

OS PARADOXOS DA SOBERANIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO RESISTÊNCIA

Bárbara Lou da Costa Veloso Dias¹

Farah Malcher²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar os paradoxos produzidos pelas teorias da razão de Estado clássica e da soberania com o fito de apontar para a necessária reconstrução discursiva dos direitos fundamentais. O debate sobre governamentalidade e o exercício da biopolítica na reconstrução da racionalidade jurídica moderna foi baseado no referencial teórico de Michel Foucault. Soma-se a tal reflexão, a associação que Agamben estabelece entre Exceção Soberana e o controle da via nua. Para Agamben o núcleo que sustenta e justifica a criação de direitos está intrinsecamente relacionado ao núcleo que suspende direitos. Assim podemos afirmar que o controle da vida está por detrás tanto da função histórica das declarações de direitos, assim como as figuras do campo de concentração e do refugiado. Finalmente consideramos que para que produzam autonomia e emancipação política dos sujeitos os direitos fundamentais precisam ser redimensionados como discursos de resistência.

Palavras-Chave: Soberania. Biopoder. Direitos Fundamentais.

RÉSUMÉ : Les paradoxes de la souveraineté et les droits fondamentaux en tant que résistance

Cet article a pour objectif analyser les paradoxes produits par les théories de la raison d'État classique et de la souveraineté pour mettre au jour la nécessaire reconstruction des fondations discursives concernant les droits fondamentaux. Le débat sur la gouvernementalité et l'exercice de la biopolitique dans la reconstruction de la rationalité juridique moderne s'est fondée sur les travaux de Michel Foucault. S'ajoute à cette réflexion l'association faite par

¹Doutora em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Professora da Graduação e do PPG em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

² Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Especialista em Ciências Forenses. Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Agamben entre l'exception souveraine et le contrôle de la vie nue. Pour Agamben, le groupe de ceux qui promeuvent et justifient la création de droits est lié intrinsèquement à celui qui suspend ces mêmes droits. Ainsi, nous pouvons affirmer que le contrôle de la vie se trouve en arrière-plan de la fonction historique des déclarations de droits, ainsi que des figures du camp de concentration et du réfugié. Enfin, nous considérons que pour que les droits fondamentaux produisent l'autonomie et l'émancipation des sujets, ils doivent être redimensionnés en tant que discours de résistance.

Mots-Clés: Souveraineté. Biopouvoir. Droits fondamentaux.

INTRODUÇÃO

Para o constitucionalismo do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais são a expressão positivada dos direitos do homem e do cidadão. E como tais, estão inscritos nas constituições e fundamentam os Estados Democráticos Contemporâneos.

A razão clássica da teoria contratualista do Estado, com raízes na teoria hobbesiana, afirma que tais direitos, por sua vez, têm fundamento no contrato social, enquanto vínculo político-jurídico originário do Estado Nacional.

Na visão de Ferrajoli (2011) a ideia do pacto social, que alude ao consenso dos contraentes, tem como causa e razão precisas a tutela dos direitos fundamentais, cuja violação pelo soberano legitima a ruptura do acordo, bem como, o exercício do direito de resistência pelos súditos.

Para aquele autor, os direitos fundamentais são o conteúdo do pacto constituinte, conforme o paradigma de Hobbes, expresso pelo direito à vida e à sua inviolabilidade, de cuja tutela depende a justificação da superação do estado de natureza e a construção do grande *Leviatã*, em vista da proteção e defesa da vida, para a qual foi concebido.

“Nasce com Hobbes à configuração do Estado como esfera pública instituída para a garantia da paz e, juntamente, dos direitos fundamentais”. (FERRAJOLI, 2011, P. 29).

Assim, os dispositivos do biopoder estão articulados na relação da soberania com direitos de base contratual.

Aqui, no presente artigo, gostaríamos de apresentar o processo de produção discursivo que foi responsável pela consolidação da articulação acima mencionada. Com vistas a esse fim, buscamos apresentar uma síntese das principais ideias de Foucault e Agamben acerca da origem e consolidação do poder soberano, em oposição à teoria clássica da soberania.

Na análise da gênese do discurso sobre o poder soberano, utilizamos o método genealógico de Foucault, a fim de fazer emergir os saberes sujeitados que permaneceram

ocultos ao longo da construção teórica clássica do conceito de soberania, consubstanciado no pacto social, e que teria justificado, no século XVIII, a introdução da natureza humana e de seus direitos no discurso jurídico.

1. BIOPODER: A NOVA ARTE DE GOVERNAR DO ESTADO SOBERANO

Tendo destinado grande parte de seus estudos à análise discursiva sobre o poder e de como este se relaciona com a “governamentalidade” – termo pelo qual intitula a nova arte de governar dos Estados Modernos, cuja forma característica de exercício é o biopoder ou biopolítica -, Foucault desenvolveu sua própria concepção acerca da origem do estado soberano e da razão da prática governamental no exercício da soberania política.

Por biopolítica, define como sendo a maneira como se procurou, desde o século XVIII, (2008, p.430): “racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças... [...]”.

Para o autor (2010), a teoria clássica da soberania, ou o modelo jurídico da soberania, centrado na ideia do contrato social pactuado entre Estado e cidadãos, sob a forma de um vínculo jurídico, não se adapta a uma análise concreta da multiplicidade das relações de poder que se estabeleceram entre o soberano e seus respectivos súditos, a partir daquele século.

Afirma que, na tentativa de constituir um ciclo do sujeito identitário moderno, a teoria clássica do contratualismo encobriu, de um lado, como o sujeito, entendido como o indivíduo capaz de direitos e obrigações, pode e deve se tornar o sujeito, mas, desta vez, entendido como um elemento sujeitado em uma relação de poder.

Pela visão foucaultiana, a teoria jurídica da soberania estaria pautada em um tríplice primitivismo: o sujeito que deve ser sujeitado; o da unidade do poder que decorre de uma lei geral; e o da consequente legitimidade, que deve ser respeitada. Sujeito, unidade do poder e lei. Esses seriam os elementos da teoria clássica da soberania.

Sob tal perspectiva, Foucault buscou desatrelar a análise do poder soberano dessa tríplice preliminar, com o escopo de fazer emergir as relações de dominação e seus operadores, no que elas têm de factual e efetivo.

“Portanto, não perguntar aos sujeitos como, por que, em nome de que direito eles podem aceitar deixar-se sujeitar, mas mostrar como são as relações de sujeição efetivas que fabricam sujeitos”. (2010, p. 38).

Em outras palavras, para analisarmos eficazmente a mecânica das relações de poder, não se pode tomá-lo como uma unidade global, mas sim, precisamos analisar sua atuação e os aparelhos nos quais ele se apoia. Como o poder se constitui e a partir de que multiplicidade de sujeições.

Trata-se, portanto, de uma análise das estruturas de poder como estratégias globais e dos processos de subjetivação que o poder implica. Nas palavras de Foucault (2010):

[...] em vez da tríplice preliminar da lei, da unidade e do sujeito – que faz da soberania a fonte do poder e o fundamento das instituições –, eu acho que temos que adotar ponto de vista tríplice das técnicas, da heterogeneidade das técnicas e de seus efeitos de sujeição, que fazem dos procedimentos de dominação a trama efetiva das relações de poder e dos grandes aparelhos de poder. A fabricação dos sujeitos muito mais do que a gênese do soberano: aí está o tema geral. [...]. (FOUCAULT, 2010, p. 39).

É sob essa ótica que analisa a transição do Estado feudal para o liberal, entre os séculos XVII e XVIII, marcada pelo aparecimento de uma nova mecânica do poder, com procedimentos particulares e aparelhagem própria.

