dupla fatal igualdade-uniformização (cessação da liberdade, entorpecimento da virtude) que muitos reacionários consideram como destino do moderno, refere-se apenas ao moderno. (...) [Há aqui uma oposição] da nova racionalidade face à racionalidade moderna: a oposição entre diversidade e uniformidade, que decorre logicamente da oposição entre igualdade e privilégio. A racionalidade que vai além do moderno vislumbra na diversidade, na riqueza de individualidades iguais e irredutíveis, a chave mestra de toda a sua lógica⁴³⁷.

Se o sentido de Negri e Spinoza compartilham uma caráter de liberdade igualitária, na mesma linha segue Van den Enden, o professor de Spinoza. Como expõe Francisco de Guimaraens, Van den Enden possuía um programa para a realização política da democracia em que ao buscar o bem particular estaria sendo construído o bem comum.

Sugere, assim, um programa igualitário em três frentes: primeiro, a existência de um salário-mínimo, satisfazendo as necessidades corporais contrariamente à possibilidade de um salário miserável; segundo, afirma que é necessário promover um

⁴³⁷ NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 455.

ensino público da educação e da medicina, a fim de que todos possam entender o que dizem os teólogos, os médicos, os cientistas e os filósofos, não sendo o conhecimento uma fonte de dominação política; terceiro, por fim, o sistema político deveria ser a democracia, porque seria a única forma capaz de emendar-se continuamente e sua destruição somente ocorre porque não respeita os princípios da liberdade igualitária ao incorporar elementos oligárquicos e monárquicos em sua composição política⁴³⁸.

A inspiração de Negri em Spinoza, e as utopias mais gerais em Van den Enden, já formulam um tipo distinto de ‘racionalidade’ interessada na articulação de uma ‘ética comum’ que reúne fragmentos de experiências e afecções.

Compartilham, dessa forma, a interpretação de múltiplas singularidades como uma possibilidade de articulação de vivências da multidão até um ‘intelecto coletivo’ unificador de diversas singularidades. Compreendendo nisso serem unificadas a partir “de baixo” com uma certa ordem e não tão utopicamente delineadas como em Van den Enden. Na atual fase do capitalismo, o capital ocasionaria essa possibilidade de reunificação de uma identidade de resistência com a possibilidade da multidão democrática e absoluta com “*singularidades definidas por sua capacidade de expressar trabalho imaterial e pela potência de reapropriar-se da produção pela atividade, ou trabalho imaterial*”⁴³⁹.

A nova subjetividade presente na multidão não é rígida ou uniforme, enquanto uma ‘cidadania’ como decorrente do conceito tradicional de povo. Também não é simplesmente flexível e destituída de propósito ou sem ordenação. Não se consegue aquela clareza pretendida pelos comunitaristas, como alerta Vera Karam de Chueiri de “*total harmonia em um dado território entre a forma de organização social, as práticas culturais e o poder político*”⁴⁴⁰. A multidão conforma-se, como um problema já observado pelo ‘comunitarismo’, pela “*fragilidade para designar uma forma de associação que, em nome de uma identidade coletiva, será sempre parcial ou excludente*”⁴⁴¹. Absorve essas particularidades e conduz uma ética comum, compartilhando, em Antonio Negri, essa situação com a qual não se podem afastar da imaterialização do trabalho.

⁴³⁸ GUIMARAENS, Francisco de. *Reflexões sobre o republicanismo democrático a partir de Maquiavel, Van den Enden e Spinoza*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p.86-87.

⁴³⁹ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003.p.145.

⁴⁴⁰ CHUEIRI, Vera Karam de. *Comunidade, Constitucionalismo e Democracia*.p.104. In: Revista Humanidades nº 57. Brasília: editora universidade de Brasília. Agosto 2010. P.104.

⁴⁴¹ Ibidem, p.104.

Esse ‘comum’ fornece uma experiência de *bíos* que se expressa com uma continuidade temporal. Desloca-se, assim de momento especificamente constituinte, de “reforma política”, de Assembleia Constituinte, ou mesmo, em sentido amplo, de uma relação causal entre ato-potência. Seria algo de semi-flexível e processual mais diretamente relacionada ao problema da evolução do capital na qualidade de ‘realidade’ em que vivemos. Nos dizeres de Antonio Negri:

Toda prática do poder constituinte revela, tanto em seu início como em seu final, tanto na origem quanto na crise, a tensão de uma multidão que procura se tornar sujeito absoluto dos processos da potência. (...) assim, o poder constituinte é a paixão da multidão, uma paixão que organiza a força estimulando-lhe a expressão social, que se move lá onde o curso histórico tende a extinguir o poder na decadência, ou a banalizá-lo na inércia ‘anakyklosis’. O poder constituinte é a capacidade de retornar ao real, de organizar uma estrutura dinâmica, de construir uma forma formante que, através de compromissos, ordenações e equilíbrios de força diversos, recupera sempre a racionalidade dos princípios, ou seja, a adequação material do político em relação ao social e ao seu movimento indefinido⁴⁴².

A dinâmica de um movimento vivo⁴⁴³. Um marxismo mais adiante da noção de luta de classes tradicional. Deleuze, ao tentar definir o conceito de esquerda, afasta-se da noção de partido e de sociedade de classes e já compreendia esse movimento como um “conjunto de processos de devires minoritários”.⁴⁴⁴ A crítica de um projeto platônico que

⁴⁴² NEGRI, A. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A. 2002. p. 423.

⁴⁴³ Para ilustrar essa índole criativa. Comentam Negri & Cocco a respeito da experiência francesa com as manifestações da França de 1968: “*Em Maio de 68 o desejo se tornou incontornável e produtivo. Esta foi sua característica: produção desejante, transformação do desejo em ação, a vida enquanto ação. Foi uma luta ou um conjunto explosivo de lutas que, por um lado, atacavam a ordem fabril e sua lógica da produção massificada. [...] Assim, as lutas dos operários contra a alienação do trabalho repetitivo encontraram a recusa dos estudantes em reproduzir socialmente esse sistema, baseado na separação de execução manual e concepção intelectual. [...] Uma criatividade que encontramos na multiplicação de palavras de ordem que fugiam da lógica binária da política tradicional, fosse aquela do poder ou da esquerda.*” COCCO, Giuseppe; NEGRI, Antônio. *Para sair da apatia*. Obtida via internet. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/post.asp?t=para_sair_da_apatia&cod_Post=105548&a=96>. Acesso em: 05 de agosto 2011.