Enquanto na sociedade feudal o poder exercia-se nos limites da relação entre soberano e súdito, com o advento do Estado Liberal, a nova mecânica de poder passa a incidir, primeiramente, sobre os corpos e seus atos, em um tipo de poder que visava extrair dos corpos tempo e trabalho.

Descreve Foucault:

É um tipo de poder que pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano, e define uma nova economia de poder cujo princípio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita. (2010, p.31).

Esse tipo de poder, que não mais pode ser transcrito nos termos na soberania, constituiu-se em uma das grandes inovações da sociedade burguesa e em um dos instrumentos essenciais para a implantação do capitalismo industrial e da sociedade correlata àquele modo de produção.

O sistema jurídico, nesse cenário, surge para legitimar os sistemas de coerção aplicados às sociedades modernas do século XIX, exercendo-se através de mecanismos de dominação do corpo social, mantendo-o atado por uma trama cerrada de coerções disciplinares que lhe garantem a coesão.

Nesse contexto, para Foucault, a organização de um código jurídico centrado na sociedade, permitiu sobrepor aos mecanismos de disciplina um sistema de direitos que, na verdade, mascarava tais procedimentos de dominação e disciplina, sob a forma de um estado soberano.

Segundo o autor:

[...] Em outras palavras, os sistemas jurídicos, sejam as teorias, sejam os códigos, permitiram uma democratização da soberania, a implantação de um direito público articulado a partir da soberania coletiva, no mesmo momento, na medida em que e porque essa democratização da soberania se encontrava lastrada em profundidade pelos mecanismos de coerção disciplinar. De uma forma mais densa, poderíamos dizer o seguinte: uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismos de dominação e ser escondidas como exercício efetivo de poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciais, a teoria da soberania. (2010, p. 32-33).

No final da Idade Média, vigorava o discurso da soberania, das raças, do enfrentamento das raças pelas nações e suas leis. Havia uma identificação implícita entre soberano e súdito, que se achavam identificados na unidade da cidade, da nação, do Estado. O povo era subjugado ao seu monarca.

É nesse cenário que o discurso da luta das raças emerge como o discurso dos subjugados, cuja origem está no deslocamento da consciência histórica da sociedade nos séculos XVI e XVII, - antes centrada na soberania -, para a revolução e aos ideais de libertação.

Em meados do século XIX, a noção de luta de raças, todavia, é substituída pela noção de luta de classes, mas com uma recodificação não em termos de luta de classes, e sim, de luta de raças, em um sentido biológico-médico do termo.

[...] o Estado não é o instrumento de uma raça contra a outra, mas é, e deve ser, o protetor da integridade, da superioridade e da pureza da raça. A ideia de pureza da raça, com tudo o que comporta a um só tempo de monástico, de estatal e biológico, será aquela que vai substituir a ideia da luta das raças. (2010, p. 68).

Foucault precisa o momento do nascimento do racismo: quando o tema da pureza da raça toma o lugar da luta de raças, no que denomina de racismo biológico, que modifica o discurso revolucionário pelo avesso.

Ao transformar o discurso da luta das raças, o Estado soberano visava barrar o apelo revolucionário, sob o imperativo da proteção da raça. Nas palavras do filósofo:

[...] se o discurso das raças, das raças em luta, foi mesmo a arma utilizada contra o discurso histórico-político da soberania romana, o discurso da raça (raça no singular) foi uma maneira de inverter essa arma, de utilizar seu gume em proveito da soberania conservada do Estado, de uma soberania cujo brilho e cujo vigor não são agora assegurados por rituais mágico-jurídicos, mas por técnicas médico-normalizadoras. À custa de uma transferência que foi a da lei para a norma, do jurídico para o biológico; à custa de uma passagem que foi a do plural das raças para o singular da raça; à custa de uma transformação que fez do projeto de libertação a preocupação da pureza [...]. (2010, p. 68-69).

A essa espécie de racismo, que no final do século XIX nasce e se estrutura sob o fundamento da proteção biológica da raça, Foucault intitula de racismo de Estado.

O perigo biológico representado pelo criminoso, pelo doente, pelo anormal e por toda espécie de degenerados, precisava ser combatido por meio de uma polícia médica que visasse à eliminação do inimigo de raça, de forma a assegurar a higiene, a pureza e a integridade da raça que compunha a sociedade ordenada.

Segundo Foucault, um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi a assunção da vida pelo poder, o controle do homem enquanto ser vivo, em uma espécie de estatização do biológico.

Para melhor explicar tal fenômeno, remete-se à teoria clássica da soberania, em que o direito de vida e de morte, ou seja, de deixar viver e o de fazer morrer (matar), respectivamente, pertencia ao soberano, como um direito de espada.

Em contraposição àquela concepção do direito de soberania, no século XIX, vislumbra-se uma transformação no direito político, que passa a ser o de fazer viver e deixar morrer.

Ocorre que a velha mecânica do poder da soberania, centrada na racionalidade jurídica e no controle disciplinar do indivíduo, torna-se inoperante para reger o corpo econômico da nova sociedade resultante da Revolução Industrial e em pleno processo de explosão demográfica, que demandava o controle em massa, a biorregulamentação estatal.

[...] Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo de individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante, mas que é massificante [...] que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anatomopolítica do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século [...] uma 'biopolítica' da espécie humana. (2010, p. 204).

A lógica que permeia as novas ações é a do capitalismo em plena ascensão. O biopoder visa o controle das forças, das energias e de tudo aquilo que provoque a subtração e a redução da capacidade e do tempo de trabalho, como as doenças, as epidemias e endemias.

Aquém, portanto, do grande poder absoluto, dramático, sombrio que era o poder da soberania, e que consistia em poder fazer morrer, eis que aparece agora, com essa tecnologia do biopoder, com essa tecnologia do poder sobre a 'população' enquanto tal, sobre o homem enquanto ser vivo, um poder contínuo, científico, que é o poder de 'fazer viver'. A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer. (2010, p. 207).

Retorna à temática do racismo para demonstrar que foi em virtude das demandas do biopoder que o racismo estatal se inseriu como mecanismo fundamental de poder dos Estados modernos.

Mas em que consiste esse modo de racismo? Foucault responde-nos dizendo que:

[...] É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. (2010, p. 214).

A primeira função do racismo, destarte, foi a de fragmentar, de consolidar uma cesura do tipo biológico no interior desse corpo social a que se dirigia o biopoder na época. A segunda foi a de estabelecer uma relação biológica de enfrentamento entre os seres, em que, para sobreviver, era preciso eliminar o inimigo e a ameaça de perigo que ele representava.

Por tirar a vida, entende-se não somente a legitimidade de causar a morte física, mas também, a morte política, a neutralização do indivíduo, sua expulsão ou rejeição.

O evolucionismo de Darwin, no século XIX, conferiu a vestimenta científica ao discurso político do biopoder. Na sociedade moderna, a criminalidade, a loucura e as enfermidades diversas foram pensadas na forma do darwinismo social, no tocante à seleção da espécie que elimina os mais fracos, os etnicamente impuros e os politicamente perigosos.

Por meio do exercício desse racismo, que surge como uma tecnologia a serviço do biopoder, o Estado assegurou a função de incumbir-se da vida, organizando, multiplicando e reduzindo as possibilidades biológicas.

Nas palavras de Foucault, “o racismo [...] assegura a função de morte na economia do biopoder” (2010, p. 217).

Em suma, através de tal análise, o autor chama atenção para a substituição, já no século XVIII, da razão de Estado representada pelo Direito - a racionalidade jurídico-dedutiva -, para a *ratio* de Estado mínimo, fundamentada na economia política, mais precisamente, no neoliberalismo econômico, que foi o princípio da limitação interna dos estados liberais em ascensão.