⁴⁴⁴ DELEUZE, G. O abecedário de Gilles Deleuze. <<http://stoa.usp.br/prodsubjeduc/files/262/1015/Abecedario+G.+Deleuze.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2013.

já conteria em si uma hierarquia e ideal de ‘pureza’, para lançar-se, diferentemente, nesse ‘trabalho vivo’ a que Marx e Negri chamam atenção⁴⁴⁵, com fragmentaridades e manifestações próprias, a respeito do qual esclarece Miroslav Milovic:

Falando sobre Platão, Deleuze disse que a intenção de Platão não era somente a articulação ontológica e cognitiva do mundo, onde conhecer significa classificar e representar a ontologia. A intenção platônica era também excluir do mundo o que não representa, o que é puro simulacro, o monstro, o que não se encaixa, diria Negri nessa ontologia do conceito. Fazer a filosofia hoje seria salvar o simulacro, ou mostrar a possibilidade de uma outra ontologia, talvez dos monstros. Seria uma outra filosofia. Porque a filosofia com a própria metafísica e com o finalismo no sentido da realização dessa metafísica, estava legitimando assim a ordem existente, a ordem do poder poderíamos dizer. [...] Como se livrar deste medo hoje? Como sentir a nossa vida na filosofia? É por aí onde reaparece a questão sobre uma outra subjetividade. Capaz de se confrontar com a metafísica herdada, mas capaz também de não recriar uma nova forma da colonização da vida.[...] Encima do trabalho vivo, para voltar a nossa discussão, está o trabalho morto do capitalismo. Encima da vida estão os parasitas. Capitalismo não pode mudar essa situação. [...] Só até agora se vê que o trabalho vivo, produtor dos valores de uso desaparece e se encaixa numa estrutura da produção dominada pelos valores de troca, do mercado, do abstrato. O abstrato domina o concreto. Isso é a verdade do capitalismo.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ “Seria uma expansão ontológica, fala Negri, dos valores de uso feita pela “intensificação e elevação do valor do labor necessário.”. Seria uma afirmação dos múltiplos projetos do trabalho vivo, uma auto-valorização dele. O projeto do comunismo é isso. O início de uma sociedade multidimensional. Seria o caminho entre as leis do valor rumo aos leis da auto-valorização. Assim além do Marx econômico do Capital e dos Manuscritos a gente encontra o Marx político do Grundrisse. Uma necessidade urgente, pensa Negri.[...] significa uma abertura para criatividade . E quase uma abertura ontológica. O capitalismo não conhece nenhuma ontologia. É o sistema que assimila a subjetividade constitutiva, o que aconteceu com o movimento operário. O sistema assim domina a vida”. MILOVIC, Miroslav. *Ontologia dos monstros – Antonio Negri e as questões sobre a política e imanência*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p.50ss.

⁴⁴⁶ Ibidem, p.46ss.

Para Negri, o sujeito-monstro colocou definitivamente em crise a eugenia da modernidade, de raízes platônicas, e hoje manifesta-se uma nova democracia, superando a mediação que domesticou o monstro do ‘Leviatã’⁴⁴⁷. A multidão não se baseia numa relação hierárquica e representativa pressuposta⁴⁴⁸.

Assim, sob a nova forma de ‘cooperação’, a multidão aparece como potência democrática articulando liberdade e trabalho na forma de produção comum, de maneira aberta, dinâmica e construtiva. Uma multidão que é capaz de constituir-se diante do cenário do biopoder, com uma nova dimensão de ‘trabalho’.

No *Grundrisse*, Karl Marx critica o dimensionamento tradicional de Adam Smith, ao tratar de maneira negativa a ação humana na forma de “*trabalho escravo, servil e assalariado, sempre aparece como repulsivo, sempre como trabalho forçado externo, perante o qual o não trabalho aparece como ‘liberdade’ e ‘felicidade’*”⁴⁴⁹. Pretendia, assim, uma nova maneira de conceituar o trabalho, porque segundo a lógica da economia clássica o avanço da tecnologia não corresponderia a uma maior realização do trabalhador, mas ao contrário uma maior insatisfação para lidar com esses novos aparatos tecnológicos aptos a continuamente consumirem seu tempo que deveria tornar-se excedente, do contrário perde-se o sentido, como questionou Karl Marx:

*O tempo de trabalho como medida da riqueza põe a própria riqueza como riqueza fundada sobre a pobreza e o tempo disponível como tempo existente apenas na e por meio da oposição ao tempo de trabalho excedente, ou significa pôr todo o tempo do indivíduo como tempo de trabalho, e daí a degradação do indivíduo a mero trabalhador, sua subsunção ao trabalho. Por isso, a maquinaria mais desenvolvida força o trabalhador a trabalhar agora mais tempo que o fazia o selvagem ou que ele próprio com suas ferramentas mais simples e rudimentares*⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Em distintas manifestações tanto da águia americana ou do urso soviético, na racionalidade da engenharia constitucional e da ciência política dos séculos XIX e XX NEGRI, A. *Il mostro político. Nuda vita e potenza*. In: FADINI, U.; negri, A.; WOLFE, C. *Desiderio del Mostro*. Roma: manifestolibri. 2001. p.190-191.

⁴⁴⁸ Ibidem, p.180.

⁴⁴⁹ MARX, Karl. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011. p.509.

⁴⁵⁰ Ibidem, p.591.

Como um antipoder a esse tempo, haveria uma reação comum. Uma antiética da moralidade do capital, enquanto nova ética. A ênfase de Negri será na capacidade de invenção criativa, para reformulação de um direcionamento: *“a multidão não é nem encontro da identidade, nem pura exaltação das diferenças, mas é o reconhecimento de que por trás de identidades e diferenças, pode existir ‘algo comum’, isto é, ‘um comum’⁴⁵¹*. Em outras palavras, pretende-se a superação dos paradigmas de identidade ou consenso, assim como dar um passo além das meras fragmentaridades do comunitarismo.

Nas palavras de Bogdana Koljević, seria uma “força de vida” pós-liberal e pós-socialista, um conceito ainda não existente, de democracia em si, uma biopolítica positiva, constituindo *“a política da vida, revela todas articulações e práticas que ajudam a constituir um novo conjunto legal político e cultural e, acima de tudo, uma nova forma de vida⁴⁵²”*.

A multidão biopolítica apresenta-se como algo indestrutível do qual o capital não poderia desfazer. Na qualidade, portanto, de *limite* intransponível mais forte que um *obstáculo* superável, ou seja: *“enquanto a multidão é limite do Estado, o Estado é somente um obstáculo para a multidão⁴⁵³”*. A força da multidão supera, então, a própria força estatal e situa-se além do sistema representativo.

Distinta do Estado é a força imperial. Uma vez que o Império é um não lugar, e que o choque da multidão também está em todo o lugar, de forma difusa, considera-se então que: *“Império e multidão possuem mecanismos de formação de alguma forma análogos, em sua absoluta diferença e em sua absoluta oposição⁴⁵⁴”*.

A multidão no cenário do império é algo novo, distinto de uma adesão a um contrato social por meio de uma alienação a um representante, que não aceita a cessão de sua potência enquanto multidão em favor de um soberano transcendental. Pretende, ao contrário, apenas dar-se forma política às cooperações e redes de integração sociais que se constituem como energias intelectuais e científicas. A multidão vem como negação da

⁴⁵¹ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003.p.148.

⁴⁵² KOLJEVIĆ, Bogdana. ‘Positive Biopolitics’ in the 21. Century? In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).p.38-39. No mesmo sentido (p.37): Bogdana p.37. *“The common here appears as the significant mark and value created by and with the multitude, and as such does not exclude the concepts of singularity and individuality, but refers to a process in which new subjectivities emerge practically on all levels and in different forms of human creation and action.[...] This way, the “life force” of the multitude is democracy itself which therefore, for Hardt and Negri, also enables the creation of a new legal theory, i.e. of a theory which would be, in the international framework, both postliberal and postsocialist, a concept yet unseen. Claiming that for the articulation of such a new legal theory the traditional concepts of “the public” and “the private” are insufficient,²⁷ the authors argue that “the public interest” needs to be understood as coexistent with the multiplicity of singularities, and sovereignty articulated as democratic sovereignty”*.

⁴⁵³ NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003.p.152.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p.153.

relação entre quem comanda e quem obedece, ao mesmo tempo um ser e um limite ao Império. Vê a sua atuação como a superação de um obstáculo rumo ao comum no processo de êxodo do capitalismo.

Dessa forma, segundo Antonio Negri, teria sido um erro teorizar o poder constituinte antes do conceito de multidão, porque essa é constitutiva não apenas do ser político, mas do próprio ser biopolítico mais amplo. De maneira que se situa no momento de devir da própria história.

De acordo com Alexandre Bernardino Costa, a prática da democracia seria um exercício cotidiano, porém dentro de um processo de inclusão gradual de minorias e de afirmação da igualdade e da liberdade, que poderia harmonicamente conviver com o poder constituído. Assim como caberia ao próprio povo escolher o momento de abertura dessa temporalidade constituinte e definir sua oportunidade⁴⁵⁵.

A proposta de Negri, estaria dentro de uma dimensão de abertura temporal diversificada e como um êxodo do capitalismo, esse já comprometido com o trabalho material e a dialética sujeito-objeto. Nesse sentido, como a democracia dependeria de uma contínua prática, do que não discordaria assim da posição de Alexandre Bernardino Costa, os afetos contínuos não se dariam por uma progressiva inclusão, mas de uma completa inclusão, ou de uma democracia absoluta de afectos ao ponto de não se ‘encaixotar’ mais no sistema jurídico de soberania hierárquica e representativa das práticas modernas.

O caráter de potência do *multitudo* seria absolutamente inclusivo, no qual o paradigma seria o pobre como limite ao dominante. E de caráter instituinte permanente, com a impossibilidade em converter-se em ato de Constituição, de maneira que poder constituinte e poder constituído seriam a mesma coisa em mútua relação formativa. O

⁴⁵⁵ “Ao entender o direito somente como fundamento da violência, do poder constituído, traduz uma faceta que não se coaduna com a democracia que ele mesmo afirma; trazendo ainda, a afirmação de que o direito é contrário ao poder constituinte. Porém, o direito, o constitucionalismo e a democracia afirmaram-se em permanente tensão ao longo da história do poder constituinte. [...] Como poder democrático em expansão sua limitação está ligada à ideia de democracia. Como conceito aberto, sua conformação está vinculada ao seu exercício como inclusão permanente das minorias e excluídos, como afirmação da igualdade e da liberdade. [...] A práxis constitucional dos cidadãos em relação ao ato fundador e sua atualização darão a real dimensão cotidiana do poder constituinte. [...] Uma prática constitucional duradoura e contínua não está associada à ideia de poder constituinte permanente e, tampouco, vinculada a uma instituição estatal que teria delegação para o exercício desse poder. A potência do poder constituinte não é delegada ou permanente. Ao contrário, cumpre ao povo, de forma plural, o seu exercício e a escolha da oportunidade”. COSTA, Alexandre Bernardino; VALLE, Luísa de Pinho. Desafios do Poder Constituinte e da Democracia. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p.102-104.

caráter fundamental seria a força vital biopolítica que promove a sua realidade. Em outras palavras, seria sempre conveniente a permanência de seu amor no tempo cooperativo e desde sempre absolutamente incluído⁴⁵⁶.

Esse sentido de continuidade pode ser melhor compreendido não apenas conforme Spinoza, mas também com Van den Enden, como esclarece Francisco de Guimaraens:

[...] a democracia é a melhor forma de governo porque é a única capaz de se emendar continuamente, de se atualizar continuamente. Esse é um ponto interessante e de um certo modo é a relação que o Negri estabelece entre o poder constituinte e a democracia quando afirma que falar do poder constituinte é falar de democracia. A democracia para Negri é um processo contínuo e aberto de atualização de constituição da potência da multidão como ele vai dizer. Esse processo contínuo, portanto, é o processo democrático, sem finalidade prévia. Processo cuja própria finalidade se constitui no interior desse movimento de constituição da potência. Além disso, afirma Van den Enden que a democracia só é destruída porque aceita internalizar elementos oligárquicos ou monárquicos em sua estrutura institucional⁴⁵⁷.

Na proposição comum da biopolítica, o pensamento de Karl Marx expõe, nesse processo de realização social do trabalhador, a sua superação em termos de realização social e coletiva, que modifica globalmente o próprio estado natural e imediato, alterando, assim a dimensão da experiência e das práticas de tempo e de direito⁴⁵⁸. Assim disse:

⁴⁵⁶ Em outras palavras, como esclarece Francisco de Guimaraens: “Retornemos à questão da potência da multidão: a cooperação e o amor de comunidade são os dispositivos dinâmicos e afetivos essenciais para pensar a constituição da potência da multidão que, portanto, deve ser conservada, porque sem a conservação da potência de multidão é impossível conservar o Estado.[...] Segundo Spinoza a democracia é a forma de governo mais natural, isto é, trata-se da forma de governo que mais convém à potência da multidão, o direito natural coletivo instituinte, a causa instituinte permanente do direito do Estado, que é determinado pela potência da multidão”. GUIMARAENS, Francisco de. *Reflexões sobre o republicanismo democrático a partir de Maquiavel, Van den Enden e Spinoza*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p.91.

⁴⁵⁷ Ibidem, p.87.

⁴⁵⁸ Nesse sentido Frédéric Vandenberghe. “Mas, agora que a própria natureza humana se tornou modificável e opcional, eles acabaram por perceber que não há mais quaisquer barreiras naturais à intervenção artificial e à engenharia tecnológica. Graças à revolução nas tecnociências, os humanos podem agora controlar a evolução humana, alterar a composição biológica dos humanos e de sua prole, e criar literalmente novas espécies que confundem as linhas e os tempos da evolução espontânea. [...]”

[Quando] o trabalho seja 'trabalho atrativo', autorrealização do indivíduo, o que de modo algum significa que seja puro divertimento, pura diversão, como o concebe Fourier de maneira muito superficial e ingênua. Os trabalhos efetivamente livres, p. ex., compor, são justamente trabalhos ao mesmo tempo da maior seriedade e do mais intenso esforço. O trabalho da produção material só pode adquirir tal caráter (1) se seu caráter social é posto, (2) se é simultaneamente trabalho de caráter científico e geral, e não esforço do ser humano como força natural adestrada de maneira determinada, como como sujeito que aparece no processo de produção não só em forma simplesmente natural, emergindo diretamente da natureza [naturwüchsig], mas como atividade que regula todas as forças da natureza⁴⁵⁹.

Nessa vertente, prevalece a interpretação da ampla dominação do capital ao ponto de voltar-se contra o próprio capital. O amplo esvaziamento da força e concepção, seja da lei seja ou do Estado, no processo de expansão do domínio capitalista, com o reconhecimento de um estranhamento tanto institucional como da própria individualidade imediata. Modificação essa alavancada pelo avanço do maquinário tecnológico e da indústria.