É sob tal prisma que, nesse artigo, pretendemos analisar o discurso dos direitos fundamentais, concebidos pelo discurso jurídico dogmático e técnico procedimental como soberanos, mas que, conforme se quer demonstrar, atendem à lógica do biopoder estatal.

2. O PARADOXO DA SOBERANIA: A VIOLÊNCIA QUE CRIA E SUSPENDE O DIREITO

Discípulo de Foucault, Agamben também critica a concepção tradicional acerca da origem e da mecânica do poder soberano, centrada, exclusivamente, no modelo jurídico clássico, alertando para a necessidade de repensá-la sob o contexto da nova razão de Estado delineada a partir do século XIX: o biopoder.

Para isso, descreve uma estrutura lógica e topológica da soberania, a partir de noções estratégicas como *zoé* e *bíos*, que traduzem o duplo sentido grego da palavra vida.

Zoé significa o simples viver, a vida nua ou natural que coloca homens, animais e deuses no mesmo patamar de seres vivos. *Bíos*, por sua vez, caracterizaria a vida qualificada, a forma ou maneira de viver particular a cada um. Juntos, representam a vida natural *versus* a vida política.

Com base nesses dois termos, analisa como, na Idade Clássica, operou-se a politização da vida natural a partir do seu ingresso na *pólis*, convertendo-se em *zoé politiké*, marcada pelo *oikónomos*, em que o simples viver opõe-se à vida politicamente qualificada, em vista do bem viver.

O diálogo com Foucault estabelece-se no momento em que, na Idade Moderna, a vida natural passa a ser calculada pelo poder estatal, a partir da nova governamentalidade que ali se esboçava, cujo exercício era o biopoder.

A politização da vida nua, a partir do ingresso da *zoé* na esfera da *pólis*, segundo Agamben, constitui o evento decisivo e fundador da modernidade, que rompe radicalmente com o pensamento político-filosófico clássico.

A partir da relação entre vida nua e política, o autor desenvolve o seu próprio raciocínio sobre o poder político na atualidade, que segundo ele, permeia as categorias opostas e aparentemente distantes do absolutismo/democracia; direita/esquerda; privado/público; fazendo-as conviver em uma zona de indiscernibilidade, ou indistinção.

Chama atenção para a existência de um ponto de interseção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder, a fim de delimitar a zona de indiferenciação entre as técnicas disciplinares de individualização e as totalizantes.

Acerca desta análise, esclarece que:

[...] a implicação da vida nua na esfera política constitui o núcleo originário – ainda que encoberto – do poder soberano. Pode-se dizer, aliás, que a produção de um corpo

biopolítico seja a contribuição original do poder soberano. (AGAMBEN, 2010, p. 14).

Propõe, destarte, uma análise da soberania a partir do vínculo que une o poder político à vida nua. Segundo ele, a política ocidental, ao transformar a vida natural em política, constitui-se a partir da exclusão daquela, na mesma medida que, ao assumir o controle sobre a vida, a inclui.

[...] é necessário, antes de mais, perguntar-se por que a política ocidental se constitui primeiramente através de uma exclusão (que é, na mesma medida, uma implicação) da vida nua. Qual é a relação entre política e vida, se esta se apresenta como aquilo que deve ser incluído através de uma exclusão? (2010, p. 14).

A vida política é o lugar em que o viver deve se transformar em bem viver (forma qualificada da vida). Enquanto na vida natural o homem possui voz, na política ele faz uso da linguagem. E foi sobre a politização da vida nua que se fundou a *pólis*.

Nas palavras do autor:

A dupla categoria fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivente que, na linguagem, separa e opõe a si próprio vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva. (2010, p. 16).

Para melhor ilustrar a função essencial que a vida nua assumiu na política moderna, utiliza-se da figura do *homo sacer*, - outro elemento central em sua teoria - e da relação deste com o estado de exceção soberano.

Figura enigmática oriunda do direito romano arcaico, o *homo sacer* é a representação do ser vivente situado à margem da ordem jurídica, que a ele não se aplica. Sua vida, embora insacrificável, é plenamente matável, visto que não protegida ou tutelada pela norma.

Como o Direito a ele não se aplicava, não podia receber uma pena capital, nem ser condenado à morte. Todavia, caso viesse a ser morto, o fato não configurava homicídio, pois sua existência não constituía um bem jurídico, não havendo, por consequência, imputabilidade de crime ao agente.

Tratava-se de uma época em que o direito religioso e o penal não se distinguiam. A vida do *homo sacer* era propriedade dos deuses e sua condenação à morte implicava em um sacrifício à divindade.

A partir da estreita relação entre vida nua e política, Agamben delimita como a exclusão, representada pelo *homo sacer*, preso à sua condição de mero ser vivente, relaciona-se com politização da vida, ou com a inclusão desta, pelo estado soberano, formando uma

zona de irreduzível indistinção entre o biológico e o político, o fato e o direito, o externo e o interno.

Para ilustrar a íntima relação entre a vida natural e a vida politizada, exclusão e inclusão na ordem, analisa a lógica do poder soberano sob o que chama de paradoxo da soberania de Carl Schmitt, em que o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, em virtude do poder a ele conferido de decretar o estado de exceção, isto é, de suspender a validade do ordenamento.

Nas palavras de Agamben (2010, p. 23), “o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei”.

A soberania, portanto, constitui-se no limite do ordenamento jurídico, no seu princípio e fim. E tal decisão cabe ao soberano, investido no monopólio desse poder.

Schmitt *APUD* Agamben (2010), refere que:

O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito... A exceção [...] ela não só confirma a regra: a regra mesma vive só da exceção... [...]. (2010, p. 23).

O caos, representado pela vida natural, precede a ordem, esta por sua vez representada pela vida política. O *zoé*, o mero viver, possui natureza pré-jurídica. O direito origina-se no caos, a partir da decisão do soberano que institui a ordem. Mas por ser soberano, também tem o poder de decidir sobre a suspensão da vigência da ordem.

Agamben observa a relação de exclusão inclusiva decorrente do poder soberano e do estado de exceção: ao instituir a ordem, o soberano capta a vida nua através da politização do ser vivente. O homem é incluído na ordem pela exclusão do seu ser biológico.

Sob a categoria jurídica do estado de exceção, que consiste no poder soberano de dispor sobre a vida e de suspender a ordem, Agamben critica o conceito jurídico de soberania, construído sob o princípio de que aquela pertence indissociavelmente à ordem da lei, concepção inseparável da noção de democracia e de Estado de Direito.

Necessário, pois, confrontá-la com o paradoxo da soberania por ele exposto, que acaba por impelir o conceito jurídico ao extremo. Para o autor, há um princípio oculto que orienta a definição de poder soberano que, longe de pautar-se unicamente na lei, é, na verdade, um princípio que conjuga violência e direito, indistintamente.

“[...] o soberano é o ponto de indiferença entre violência e direito, o limiar em que a violência transpassa em direito e o direito em violência”. (AGAMBEN, 2010, p. 38).

Aborda a função da violência na criação jurídica, afirmando que a soberania é constituída pela coincidência entre direito e violência, na medida que esta põe e conserva o direito. A violência como meio e o direito como fim por ela perseguido. Há, portanto, um nexos essencial entre vida nua e violência jurídica, na constituição do poder soberano.

Tal nexos é irreduzível e os une em uma dialética circular, em que a força criadora é mantida pela violência criada, até que novas forças surjam e deponham o direito posto, criando um novo.

Para Agamben:

Com toda evidência, de fato, a violência que é exercitada no estado de exceção não conserva nem simplesmente põe o direito, mas o conserva suspendendo-o e o põe excetuando-se dele. [...] a violência soberana abre uma zona de indistinção entre lei e natureza, externo e interno, violência e direito; não obstante, o soberano é precisamente aquele que mantém a possibilidade de decidi-los na mesma medida em que os confunde. Enquanto o estado de exceção se distingue do caso normal, a dialética entre violência que põe o direito e a violência que o conserva não será verdadeiramente rompida [...]. (2010, p. 69).

O paradoxo da soberania mostra-se claro no problema do poder constituinte em relação ao poder constituído. Enquanto os poderes constituídos existem no Estado, amoldados a uma ordem constitucional pré-estabelecida; o constituinte posiciona-se fora do Estado, a quem nada deve. De um lado, a violência que põe o direito; de outro, a que o conserva.

Para o autor, a relação exprime o paradoxo da soberania pelo fato de o poder constituinte pressupor e representar o estado de natureza. Ao constituir-se, o poder soberano transforma-se em poder constituído, mantendo uma relação de exceção com o estado de natureza.

Agamben estabelece uma relação entre a figura do *homo sacer* e a categoria jurídica da exceção soberana. Ao *homo sacer* era destinado o bando – outro elemento central de sua teoria -, que expressa o “a-bando-no”, o banimento do indivíduo, como forma de consagração da divindade.

“O que é, então, a vida do *homo sacer*, se ela se situa no cruzamento entre uma matabilidade e uma insacriticabilidade, fora tanto do direito humano quanto daquele divino?”. (AGAMBEN, 2010, p. 76).

O bando significa o poder conferido ao soberano de banir, de excluir, ou, nas palavras de Giacoia Junior:

Trata-se da figura do *excluído*, do pária cuja morte não constitui homicídio, ao qual o ordenamento que o penaliza se impõe sob a forma da suspensão de seus efeitos e da prerrogativa de sua invocação. É de se notar a homologia estrutural entre bando (*Bann*) exceção (*exceptio*, *ex capere*, “capturar fora”), paradoxo sobre o qual se constrói grande parte da argumentação de Agamben. (GIACCOIA JUNIOR, 2008).

O autor ressalta o tabu que envolve ambivalência do sacro, em que a noção de santidade e de impuridade se tocam. O termo latino *sacer* denota santo e maldito.

O *homo sacer* se situa do lado de fora da jurisdição humana.

Nas palavras de Agamben:

Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desaplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra. (2010, p. 84).

O que o autor quer demonstrar é a conexão entre as estruturas da soberania e da *sacratio*: “o *homo sacer* apresentaria a figura originária da vida presa no bando soberano e conservaria a memória da exclusão originária através da qual se constituiu a dimensão política”. (AGAMBEN, 2010, p. 84).

Assim, o espaço político da soberania foi construído em uma zona de indiscernibilidade entre sacrifício e homicídio. Na esfera soberana, o soberano pode matar sem cometer homicídio. A vida capturada naquela esfera é, ao mesmo tempo, matável e insacrificável.

Para o autor, a estrutura política originária da soberania tem lugar nessa zona que precede a distinção entre sacro e profano, religioso e jurídico. A vida nua ou sacra é a que constitui o poder soberano, através da sua politização. Mas essa mesma vida é capturada pela exceção soberana, que dela pode dispor.

Refere que:

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

Há, portanto, uma analogia estrutural entre exceção soberana e *sacratio*, em que a vida nua ingressa na ordem jurídico-política, em uma exclusão inclusiva. O *sacer* marca a formulação política original da imposição do vínculo soberano.

Nos dois limites extremos do ordenamento, soberano e *homo sacer* representam duas figuras simétricas, que têm a mesma estrutura e são correlatas, no sentido de que soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos. (2010, p. 86).

Coloca em cheque, assim, a teoria do contrato social, enquanto pacto fundador do Estado. Para o autor, o vínculo originário do Estado fundou-se na forma de dissolução ou

exceção, na qual a vida humana é, ao mesmo tempo, capturada e excluída, politizada através do abandono a um poder incondicionado de morte.

Mais originário que o vínculo da norma positiva ou do pacto social é o vínculo soberano, que é, porém, na verdade somente uma dissolução; e aquilo que esta dissolução implica e produz – a vida nua, que habita a terra de ninguém entre a casa e a cidade – é, do ponto de vista da soberania, o elemento político originário. (2010, p. 91).

O pensamento de Agamben é contrário a tudo o que a modernidade sedimentou em relação à representação social e política do indivíduo no pacto social, em termos de direitos e de livre arbítrio, do ponto de vista da soberania, pois, para o autor, política é apenas a vida nua.

Por isto, em Hobbes, o fundamento do poder soberano não deve ser buscado na cessão livre, da parte dos súditos, do seu direito natural, mas, sobretudo, na conservação, da parte do soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, que se apresenta então como direito de punir. [...]. A violência soberana não é, na verdade, fundada sobre um pacto, mas sobre a inclusão exclusiva da vida nua no Estado. (2010, p. 106).

Atenta para a necessidade de releitura do mito da fundação do estado moderno, de Hobbes a Rousseau. O estado de natureza é o estado de exceção, e o ordenamento nasce em virtude da decisão soberana que, por sua vez, relaciona-se com a vida, e não, com a livre vontade dos cidadãos.

A vida é o elemento político originário da política, mas também, substancial, na medida em que une a vida nua ao poder soberano.

É preciso dispensar sem reservas todas as representações do ato político originário como um contrato ou uma convenção, que assinalaria de modo pontual e definido a passagem da natureza ao Estado. [...]. Este mal-entendido do mitologema hobbesiano em termos de contrato em vez de bando, condenou a democracia à impotência toda vez que se tratava de enfrentar o problema do poder soberano e, ao mesmo tempo, tornou-a constitutivamente incapaz de pensar verdadeiramente, na modernidade, uma política não estatal. (2010, p. 109).

É sob tal perspectiva que o contrato social e a metáfora do *Leviatã* – enquanto corpo representativo de todos os corpos dos indivíduos - devem ser repensados: a partir do estreito liame entre soberania e vida nua.

“São os corpos absolutamente matáveis dos súditos que formam o novo corpo político do Ocidente”. (AGAMBEN, 2010, p. 122).

3. A BIOPOLÍTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Tanto Foucault como Agambem, advertem-nos para a necessidade de reflexão sobre a teoria clássica da soberania, com a finalidade de desmascarmos a origem das relações de poder entre soberano e povo estabelecidas na Modernidade.

Viu-se que, juntamente com o advento do Estado moderno, delineou-se uma nova mecânica de exercício de poder, uma nova ‘governamentalidade’, que sob a vestimenta do biopoder, visava atender às exigências da sociedade industrial-capitalista em plena ascensão, e o cálculo e o controle dos fenômenos decorrentes da nova forma de organização social: a população.

Foucault denominou de biopolítica à implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder, e aos processos de subjetivação, na passagem do mundo antigo para o moderno, que levou o indivíduo a constituir-se como sujeito, na mesma medida em que se vinculava a um poder de controle externo, capaz de fazer viver e de deixar morrer.

É sob o contexto biopolítico descrito por Foucault e Agambem que se pretende analisar os direitos do homem.

Historicamente concebidos como liberdades públicas, os direitos humanos, constitucionalmente positivados em fundamentais, têm, no discurso que os legitima, a característica de constituírem-se como limites ao amplo e arbitrário exercício do poder estatal.

Nas palavras de Giacoia Junior:

São esses direitos, constitucionalmente assegurados como liberdades públicas, que, desde sua positivação, demarcaram as trincheiras de resistência do cidadão contra os excessos de arbítrio do poder soberano. Neles se concentram as razões da verdadeira justiça contra a violência, mesmo que revestida de legalidade (GIACCOIA JUNIOR, 2008).