Por sua vez, o operariado passa a ser socialmente considerado no sentido de um “indivíduo social” dotado de um “intelecto geral”. Isso representa a transição de um modelo social que, em eventos de resistência, desenvolvem uma “ética comum” contra institucional e voltada em face não mais apenas do Estado, mas do próprio sistema considerado em articulação com o capital. O poder constituinte, assim, em Antonio Negri, é um antipoder, na verdade, constituinte por ser desconstituinte.

Contudo, se quisermos assegurar que a humanidade não destrua as fundações biológicas da civilização, se quisermos, apesar de tudo, salvaguardar a idéia de humanitas e assegurar o futuro da humanidade, parece-me que temos que reinventar a natureza e reintroduzi-la como uma convenção normativa que estabelece os limites de sua reconstrução. [...] Uma vez que as demandas políticas de uma regulação moral das tecnociências serão formuladas e estabelecidas pelo meio da lei, a reforma política será, em todo caso, implementada pela formulação de normas juridicamente vinculantes. Muito embora a luta seja, em última instância, espiritual, ela será travada primeiro como um embate legal”. A terceira natureza. Reflexões sobre o futuro da natureza humana. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012). p. 61 e 69.

⁴⁵⁹ MARX, Karl. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011. p.509.

O momento em que o capitalismo como um sistema baseado na livre-iniciativa e na acumulação de riquezas, como no princípio do liberalismo clássico, passaria a uma emancipação do indivíduo social, com uma inteligência também social que deseja o trabalho como um momento de felicidade e realização pessoal comum. Um sistema do ético e não mais um sistema do capital. Um sistema cooperativo-linguístico, nas bases da transição do valor e da riqueza, de material para imaterial.

Essa é a aposta de uma nova ética do comum, enquanto uma biopolítica positiva (Bogdana Koljević), que deseja novas bases de alegria e afecções pelo trabalho (Spinoza-Negri), ou simplesmente com a felicidade revisitada (Marx-Fourier).

CONCLUSÃO

A proposta nessa tese de confrontação entre pensadores contemporâneos da biopolítica permite apresentar uma outra perspectiva para o direito na qual se desloca uma ideia tradicional no direito constitucional de um poder constituinte originário como mero antecedente lógico e em determinado ponto fixo histórico-concreto. Ao contrário, situa uma dimensão de “potencialidade” contínua, de um sentido cíclico do fazer e refazer da história no momento presente, na forma de potência renovável. Desse modo, melhor se traduziria nessa leitura enquanto um *‘ciclo constituinte permanente’* do biopoder.

Ainda relevante, em pensar a biopolítica no direito, está no afastamento de uma forma teórica de racionalidade puro-prática, para conferir em seu lugar um prestígio à análise das ‘racionalidades’ projetadas ao longo de distintas realidades sociais desde o conceito peculiar e próprio do ‘panoptismo’, ou seja, uma macro engenharia social contemporânea. Com o panoptismo surge uma outra forma de ver o concreto enquanto um conjunto de racionalidades nas quais se amoldam as razões das práticas sociais, ou mesmo as ‘razões de Estado’ - no caso do direito nas jurisprudências - enquanto uma série de verificações arqueológicas que, em conjunto, permitem, ao final, compor um cenário genealógico. O pensar genealógico em Antônio Negri encontra-se no seu conceito de ‘multidão’ e em Giorgio Agamben no conceito de ‘campo’, ambos acompanhando uma trajetória iniciada em Michel Foucault do controle e vigilância relacionados ao panoptismo sendo em Carl Schmitt a ideia de ‘nomos’ de semelhante importância.

Essa noção de *‘ciclo constituinte permanente’* manifesta sua máxima força ou vigor no ‘estado de exceção’. É uma previsão existente também no texto da Constituição Brasileira passível de ser acionada a qualquer momento e tradutora da aplicação da norma pela desaplicação na suspensão de direitos e garantias fundamentais quando o propósito está na defesa dessa própria ordem constitucional. Vigem em tais períodos apenas uma ‘ideia de direito’ como pensado a respeito do pós-positivismo pela primeira vez com Gustav Radbruch. Na prática, contudo, é a força do estado, no seu sentido de Estado Policial, tornada presente na política e no direito com distintas intensidades e formas.

Justificam o acionamento dessa potência de força as demandas geradas por crises ocasionando a promoção do ‘estado de exceção’. De acordo com Giorgio Agamben, esse momento não seria estanque mas possui linhas móveis como uma contínua e progressiva corrente subterrânea da biopolítica, em sempre mais crescente e sempre mais eficiente

difusão de dispositivos e tecnologias de controle e vigilância sociais, capazes de revelar mais apropriadamente uma ‘biopólicia’ cotidiana e capilarizada, pensando-se a polícia menos como violência e mais como controle e regulação da vida em que se excepcionam as regras institucionais de direitos fundamentais grão a grão.

Antônio Negri articula esse sentido de controle e vigilância associando ao capital e ao avanço do maquinário científico, destinado não a facilitar a vida do homem, mas de controlar e regulamentar o seu cotidiano capturando o seu tempo de vida, ao extrapolar o espaço de mais valia do capital no local de trabalho e leva-lo para o ‘tempo’ de dimensão de vida ativa do indivíduo em dominação total. Propõe um ‘amor no tempo’ como contraposição a essa realidade inarredável do capital ter entrado na vida ordinária humana e somente uma postura ética seria capaz de reverter o quadro, com sujeitos tornados ‘monstros inteligentes’ aptos a, em rede, gerar uma ruptura desse biopoder com uma ‘dignidade’ própria e promotora da autofagia desse mesmo capital.

Pensar a biopolítica implica na retirada do foco jurídico no positivismo. Não simplesmente contra um ‘sentido’ formal de positivismo para fazer incluir a ética e a política. Porém com a atenção de Foucault de que no direito, enquanto conjunto de práticas sociais, nunca houve um afastamento do sentido da guerra e biopoder, como uma concepção teórica pura de soberania em Hobbes fazia supor, mas no sentido de pensar a ‘força’, da microfísica do biopoder até a macrofísica de destruição nuclear, como informadores de uma mesma substância para o direito, para o ético e para o político de modo vinculado (Carl Schmitt). Assim, o positivismo, de matriz kelseniana e kantiana, já parte mais adiante no poder já constituído, sem refletir seus pressupostos, e isso não significa a inexistência de tais antecedentes, quando a ‘política é a continuação da guerra por outros meios’, como ‘forças’ existentes de modo pulverizado e fragmentário no todo social. Desde essa postura jusfilosófica implícita constroem-se as teorias de poder e de interpretação, contra os quais a ‘anti-ciência’ de Michel Foucault quer construir seus saberes de conjuração da teoria.

Em todos os seis pensadores centrais na análise biopolítica proposta (Michel Foucault, Carl Schmitt, Walter Benjamin, Giorgio Agamben, Antonio Negri e Michael Hardt) existe um distanciamento do conceito de positivismo e de poder constituído na forma tradicionalmente pensada e amparados por uma ideia de ‘justiça’ teórica. O argumento do político aparece de forma original relacionado ao ponto de partida da análise, vinculado ao caso concreto e à aplicação da lei. Do ponto de vista positivista, isto

é desde o poder constituído, a norma escrita já é capaz de, em sua linguagem, incorporar toda a verdade de um comando decisório. Por sua vez, ao contrário, quando se desvela o argumento biopolítico, vê-se que a norma positiva já é um ‘a posteriori’ de relações sociais previamente coativas e restritivas da interpretação jurídica, sendo o ‘nomos’ e não a ‘norma’ determinante do espaço exegético da lei em sua aplicação.

Encontrar o ‘nomos’, em Michel Foucault, é uma escavação, por ele denominada de ‘arqueologia’ desde a modernidade, partindo dos diversos saberes científicos de ‘normas’ universalistas, com especial ênfase em sua pesquisa a respeito da ‘clínica’, que importam na dessubjetivação recriadora do ‘capital humano’ eficiente e controlado.

Em Michel Foucault é possível trazer novas luzes de biopolítica para a decifração do sentido material dos conceitos de igualdade e liberdade no direito. A igualdade jurídica estaria na própria ‘finitude humana’, centro da medicina moderna, ou seja, em seu sentido biológico puro e na satisfação de necessidades físicas e materiais de um corpo doente e demandante de intervenções contínuas e vigilantes. O poder disciplinar, como articulado desde a modernidade, é voltado para o ‘corpo’ como fenômeno político de docilização por grades microfísicas institucionais de pequenas coerções. Já a liberdade é uma regulamentação de fabricação de subjetividades pela máquina política de dispositivos, enquanto ‘razões de estado’ constituintes tal como fica claro no caso do ordoliberalismo alemão e sua moldura institucional X construída na reestruturação alemã após a segunda guerra mundial, assim como na intenção de produção de ‘sujeitos’ mais eficientes, entendidas como ‘almas do capital’ - do capital produzindo mais capital e solucionando problemas com novas tecnologias. Já no neoliberalismo americano é mais explícito enquanto uma ‘forma de pensar’ a liberdade articulada com uma eficiência econômica e adaptável ao consumo de diversas liberdades estimuladas pelo intervencionismo estatal desde as práticas keynesianas.

Corpo e alma encontram-se envolvidos na modernidade filosófica e reinscrevem-se de modo contínuo e permanente em práticas cotidianas ao assumir o sentido de panoptismo em seus dispositivos de controle. A regulamentação no direito atende a padrões de ‘simbiose’ entre corpo-mente-capital.

A fonte do ‘direito público’, afirmou Michel Foucault, encontra-se na historicidade e concretude desse mesmo direito, ao contrário do que prega a doutrina do poder constituinte tradicional na forma de um momento histórico passado. As instituições, pensa Foucault, asseguram-se por meio do poder disciplinar. O argumento

biopolítico revela a estabilidade institucional, em suas palavras ‘homeostase’, com uma máquina em alta e constante operosidade e eficiência nas diversas racionalidades e práticas do panoptismo. Desse modo, com Foucault cria-se essa ‘consciência’ e ao invés de alijá-la do debate enquanto uma fenômeno ‘não jurídico’, demonstra a sua presença nas práticas de poder, como no caso jurídico, na forma de saberes e ciências em articulação de verdades.

O liberalismo apresenta-se como fórmula econômica tanto das práticas políticas para a aferição de um governo eficiente ou ineficiente, como para gerir os perigos dos indivíduos pensados coletivamente, desde suas doenças até a intervenção e gestão de crises e perigos econômicos, no contexto de uma cultura de medo a demandar uma cada vez mais ampla e contínua vigilância e controle. Torna os diversos aspectos da vida biológica passíveis de controle: doença, loucura, criminalidade, sexualidade, dentre outros, na prática de discursos de verdade ou falsidade por meio dos quais se exerce o biopoder e justificam sua penetração.

Um pouco distinta é uma leitura de biopoder em Carl Schmitt, relacionada a uma plêiade de questões de força mais em sentido macro, associadas à guerra no sentido físico mais radical (não microfísico ou institucional) e, ao mesmo tempo, existencial e coletivo de aspecto substancial. Nas lições de Bogdana Koljević, poderia ser pensada enquanto ‘biopolítica negativa’. O sentido de historicidade também existe porém vinculado a uma ideia de evolução de direito mítico em progressiva expansão sobre todo o globo. Articula uma espécie de ‘genealogia’, contudo, pensando o direito público desde o critério decisivo da guerra enquanto decisão fundamental de um Estado, antecedendo-o e definindo-o.

Ora, verifica a existência de um sentido histórico desde o momento em que foi possível, em uma era pré-global, em definir um ‘iustus hostis’, ou um inimigo justo. Isso legitimaria, sobretudo, o uso de tratados em direito público entre Estados impedindo a aniquilação total do inimigo. Viu no período seguinte de sua trajetória, na ‘República Cristã’, a articulação generalizada do globo apoiada no suporte mítico-religioso, de uma luta contra inimigos da cristandade tendo como exemplo as cruzadas. Porém, na modernidade, viu um ‘jus publicum europaeum’ no qual a Europa surge na saída da idade média com um sentido de dominação fora do território europeu e, dentro de suas fronteiras, com delimitações do direito de guerra pensando seus inimigos-irmãos como possíveis negociadores de tratados de paz e fora da Europa em dimensões de hierarquia e

superioridade. Situação essa, todavia, alterada no século XX, quando os muros europeus tornam o globo como um território de igual 'status' jurídico somado à importância geopolítica conferida aos Estados Unidos da América e, muito embora não tenha mencionado a União Soviética, poderia tê-lo feito porque cada um desses novos dois eixos político-econômicos exerceram, ou exercem, suas forças de influência sobre distintos territórios externos a eles. Tal mudança implicou na primeira guerra mundial, com uma noção diferenciada de 'iustus hostis' não mais europeu como desenhado desde a modernidade, ou ainda, desde um 'direito de gentes' mais longínquo ou com um 'ius publicum europaeum', sobretudo em razão da potencialização das tecnologias de ar e mar de dimensões de destruição total ao ponto da guerra nuclear como nova arma. Alterações essas que sustentaram a sua ideia de ter-se, contemporaneamente, não simplesmente um direito de terra, mas um direito de 'mar', caracterizando o inimigo como 'pirata', destituído de direitos de território ou cidadania, e tendo por centro ou núcleo de interesse as rotas comerciais marítimas e seu combate ou destruição.

Mas as peculiaridades em Carl Schmitt não param por aí. Na transição entre o período medieval para o constitucionalismo apresenta sua profunda crítica ao liberalismo por sua excessiva neutralização ou despolitização das decisões políticas. Se a reforma trouxe uma pluralidade de pensamentos religiosos retirando a centralidade do catolicismo romano, por sua vez, o regime jurídico que surgiu em sequência à Idade Média, ao contrário de um racionalismo puro, deu origem a uma secularização de uma política persistentemente mítica e não laica como se afirma. A diferença seria quanto a existência de um parlamento no lugar da nobreza e clero, assumindo as questões políticas carecedoras de decisão, povoando-as em longos debates incapazes de tomar decisões sempre adiadas. Contrariamente a isso, Carl Schmitt reafirma a necessidade de decisão e, desde seu ponto de vista da guerra, enxerga a necessidade de uma decisão fundamental prévia à fundação normativa de uma constituição estatal. O 'nomos' antecede ao direito constituído e tem sua forma mais pura no 'Estado de Exceção', aplicando as determinações existenciais anteriormente ao estabelecimento das formas jurídicas e dos poderes institucionalizados. Não menciona uma lógica institucional microfísica de panoptismo como em Bentham e Foucault, mas reconhece o 'nomos' como substância mítica, existencial e política definidora do conteúdo das instituições de Estado. Portanto, a unidade mítica existente desde o catolicismo romano não é perdida com o advento da

modernidade e com o ‘ius publicum europaeum’, mas preservada como antecedente material necessário para o seu estabelecimento dialético-prático.