Todavia, a filosofia política tradicional e a racionalidade jurídica ocidental mostraram-se incapazes de explicar as atrocidades cometidas contra esses direitos ao longo da história, bem como, a crise de efetividade que enfrentam na contemporaneidade, com base, exclusivamente, no fundamento da razão de estado clássica ou modelo jurídico da soberania.

As reflexões de Foucault sobre a soberania estatal e, mais recentemente, de Agambem, remetem-nos à necessidade de repensar os fundamentos dos direitos fundamentais a partir de uma outra *ratio*, que não a consolidada pela dogmática jurídica, e sim, por uma razão de economia política, que serviu como supedâneo para a nova arte de governar dos estados nacionais.

É com base em tal concepção que se almeja empreender uma reflexão biopolítica crítica acerca dos direitos fundamentais, tais como concebidos pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo clássicos, alertando para a urgência de raciociná-los, também, como

manifestações do poder soberano, no que concerne ao poder de capturar e controlar a vida, a fim de atender à lógica do biopoder e às exigências de mercado.

Agamben nos traz uma reflexão acerca da função da exceção jurídica no mundo contemporâneo, alertando para a existência de um “estado de exceção permanente”, em que a excepcionalidade passou a vigorar como regra.

Para aquele autor, Foucault não avançou em sua pesquisa em relação ao que denomina de local da biopolítica moderna por excelência: os Estados totalitários do século XX e seus campos de concentração.

A noção de campo na teoria agambeniana constitui o paradigma biopolítico moderno. Estabelece, assim, um nexos entre totalitarismo e a condição de vida que é o campo, afirmando que este espaço resultou da radical transformação da política em espaço da vida nua, possibilitando ao biopoder constituir-se em uma forma antes desconhecida: a de política totalitária.

Segundo Agamben, a politização da vida, o entrelaçamento entre a política e a vida, constituiu-se no elemento fundamental da política dos regimes totalitários do século XX.

Contudo, observa haver uma curiosa relação de contiguidade entre democracia e totalitarismo.

A contiguidade entre democracia de massa e Estados totalitários não tem, contudo [...], a forma de uma imprevista reviravolta: antes de emergir impetuosamente à luz do nosso século [século XX], o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo. E apenas porque a vida biológica, com as suas necessidades, tornara-se por toda parte o fato politicamente decisivo, é possível compreender a rapidez, de outra forma inexplicável, com a qual no nosso século [...] as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados totalitários converter-se quase sem solução de continuidade em democracias parlamentares. Em ambos os casos, estas reviravoltas produziam-se num contexto em que a política já havia se transformado, fazia tempo, em biopolítica, e no qual a aposta em jogo consistia então apenas em determinar qual forma de organização se revelaria mais eficaz para assegurar o cuidado, o controle e o usufruto da vida nua. As distinções políticas tradicionais (como aquelas entre direita e esquerda, liberalismo e totalitarismo, privado e público) perdem sua clareza e sua inteligibilidade, entrando em uma zona de indeterminação logo que o seu referente fundamental tenha se tornado a vida nua. [...]. (2010, p. 118-119).

O autor discorre sobre o progressivo alargamento da biopolítica para além dos limites do estado de exceção, convertendo-se no que intitula de tanatopolítica, em que a decisão sobre a vida e a morte, se desloca para zonas mais amplas da vida social, “nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote”. (2010, p. 119).

É a partir do contexto biopolítico ou tanatopolítico, que analisa eventos da história política da modernidade, entre eles, as declarações dos direitos, em que se vislumbra a intrusão de princípios biológicos-científicos na política, como por exemplo, a determinação normativa dos critérios da morte.

Para ilustrar essa afirmação, remonta à origem do *Habeas corpus*, em 1679. Criado para assegurar a presença física de uma pessoa diante de uma corte de justiça, representou o primeiro registro da vida nua como novo sujeito político: ao centro do *writ*, encontra-se o *corpus*, ao invés do sujeito ou cidadão.

Nada melhor do que esta fórmula nos permite mensurar a diferença entre as liberdades antiga e medieval e aquela que se encontra na base da democracia moderna: não o homem livre, com suas prerrogativas e os seus estatutos, e nem ao menos simplesmente *homo*, mas *corpus* é o novo sujeito da política, e a democracia moderna nasce propriamente como reivindicação e exposição deste ‘corpo’: *habeas corpus as subjiciendum*, deverás ter um corpo para mostrar. [...] a nascente democracia europeia colocava no centro de sua luta com o absolutismo não *bíos*, a vida qualificada de cidadão, mas *zoé*, a vida nua em seu anonimato, apanhada, como tal, no bando soberano [...]. (2010, p. 120-121).

Na visão de Agamben esta seria a contradição da democracia moderna: a vida qualificada de cidadão, isto é, o processo de politização da vida, não abole a vida sacra, “mas a despedaça e dissemina em cada corpo individual, fazendo dela a aposta em jogo do conflito político”. (2010, p. 121).

Aí restaria caracterizada a ambiguidade ou polaridade da democracia: constituída desde a origem sob uma intensa vocação biopolítica, na medida em que assegura, a um só tempo, a proteção e a garantia das liberdades do indivíduo, elevando-o à categoria de cidadão e sujeito soberano de direitos; e, de outro lado, o sujeita à condição de mero *corpus*, de *homo sacer*; cuja vida é matável.

Nas palavras do autor:

[...] aquele que se apresentará mais tarde como o portador dos direitos e, com um curioso oximoro, como o novo sujeito soberano (*subiectus superaneus*, isto é, aquilo que está embaixo e, simultaneamente, mais ao alto) pode constituir-se como tal somente repetindo a exceção soberana e isolando em si mesmo *corpus*, a vida nua. Se é verdade que a lei necessita, para sua vigência, de um corpo [...], a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo. [...]. *Corpus* é um ser bifronte, portador tanto da sujeição ao poder soberano quanto das liberdades individuais. (2010, p. 121).

Vale lembrar que para Hannah Arendt a paradoxal relação que vincula os destinos dos direitos do homem aos do Estado-nação é ilustrada na figura do refugiado, assinalando a crise que afeta a moderna concepção dos direitos do homem.

Acerca dos refugiados, refere Arendt (1994, p. 299) APUD Agamben (p. 122):

A concepção dos direitos do homem, baseada na suposta existência de um ser humano como tal, caiu em ruínas tão logo aqueles que a professavam encontraram-se pela primeira vez diante de homens que haviam perdido toda e qualquer qualidade e relação específica – exceto o puro fato de serem humanos.

Utilizando-se do paradigma dos refugiados, analisa a patente distinção - no tocante à tutela dos ditos direitos naturais e inalienáveis -, entre os direitos do homem e os direitos dos cidadãos de um Estado.

Tal diferença data da declaração de 1789: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, em que não resta claro se os termos 'homem' e 'cidadão' referem-se a realidades autônomas, ou, a um todo unitário.

Agamben defende a necessidade de pensar as declarações de direitos, principalmente as surgidas no segundo pós-guerra - período no qual ganharam ênfase -, como fundamento legitimador do poder soberano e da implicação da vida nua (*zoé*) na política (*bíos*).

[...] é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação. As declarações dos direitos representam aquela figura original da inscrição da vida natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, como fruto da criação, a Deus, e no mundo clássico era (ao menos em aparência) claramente distinta como *zoé* da vida política (*bíos*), entra agora em primeiro plano na estrutura do Estado e torna-se aliás o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania. (2010, p. 124).

Em que pese a declaração de 1789 apresentar o nascimento como o fato gerador dos direitos do homem – art. I: *aissent et demeurent libres et égaux em droits* -, observa que a vida natural que inaugura a biopolítica na modernidade, dissipa-se na figura do cidadão, que atribui à soberania a nação, o elemento nativo.

O nascimento inaugura a passagem do súdito ao cidadão, que somente é investido como tal pelo princípio da soberania. “A nação, que etimologicamente deriva de *nascere*, fecha assim o círculo aberto pelo nascimento do homem”. (2010, p. 125).

As declarações dos direitos devem então ser vistas como o local em que se efetua a passagem da soberania régia de origem divina à soberania nacional. Elas asseguram a *exceptio* da vida na nova ordem estatal que deverá suceder à derrocada do *ancien régime*. Que, através delas, o 'súdito' se transforme, como foi observado, em 'cidadão', significa que o nascimento – isto é, a vida nua natural como tal – torna-se aqui pela primeira vez (com uma transformação cujas consequências biopolíticas somente hoje podemos começar a mensurar) o portador imediato da soberania. O princípio da natividade e o princípio da soberania, separados no antigo regime (onde o nascimento dava lugar somente ao *sujet*, ao súdito), unem-se agora irrevogavelmente no corpo do 'sujeito soberano' para constituir o fundamento do novo Estado-nação. [...] Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão. (2010, p. 125).

Em outras palavras, o reconhecimento como cidadão, e em virtude disso, a tutela dos direitos do homem pelo Estado, ocorreram a partir da inscrição da vida nua na ordem jurídica, pela qualificação da vida. Foi pela cidadania que o *homo sacer* se inseriu na ordem estatal.

É como se, a partir de um certo ponto, todo evento político decisivo tivesse dupla face: os espaços, as liberdades e os direitos que os indivíduos adquirem no seu conflito com os poderes centrais simultaneamente preparam, a cada vez, uma tácita porém crescente inscrição de suas vidas na ordem estatal, oferecendo assim uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejariam liberar-se. [...]. (2010, p. 118).

O controle da vida, para Agamben, está por detrás da função histórica das declarações de direitos, o que deve ser compreendido a fim de que possamos também entender o desenvolvimento e a metamorfose das declarações no século XX.

A cidadania não identifica agora simplesmente uma genérica sujeição à autoridade real ou a um determinado sistema de leis [...] ela nomeia o novo estatuto da vida como origem e fundamento da soberania e identifica, portanto, literalmente [...] *les membres du souverain*. Daí a centralidade (e a ambiguidade) da noção de ‘cidadania’ no pensamento político moderno, que faz com que Rousseau diga que ‘nenhum autor na França... compreendeu o verdadeiro sentido do termo ‘cidadão’; mas daí, também, já no curso da revolução, o multiplicar-se das disposições normativas destinadas a precisar qual homem fosse cidadão e qual não, e a articular e restringir gradualmente os círculos do *ius soli* e do *ius sanguinis*. (2010, p. 126).

Compactuando com aquele pensamento, Giacoia Junior (2008) também analisa a função histórica das declarações de direitos, sob o ponto de vista do exercício do poder soberano de assunção e politização da vida nua.

Alerta para a existência de um duplo valor histórico por detrás das declarações, senão aquele que nos é mostrado pela razão de Estado clássica.

No debate atual sobre direitos fundamentais, faz-se antes de tudo necessário tomar consciência da função histórico-política do trinômio: nação/nacionalidade, soberania e poder jurídico sobre a vida. Quero dizer que, ao lado da função emancipatória das declarações de direitos fundamentais, seria também indispensável perceber que elas integram o dispositivo de *abandono* da vida nua à violência dos mecanismos de poder. Ora, é nesse sentido que a arqueologia das sociedades europeias modernas, configuradas como sociedades bio-políticas ao longo do século XVIII e depois, fornece um instrumental teórico indispensável para as análises de Agamben. (GIACCOIA JUNIOR, 2008).

É a sacralidade - comum ao *homo sacer* e ao caráter sagrado dos direitos humanos fundamentais - que institui uma insidiosa cumplicidade entre a vida nua e o poder (bio-político) do direito”. (GIACCOIA JUNIOR, 2008).

Agambem faz um paralelo entre a sacralidade da vida biológica com os modernos ordenamentos jurídicos, em que a positivação da vida, em termos de direitos e garantias fundamentais, implica na sacralização, na sua intocabilidade.

Conforme visto, todavia, através da descrição do conceito de *homo sacer*, o sagrado comporta um caráter ambíguo, um duplo valor, que o divide entre profano e sagrado, demarcando tanto a sua insacriticabilidade, como a matabilidade.

E, com base nessa evocação, procuro conectar os elementos que foram examinados até agora com a discussão atual a respeito dos direitos humanos - precisamente nos termos propostos por Giorgio Agamben. Pois é corrente o entendimento dos mesmos como direitos 'sagrados e inalienáveis' do homem, o que lhes confere o *status* de princípios asseguradores dos valores cardinais positivados nas declarações de direitos das constituições dos estados modernos. [...]. Evidentemente, não se trata, de modo algum, de questionar a importância fundamental das declarações de direitos como garantia das liberdades públicas; sua função histórica de emancipação e resistência ao arbítrio e à tirania, seu papel decisivo na história do constitucionalismo moderno não pode deixar de ser reconhecido, salvo por uma deficiência de lucidez analítica. Minha intenção consiste apenas em indicar o caráter bifronte que também quanto a eles se pode reconhecer, como em todo e qualquer acontecimento de efetiva relevância histórica e política. (GIACOIA JUNIOR, 2008).

Douzinas afirma que os direitos humanos, inicialmente, estavam ligados, (2009, p. 19): “a interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder despótico e a organização social estática”.

Relata como tais direitos, em um momento posterior, passaram de um discurso de rebeldia para um discurso de legitimidade do Estado.

Acerca do papel da lei na manutenção das relações de poder, afirma que:

Estamos sempre enredados em relações de força e reagimos às exigências do poder que, como Foucault argumentou convincentemente, são colocadas em prática e estão disfarçadas em formas jurídicas [...]. Enquanto isso, a democracia e o Estado de Direitos são cada vez mais usados para garantir que as forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão contínua. (DOUZINAS, 2009, p. 25).

Para Agamben (2010), no segundo pós-guerra, a ênfase instrumental no discurso sobre os direitos do homem, bem (essa frase está estranha) como, a proliferação das declarações e das convenções em âmbito internacional, impediram uma ampla compreensão do significado histórico do fenômeno.

Para Giacoia Junior:

Não se trata, insisto, de uma condenação maniqueísta das declarações de direitos, que marcam o surgimento do constitucionalismo moderno. Trata-se, antes, de reconhecer que, ao lado de seu papel efetivamente emancipatório, de defesa contra o arbítrio e o despotismo do Estado, é preciso notar o caráter bifrontal de todo evento político decisivo. Nesse sentido, as declarações de direitos são a outra face do racismo bio-político. Mas também, justamente em razão do caráter ambivalente e equívoco dessa bifrontalidade de todo

fenômeno histórico-político, um combate no campo das conquistas representadas pelos direitos humanos justifica-se como um tipo de ação estratégica. Esse processo se assemelha muito à disputa em torno da vida, de acordo com as análises de Michel Foucault. (GIACCOIA JUNIOR, 2008).

Retomando o exemplo dos refugiados, Agamben observa como ilustram o rompimento entre o homem e o cidadão, entre o nascimento e a nacionalidade. “Neste sentido, ele é verdadeiramente, como sugere Hannah Arendt, ‘o homem dos direitos’, a sua primeira e única aparição real fora da máscara do cidadão que constantemente o cobre”. (2010, p. 128).

Os direitos do homem, nessa linha, são o pressuposto dos direitos do cidadão. Mas observa-se, no caso dos refugiados, uma separação para fora do contexto da cidadania, voltando à condição de vida nua, em que o humanitário se descola do político.