A ressalva, porém, está na mudança de orientação pela qual se passou. Se antes, ao longo da história e formação do ‘direito de gentes’, houve um direito mítico da ‘terra’, com a definição do sagrado a partir de sua ‘fertilidade-lavoura-cercamento’, a atual fase caracteriza-se pela ‘terra’ e ‘mar’, sobretudo ‘mar’, em razão do conhecimento mais preciso do globo e do núcleo do político não ser mais o contorno territorial, mas os títulos jurídicos. A ambiguidade do conceito de ‘nacionalidade’ e a necessidade de decisão diante de um direito visto como neutro, ou apropriável por um soberano, serão as marcas dessa biopolítica negativa existencial que surgiu associada ao fascismo e nazismo.

Em Carl Schmitt a dimensão mítica do direito também assume uma ‘circularidade constituinte’. Se o direito define-se desde a terra, e o mar é um lugar de navegação e ambiguidade, a oscilação entre terra e mar, ou entre direito e ambiguidade decisório-realista fática, abre o espaço de soberania em que regra e exceção, ou poder constituído e poder constituinte, transitam em atualidade e presença. Se o poder constituído não satisfaz a crise política torna-se ocasião de mítica e soberanamente solucionar o concreto enquanto manifestação não lógico-formal, mas manifesta um recomeço cíclico das estruturas de poder, entendido então o direito como uma ideia suspensa e readquirida em toda sua coesão e unidade a partir desse direito público fundamental de força inicial, o qual justifica e confere a validade democrática da Constituição e dos atos legais e normativos hierarquicamente subordinados. Em Michel Foucault existe a noção de circularidade do poder constituinte ‘microfísica’, porém com Carl Schmitt é mítico-decisória, contudo, ‘soberana’.

O aspecto ‘fictício’ do Estado de Exceção já representa uma forma distinta de articulação com o real. O direito não pode prescindir mais da filosofia para articular a capacidade de compreensão do mundo e de sua própria linguagem jurídica, porque já inscreve suas práticas na consciência do real. O ‘real’ é uma crise com a abertura de um espaço anômico. A suspensão de direitos, cuja finalidade é a preservação desses mesmos direitos suspensos, atende a necessidades e crises ‘reais-fictícias’. A realidade da força necessária para solucionar tais crises, absorvendo a força do direito, sem direito, assume as feições míticas secularizadas da modernidade e incapazes de negar sua matriz. Essa realidade representa a própria mítica ingressa no direito na formula do ‘Estado de Exceção’ cuja manifestação articula, também, de modo explícito a soberania permanente.

É importante destacar a leitura de Giorgio Agamben a respeito do chamado ‘debate esotérico’ entre Schmitt-Benjamin. Em Walter Benjamin igualmente é notada a circularidade no direito, porém relacionada a uma constatação, diante dessa repetição mítica, de impossibilidade de decisão. Ora, se existe uma violência a respeito da qual o direito se apropria, então a noção de justiça é impossível de ser alcançada e o exercício da violência consistiria numa exceção não simplesmente à ‘norma’ enquanto ordenamento jurídico, mas sim em estado efetivo de exceção inabilitando o soberano em decidir porque fora da norma linguisticamente considerada no texto normativo. Reduz-se, portanto, a uma mera escrita sem possibilidade de chave de decifração, logo é mero poder exercido sobre a vida destituído de qualquer direito. Razão pela qual se assemelha à catástrofe barroca, na qual é impossível ter-se a solidez para decidir.

Dessa maneira, Walter Benjamin igualmente reconhece a circularidade no direito, contudo a forma de sair dela não é uma referência ao direito que se suspende em estado de exceção com uma ‘ideia de justiça’. Ao contrário, sua crítica para sair da circularidade constituinte está em criticar essa violência do ‘nomos’, seja na impossibilidade de seus pressupostos (fundamentação), seja na impossibilidade de sua conservação (preservação anômica no estado de exceção).

Por sua vez, se Carl Schmitt dá especial atenção ao direito mítico associado à terra e sua tomada, com Walter Benjamin existe mais propriamente uma crítica intensa ao direito, e já em Giorgio Agamben existe um alerta ao ‘problema jurídico’. Chama atenção sua análise da figura do refugiado e dos apátridas enquanto referencial por excelência da biopolítica. São aqueles, justamente, que não possuem a sua vinculação a uma terra a conferir-lhes nacionalidade e proteção específica de um ‘status’ jurídico protetivo, desterrados no mar biopolítico e autêntico paradigma da modernidade. Sem a proteção seja de um território ou de um título jurídico estatal de nacionalidade, será apenas por sua vida nua que terá importância. Desse modo, a ‘zoé’, ou vida nua, ingressa na política no lugar da ‘bíos’.

Essa relevância da simples ‘vida sacra’ gradualmente vai fortalecendo sua presença no contexto contemporâneo. Movimento esse sentido desde a anátomo-política de controle dos corpos, como já apresentado por Michel Foucault, considerados não mais como referidos a sujeitos autônomos, kantianamente, mas crivados por dispositivos e figuras de controle e comando de um tipo específico de subjetividade entendida, ou conforme disse Agamben, como um “morto vivente”. A figura apresentada é o ‘homo

sacer’, isto é, uma condição de possibilidade de morte ou abandono de proteção aos indivíduos em irrelevância e banalização no cotidiano.

A essa indiscernibilidade entre vida-morte, e juridicamente protegido e necessidades fáticas (ou fático-jurídico) Giorgio Agamben reunifica no conceito de ‘campo’. Uma questão geradora de usufruto pela política da própria vida, com uma grande fluidez e desproteção jurídico, daquilo passível de ser soberanamente estipulado dentro ou fora do conteúdo da normas jurídicas. Um exemplo está justamente, nos saberes médicos – como já advertia Michel Foucault – chegando em Agamben no paradigma dos campos de concentração praticados na segunda guerra mundial, assim como no diagnóstico médico da vida humana com a decisão da morte cerebral em salas de animação, como casos de ‘campos’ e de ambiguidade para manifestação soberana de biopoder decidindo-se a respeito daquele que vive ou morre.

Se Michel Foucault considerou a existência de um conjunto de forças microfísicas assecratórias de um poder constituído, há, por sua vez, em Agamben, a noção de ‘máquina antropológica do Ocidente’ enquanto um conjunto de dispositivos ou tecnologias, inspirados no panoptismo benthaminiano, aptos a criar subjetividades assujeitadas por um biopoder. Tais teriam a força, inclusive, de captar a inoperosidade, de modo que, a única a forma de lidar com esse poder seria profanar a atualidade desses mecanismos de controle e vigilância da vida, assim, com a produção de novos usos dessas ferramentas. Isso implicaria em considerar a mítica do direito com um novo sentido profano em outros usos.