É suficiente um olhar sobre as recentes campanhas publicitárias para arrecadação de fundos para os refugiados de Ruanda, para dar-se conta de que a vida humana é aqui considerada [...] exclusivamente como vida sacra, ou seja, matável e insacriável, e somente como tal feita objeto de ajuda e proteção. Os ‘olhos suplicantes’ do menino ruandês, cuja fotografia se desejaria exibir para obter dinheiro, mas que ‘agora está se tornando difícil encontrar vivo’, são o índice talvez mais significativo da vida nua no nosso tempo [...]. (2010, p. 130).

É nesse contexto que emerge a figura do campo, como o espaço da exceção, do isolamento político da vida nua, na qual o poder soberano se funda.

Nas palavras de Agamben, o campo é “o paradigma oculto do espaço político da modernidade, do qual deveremos aprender a reconhecer as metamorfoses e os travestimentos”. (2010, p. 119).

O campo traz o conceito do que chama de “vida que não merece viver”, ou “vida indigna de ser vivida”, que estaria no cerne da estrutura biopolítica fundamental da modernidade: a decisão sobre o valor ou desvalor da vida, que encontra articulação jurídica com a questão da eutanásia, por exemplo.

Trata-se da situação de certas pessoas que, ao longo da história, foram e ainda são privadas de quase todos os direitos e liberdades atribuídas ao ser humano, mas que, biologicamente, continuam vivos, situando-se, portanto, em uma zona-limite entre a vida e a morte, o interno e o externo.

Retornam, assim, à condição de *homo sacer*. Semelhante condição pode ser atribuída aos judeus condenados à morte, ou habitantes dos campos de concentração nazistas.

Para Agamben:

A nova categoria jurídica de ‘vida sem valor’ [...] corresponde ponto por ponto, ainda que em uma direção pelo menos aparentemente diversa, à vida nua do *homo sacer* [...]. É como se toda valorização e toda ‘politização’ da vida [...] implicasse necessariamente uma nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser

politicamente relevante, é então somente ‘vida sacra’ e, como tal, pode ser impunemente eliminada. Toda sociedade fixa este limite, do qual depende a politização e a *exceptio* da vida natural na ordem jurídica estatal não tenha feito mais que alagar-se na história do Ocidente e passa hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente. (2010, p. 135).

O poder de decidir sobre qual vida merece ser vivida, isto é, de atribuir-lhe valor político, compete ao soberano. É nesse sentido que a biopolítica moderna transforma-se em tanatopolítica, em que a politização da vida ocorre, simultaneamente, à politização da morte.

Analisa as declarações de direitos surgidas a partir do século XX, em que direitos investidos pelo Estado como sujeitos soberanos, dignos de tutela jurídica, são, paradoxalmente, objetos de uma decisão soberana que deles pode dispor.

“A vida, que, com as declarações dos direitos, tinha sido investida como tal do princípio da soberania, torna-se agora ela mesma o local de uma decisão soberana”. (2010, p. 138).

Como visto, há um nexos constitutivo entre o estado de exceção soberano e o campo, em que este somente se abre quando aquele se torna a regra. O campo é a materialização do espaço de exceção.

É preciso refletir sobre o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço de exceção: ele é um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é, por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, capturado fora, incluído através da sua própria exclusão. Mas aquilo que, deste modo, é antes de tudo capturado no ordenamento é o próprio estado de exceção. Na medida em que o estado de exceção é, de fato, ‘desejado’, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção. [...]. O campo é um híbrido de direito e de fato, no qual os dois termos tornaram-se indiscerníveis. (2010, p. 166).

Se o campo constitui um espaço onde vida nua e a norma convivem em um limiar de indistinção, devemos admitir, em nosso tempo, a presença do campo, toda vez que deparamos com tal estrutura.

As periferias dos grandes centros urbanos, as favelas, os hospitais públicos, as prisões, etc., em que a vida, embora insacrificável, é plenamente matável, são exemplos de campos do nosso tempo.

E de modo diverso, mas análogo, o projeto democrático-capitalista de eliminar as classes pobres, hoje em dia, através do desenvolvimento, não somente reproduz em seu próprio interior o povo dos excluídos, mas transforma em vida nua todas as populações do Terceiro Mundo. (2010, p. 175).

O campo, portanto, deve ser olhado não como um fato histórico passado, mas ao que, na atualidade, representa “de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos”. (p. 2010, 163).

A partir da noção de estado de exceção permanente e de campo, pretende-se, no item seguinte, descrever como o poder de bando soberano aplica-se a determinados grupos sociais considerados perigosos à sociedade, a partir do controle e da exclusão destes, reduzindo-os à condição de *homo sacer*; ou meros animais viventes.

Neste ponto, pretende-se fazer um paralelo entre a crise de efetividade que atravessa os direitos fundamentais na atualidade, com o que Agamben descreve de “a forma pura da lei”, referindo-se à lei que, embora formalmente existente, nada prescreve, ilustrando, assim, a estrutura do bando soberano.

Trata-se da lei vigente, mas que perdeu seu significado e exequibilidade. Agamben (2010) reporta-se à lenda de Kafka: ‘Diante da lei’, em que nada impede o camponês de adentrar pela porta da lei que se encontra aberta, narrando a impossibilidade de entrar no já aberto, de chegar ao lugar em que já se encontra.

A crítica do autor recai sobre as leis que, embora vigentes, foram reduzidas à sua forma pura, à existência no bando.

Nas palavras do autor:

O camponês é entregue à potencia da lei, porque esta não exige nada dele, não lhe impõe nada além da própria abertura. Segundo o esquema da exceção soberana, a lei aplica-se-lhe desaplicando-se, o mantém em seu *bando* abandonando-o fora de si. A porta aberta, que é destinada somente a ele, o inclui excluindo-o e o exclui incluindo-o. E este é precisamente o fastígio supremo e a raiz primeira de toda lei. (2010, p. 54).

A lei, nesse estágio, nada revela, embora afirme a si mesma, posto que vigora, mas sem significar. De seu conteúdo, emerge o nada, apresentando-se na forma de sua inexequibilidade.

A crítica recai sobre esse estado da lei, em que o ser é “a-bando-nado” por uma lei que não prescreve nada além da própria existência, fato que, para o autor, nosso tempo não consegue achar saída.

Qual é, de fato, a estrutura do *bando* soberano, senão aquela de uma lei que vigora, mas não significa? Por toda a parte sobre a terra os homens vivem hoje sob o bando de uma lei e de uma tradição que se mantém unicamente sob o ‘ponto zero’ do seu conteúdo, incluindo-os em uma pura relação de abandono.

Todas as sociedades e todas as culturas (não importa as democráticas as, conservadoras ou progressistas) entraram hoje em uma crise de legitimidade, em que a

lei [...] vigora como puro ‘nada da Revelação’. Mas esta é justamente a estrutura original da relação soberana, e o niilismo em que vivemos não é nada mais, nesta perspectiva, do que o emergir à luz desta relação como tal. (2010, p. 57).

A vida, sob uma lei que vigora sem significar, é assemelhada à vida no estado de exceção soberano. A lei vigora em sua potência vazia e vive para além do seu conteúdo. Estabelece, portanto, uma zona de indiscernibilidade entre lei e vida, como em um estado de exceção.

Diante dessa constatação, convida-nos a refletir sobre a estrutura da lei, abandonando o reconhecimento da forma extrema e insuperável desta como vigência, ainda que sem significado. Tal pensamento apenas reforça o paradoxo da soberania ou *bando* soberano.

A soberania é, de fato, precisamente esta ‘lei além da lei à qual somos abandonados’, ou seja, o poder autopressuponente do *nómos*, e somente se conseguirmos pensar o ser do abandono além de toda ideia de lei (ainda que na forma vazia de uma vigência sem significado, poder-se-á dizer que saímos do paradoxo da soberania em direção a uma política livre de todo *bando*). (2010, p. 64).