O ciclo constituinte em Giorgio Agamben ganha ares de pessimismo como círculos que não se fecham e ampliam o seu raio ao longo da noção de progresso da racionalidade. A história não acontece como na figura de Walter Benjamin e a distinção entre o Anjo da História e o Anjo do Progresso, esse cíclico, aquele fora do ciclo aguardando seu momento de manifestação com indiferença para todo saber e direito.

A ideia jurídica de um ‘ciclo constituinte permanente’ nos quatro autores já apresentados também faz-se presente na concepção de ‘multidão’ e de ‘império’ de Michael Hardt e Antônio Negri. Apresentam uma forma de ‘biopolítica positiva’ enquanto ruptura desse ciclo (termo de Bogdana Koljević), cuja inspiração é marxista e leva em conta o conceito de trabalho imaterial (Maurizio Lazzarato). Uma das grandes virtudes desse modelo teórico é lançar luzes compreensivas a respeito de movimentos sociais contemporâneos distintos como “Seattle em 1999”, primavera árabe, 15-M na

Espanha, “occupy Wall Street”, os quais se espalham pelo mundo e no Brasil com as manifestações de junho de 2013. Trouxe uma demanda relevante em repensar a política.

A rigor, a doutrina jurídica já vem tentando, fora da biopolítica, e como anteriormente colocado em sentido teórico de justiça, ingressar com uma postura de inserção ética no direito. O pós-positivismo aceita a importância de questionar a respeito das decisões políticas que se encontram fora do âmbito normativo estrito (Dieter Grimm); seja enquanto uma demanda do judiciário quanto a um sentido comum de pertencimento e unificação constitucional (Luigi Ferrajoli); seja com um sentido de lacuna de democracia ou ‘gap’ a ser preenchido por meio de práticas de constante porvir (Lasse Thomassen e Jacques Derrida); seja na construção de um sentido de subjetividade constitucional em compartilhamento de valores e articulação subjetiva do ‘self’ (Michel Rosenfeld). Interessante é a posição de Mark Tushnet ao falar de um sentido de controle de constitucionalidade ‘forte’ com maior presença do judiciário em razão de um legislativo menos representativo, sendo criticado, por exemplo, por Jeremy Waldron em sua crença de um retorno à dignidade do poder legislativo. Nota-se, pois, uma pretensão do judiciário em incorporar valores e, assim, aceitar uma prática jurisprudencial afeta ao sentido de justiça que as teorias jurídicas investigam e, como entendem seus defensores, refletem com uma base axiológica e valorativa no constitucionalismo. Todavia, o problema ético estaria relacionado ao capital.

A posição de Michael Hardt e Antonio Negri está no questionamento a respeito do tipo contemporâneo de ‘capitalismo’ na forma de ‘trabalho imaterial’. Essa nova postura, de modo distinto do pós-positivismo, analisa o problema de uma ética relacionada em outra sorte de questões que escapam ao direito, então direcionadas ao capital. Nessa ambiência atual do ‘pós-fordismo’, com a flexibilização das relações laborais, já seria possível pensar com Marx uma crítica de materialismo distinta do ‘valor de troca’ e direcionada ao ‘valor de uso’. Ou seja, não mais uma relação sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito, repensando uma ética comum de resistência ao capital. A novidade estaria na figura do intelecto geral enquanto uma capacidade de, em rede e cooperação, trazer críticas múltiplas e distintas, as quais, em unidade, são capazes de oferecer uma conjunta resistência em ‘forma-disforme’ de multidão.

Assim, a sua crítica é contrária ao capitalismo, sobretudo, financeiro por sua vampirização e endividamento enquanto nova forma de extração de ‘mais valia’ e de assujeitamento da subjetividade. Revela uma realidade contemporânea de crescente perda

de legitimidade do legislativo e com demandas vindas ‘de baixo’. Uma reunificação de potências, articuladas abstrata e desmaterializadamente na construção de um novo modelo de democracia e ‘bioexistência’ (Roberto Esposito e Luiz Sáez Rueda).

A aposta de poder constituinte, assim, está na crença da construção biopolítica de uma nova realidade social, desvinculada de um capitalismo financeiro, para um novo tipo de relação distinta de ‘patrão-empregado do trabalho clássico contra a qual Karl Marx pensou, mas em forma de ‘atividade’ com uma felicidade incorporada em toda a vida, portanto biopolítica, porque associa o tempo de vida com o tempo de trabalho e reconfigura realidade social. Uma multidão e não um povo organizado linearmente dentro do modelo representativo e unitário de Hobbes, mas um fazer-se diante de um império de um capitalismo contemporâneo.

Desse modo, pode-se notar em Antonio Negri e Michael Hardt uma vinculação a um ‘ciclo constituinte permanente’ ao capitalismo que, com o avançar das tecnologias e do maquinário - aliás constatações essas já previstas em Karl Marx (*Gründrisse*) - teria uma nova forma de poder constituinte gradual oferecendo resistência e novas demandas sistêmicas, com um sentido comum de ruptura na relação entre ‘império’ vs. ‘multidão’.

Refletir a respeito da biopolítica revelou a diferença em pensar o poder constituinte em dualidade ao poder constituído, contrariamente, portanto, à noção de uma energia inicial que implica na elaboração de uma Constituição e seu tecido normativo do ordenamento jurídico. Ao contrário, essa força persiste nos dispositivos e como coerções microfísicas em auto alimentação de modo capilar e fragmentário nos saberes sociais pulsando como uma corrente elétrica que transita na rede de relações sociais enquanto um ‘ciclo constituinte permanente’.

Essa força energética de ‘poder constituinte’ apresentará distintas leituras. Em Michel Foucault isso exige pensar o direito público anterior à constituição de uma Estado Constitucional Liberal, desde seus momentos históricos e concretos alongados no tempo, e suas instituições imantadas por uma racionalidade de panoptismo, e as práticas ordoliberalis. Em Carl Schmitt há a explicitação de um ‘nomos’ e de um existencialismo biopolítico e mítico que fundamentam e conservam o direito, inclusive podendo suspender a ordem jurídica no estado de exceção. Em Walter Benjamin estará na postura barroca, como uma posição estética de indecidibilidade. Em Giorgio Agamben estará como uma crítica ao biopoder enquanto uma tecnologia inevitável e expansiva a exigir um alerta constante contra essa vigilância e controle que suspendem direitos e garantias

fundamentais e se interessam pelo paradigma do ‘campo’ sem um prognóstico positivo para além de novos usos. E, por fim, em Antônio Negri e Michael Hardt o ciclo permanente está associada ao capitalismo, mas esse mesmo avanço das tecnologias volta-se contra o próprio capital e gera a potência de ruptura rumo a um novo sistema para além do capitalismo no qual vivemos.

O pós-positivismo revelou uma relação entre ética e direito, mas a biopolítica pensa a relação entre política e direito que, nesse segundo momento jurídico, reafirma seu compromisso ético já político em sentido mais denso e profundo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *Transformações do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Trad. Julia Sichieri Moura e Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: del rey. 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: boitempo. 2004.

_____. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002.

ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras: e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: forense. 2006.

BANDEIRA, Raphael Greco. *Princípio Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana: uma abordagem para reflexões filosóficas sobre a fundamentação da validade e da ética*. Brasília: UNB/PPG-Fil. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: saraiva. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: azougue editorial. 2004.

BERT, Jean-François. *Pensar com Michel Foucault*. São Paulo: parábola. 2013.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: campus. 1991.

BORON, Atílio. *Imperio & Imperialismo: una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri*. Buenos Aires: clacso. 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 25/05/2008. Publicado em 28/05/2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 27/05/2009. Publicado em 06/11/2009.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado em 14/10/2011.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento em 29/04/2010. Publicado em 06/08/2010.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26/04/2012. Acórdão não Publicado.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus nº 83.996-7/RJ. Relator Ministro Carlo Velloso. Julgamento em 17/08/2004. Publicado em 26/08/2005.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 597.285/RS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 09/05/2012. Publicado em 18/03/2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: revista dos tribunais. Ano 4. N. 15. Abril-Junho de 1996.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: elementos para una definición*. In: 20 anos da Constituição Brasileira. Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi. São Paulo: Saraiva. 2009.

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: autêntica. 2012.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Comunidade, Constitucionalismo e Democracia*. p.104. In: Revista Humanidades nº 57. Brasília: editora universidade de Brasília. Agosto 2010.

COCCO, Giuseppe; NEGRI, Antônio. *Para sair da apatia*. Obtida via internet. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/prosa/post.asp?t=para_sair_da_apatia&cod_Post=105548&a=96>. Acesso em: 05 de agosto 2011.

COSTA, Alexandre Bernardino; VALLE, Luísa de Pinho. *Desafios do Poder Constituinte e da Democracia*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).

DANIELS, Mônica. *Corporeidades e espaço urbano em Foucault*. In: MILOVIC, Miroslav (org.) *Sociedade e diferença*. Brasília: casa das musas. 2006.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: brasiliense. 2005.

_____. *O abecedário de Gilles Deleuze*. <<http://stoa.usp.br/prodsubjeduc/files/262/1015/Abecedario+G.+Deleuze.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2013.

DERRIDA, Jacques. *Declarations of independence*. In: *Negotiations: interventions and interviews*. 1971-2001. Stanford: Stanford University Press. p.46. 2002.

DÍAZ, Esther. *A filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: editora unesp. 2012.

DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna: società editrice il mulino. 1994.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: forense universitária. 2013.

DUCOS, Michele. *Roma e o Direito*. São Paulo: Madras. 2007.

DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben: a critical introduction*. Califórnia: stanford university press. 2009.

DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidad y eurocentrismo*. <<http://www.enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>>. Acesso em: 03 de setembro de 2013.

DYMETMAN, Annie. *Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção*. In: Lua nova: Revista Cultura e Política nº 53. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho*. In: Neoconstitucionalismo(s). Trotta. 2003.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFM; Rio de Janeiro: IUPERJ. 2004.

FILHO, Agassiz Almeida. *10 Lições sobre Carl Schmitt*. Petrópolis, RJ: vozes. 2014.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora. 2003.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: martins fontes. 2010.

_____. *Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)*. São Paulo: martins fontes. 2008.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013

GUIMARAENS, Francisco de. *Reflexões sobre o republicanismo democrático a partir de Maquiavel, Van den Enden e Spinoza*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: del rey. 2006.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Multidão - guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: mestre jou. 1968.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: sergio antonio fabris. 1991.

IBARRA, Andrés Rodríguez. *Uma relação sempre atual: a liberdade recalcitrante de Michel Foucault*. Curitiba: editora CRV. 2010.p.60-61.

KALYVAS, Andreas. *Democracy and Politics or the Extraordinary*. Cambridge: Cambridge University Press. 2008.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: edipro. 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes. 1999.

KOLJEVIĆ, Bogdana. 'Positive Biopolitics' in the 21. Century? In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: fundação calouste gulbenkian. 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é a Constituição?* Tradução Walter Stöner. São Paulo: edições e publicações brasil. 1933. Disponível em <www.ebooksbrasil.com>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

MARRAMAIO, Giacomo. *Poder e Secularização: as categorias do tempo*. São Paulo: unesp. 1995.

MARX, Karl. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política*. São Paulo: boitempo. Rio de Janeiro: ed. UFRJ. 2011.

MILOVIC, Miroslav. *Ontologia dos monstros – Antonio Negri e as questões sobre a política e imanência*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).

MOUFFE, Chantal. *O regresso do político*. Lisboa: gradiva. 1996.

NASCIMENTO, Wanderson Flor do. *Entre a subjetividade e a diferença: notas foucaultianas*. In: MILOVIC, Miroslav (org.) *Sociedade e diferença*. Brasília: casa das musas. 2006.

NEGRI, A. *Cinco lições sobre Império*. Rio de Janeiro. DP&A. 2003.

_____. *Il mostro político. Nuda vita e potenza*. In: FADINI, U.; negri. A.; WOLFE, C. *Desiderio del Mostro*. Roma: manifestolibri. 2001.

_____. *O poder constituinte*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. 2ªed. Rio de Janeiro: Campus. 2000.

POSNER, Richard. *Against Constitutional Theory*. New York University Law Review, v. 73. n.1. 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins fontes. 2004.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto (versão em aula, com publicação em: Belo Horizonte: Mandamentos. 2003).

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social* (Os pensadores). Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: abril cultural. 1978.

RUEDA, Luis Sáez. *Bioexistencia Ontopolítica del vacío em Occidente Enfermo*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília: EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: lúmen júris. 2009.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Trad. Rafael Agapito. Madrid: alianza editorial. 2009.

_____. *El nomos de la tierra: em el derecho de gentes del 'jus publicum europaeum'*. Buenos Aires: 2005.

_____. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: alianza editorial. 1996.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. *Leituras de Walter Benjamin*. São Paulo: FAPESP: Annablume. 2007.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: folha de são Paulo. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O fenômeno constitucional e suas três forças*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: lúmen júris. 2008.

SOLA, Juan V. *The Influence of Keynesian Economics in Judicial Decisions*. Disponível em: <http://capitalism.columbia.edu/files/ccs/CCSWP57_Sola.pdf> Último acesso em 26 de março de 2014.

STEIL, Benn. *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*. Princetown University Press: 2013. Disponível em: <<http://www.press.princeton.edu/chapters/s9925.pdf>>. Acesso em 1 de setembro de 2014.

TAYLOR, Charles. *Hegel's ambiguous legacy for modern liberalism*. *Cardozo Law Review*, 10: p.857-870. 1989.

THOMASSEN, Lasse. “*A bizarre, even opaque practice*”: *Habermas on constitutionalism and democracy*. In: *The Derrida-Habermas reader*. Chicago: chicao university press. 2006.

TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. *Michigan Law Review*, Agosto, 101, 8: p. 2781-2802. 2003.

VANDENBERGHE, Frédéric, *A terceira natureza. Reflexões sobre o futuro da natureza humana*. In: Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica. Brasília:EAGU. Ano IV, n. 17 (abril/2012).

VOLTAIRE. *O mundano*. Disponível em: <http://www.voltaire-integral.com/Html/10/23_Mondain.html>. Acesso em: 10 de agosto de 2011.

YAZBEK, André Constantino. *10 Lições sobre Foucault*. Petrópolis, RJ: vozes. 2013.

WALDRON, Jeremy. *Judicial review and the conditions of democracy*. The Journal of political philosophy, v. 6, n.4, p. 335-355. 1998.

ŽIŽEK, Slavoj. *Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010