Adverte para a necessidade de reconhecer, nas relações políticas e nos espaços públicos, a estrutura de bando, que, nas suas palavras: “é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois polos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano”. (2010, p. 110).

Nessa linha, o que há na atualidade é uma vida exposta à profanação e à banalidade, sujeita a uma violência sem precedentes. É insacrificável, contudo, matável, em proporções inauditas.

“O nosso tempo é aquele em que um *week-end* de feriado produz mais vítimas nas autoestradas da Europa do que uma campanha bélica [...]”. (2010, p. 113).

Reporta-se mais uma vez ao holocausto dos judeus pelo Estado nazista, definindo-os como *homo sacer*, cuja vida matável e insacrificável era inerente à condição de hebreu.

Trata-se de um caso flagrante da nova soberania biopolítica, em que o extermínio da vida não constitui homicídio, nem pena capital, mas um ato decorrente de uma mera matabilidade.

A verdade difícil de ser aceita pelas próprias vítimas, mas que mesmo assim devemos ter a coragem de não cobrir com véus sacrificiais, é que os hebreus não foram, literalmente, como Hitler havia anunciado, ‘como piolhos’, ou seja, como vida nua. A dimensão na qual o extermínio teve lugar não é nem a religião, nem o direito, mas a biopolítica. (2010, p. 113).

Mais uma vez, o filósofo chama atenção para a tendência crescente, nos regimes democráticos contemporâneos, de tornar o estado de exceção a regra, em que se observa o

aniquilamento da vida política dos homens para atender aos ditames do controle dos corpos pela biopolítica, reduzindo-os à condição de *sacer*. Nas palavras de Regadas Luiz:

[...] o estado de exceção como princípio político não se apresenta explicitamente como medida extra jurídica e arbitrária de supressão dos direitos e da ordem jurídica, pois, como não é declarado, a exemplo do estado de sítio militar, aparece, ao contrário, como a lei inserida e integrada no corpo do direito vigente. O estado de exceção pede emprestado as vestes do Direito para transitar sem ser incomodado, desde as salas de espera dos aeroportos até as vizinhanças e bairros mais pobres onde se abrigam as minorias étnicas e estrangeiros (REGADAS LUIZ, 2007).

Tal constatação leva-nos a corroborar com a teoria de Agamben de que a política ocidental moderna construiu-se em uma zona de indiscernibilidade entre vida nua/política, fato/direito, democracia/totalitarismo, em que a vida do homem em sociedade se encontra em permanente estado de sítio.

“qual a relação existente entre pessoas tão diferentes e distantes no tempo e no espaço, bem como sujeitas a situações fáticas tão díspares como os presos dos campos de concentração nazistas, os condenados à pena de morte, os doentes terminais, os ‘detentos’ de Guantánamo ou os refugiados nos campos ‘humanitários’ da África, dentre outros casos? A relação existente é que todos eles são pessoas reduzidas à mera existência biológica. São *homo sacer* entregues ao (a)bando(no) [...]. (OLIVEIRA, 2010).

É em virtude do estado de exceção e do poder soberano de bando, presentes desde o vínculo originário do Estado nacional, que paradoxalmente coexistem, nas sociedades modernas e pós-modernas, estado de direito e escravidão; inclusão e exclusão da vida.

E quando raciocinamos a exceção jurídica sob a lógica da biopolítica moderna, verificamos que o poder soberano constitui uma forma eficiente de controle da vida, que na mesma medida em que visa à produção de corpos dóceis e úteis ao trabalho, controla e exclui os considerados perigosos e inúteis ao sistema.

Conforme esclarece Castor Ruiz:

Para os excluídos, por exemplo, viver e morrer por falta de atendimento de saúde se tornou uma norma entre nós. Que milhares de pessoas sofram, sobrevivam indignamente ou morram permanentemente nas filas dos hospitais por falta de atendimento médico, é a norma, é o normal entre nós. A falta de uma alimentação digna e suficiente é normal para milhões de excluídos. Morar em condições infra-humanas, não ter uma educação básica digna, etc., é a norma para muitos (RUIZ, 2010).

O autor chama atenção para a exceção duplamente paradoxal que impera em relação aos excluídos. Sua vida e os direitos dela decorrentes são garantidos pela Constituição, não havendo um ato de direito que tenha decretado a suspensão destes.

Nessa condição, os oprimidos não podem se insurgir contra uma vontade soberana que os submete a tal condição. Para o direito, eles têm todas as garantias legais, não

existem como excluídos do direito. Sua exceção foge ao ato político da vontade soberana para diluir-se na trama das estruturas do mercado que decreta sua condição de vida excluída. A condição de vida excluída sobre outro desdobramento da retirada dos direitos fundamentais, da exceção, em que o soberano se oculta no anonimato de poder para deliberar como maior eficiência e menor imputabilidade. (RUIZ, 2010).

É fundamental, destarte, repensar a crise de efetividade que afeta os direitos fundamentais na contemporaneidade, a partir dos conceitos de estado de exceção e bando soberano, dentro do contexto biopolítico moderno.

Conforme assevera Ruiz, a exceção, como técnica jurídico-política de controle biopolítico das populações, amplia o entendimento da condição de vida excluída de diversos setores sociais, como uma forma paradoxal de negação do direito, vez que não o suspende formalmente.

Por meio da exceção, o soberano controla os indivíduos ou grupos que representam um risco à ordem social, colocando-os em uma espécie de limbo jurídico, e assim, assegurando a vida dos ameaçados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Verificou-se que, com o nascimento do Estado moderno e da prática da biopolítica, a vida humana foi capturada pelo poder soberano, elevando-a ao *status* de categoria política, com vistas à manutenção da potência do Estado capitalista em ascensão.

O exercício do biopoder objetivava o controle dos corpos e das condutas por meio de técnicas disciplinantes e totalizantes, que visavam à produção de corpos dóceis e úteis ao capitalismo.

De outro lado, aqueles que não se encaixavam nesse perfil, os doentes, criminosos e toda espécie de degenerados, também eram controlados por meio de mecanismos de exclusão, legitimados pelo Direito.

Foi nesse contexto que o discurso humanitário e as declarações de direitos emergiram para também atender à lógica do biopoder estatal, fato que não pode ser ignorado para uma compreensão abrangente da crise que envolve os direitos fundamentais na contemporaneidade.

Na visão dos autores aqui mencionados, o discurso humanista, em sua história, constituiu-se em uma das ferramentas do biopoder para potencializar o gerenciamento sobre a vida da população, não somente no aspecto biológico, como também subjetivo, abrangendo as liberdades em geral.

Em outras palavras, a inclusão da vida nua na esfera política foi uma das formas de inserção da vida nos cálculos do poder soberano. E é sob esse ponto de vista que o discurso jurídico sobre os direitos fundamentais deve ser criticado.

Nas palavras de João Roberto Barros:

Diante deste panorama, percebemos que a exitosa divulgação dos direitos humanos e sua progressiva aceitação por parte da prática política de um número cada vez maior de estados soberanos estão relacionados à utilidade que este discurso humanista teve e tem para o exercício do biopoder, para a prática da biopolítica que visa a manutenção e expansão do poder soberano (BARROS, 2011).

Segundo aquele autor, foi a partir da percepção da utilidade da vida pra a potência do soberano e do Estado Liberal, que o poder político assumiu, como prioridade, o cuidado e a preservação da vida.

Ao reivindicar para si a tutela da vida, a responsabilidade pela defesa dos direitos do homem foi conveniente ao soberano, “já que tais direitos têm como foco central a vida”. (BARROS, 2011).

Daí porque as declarações de direitos que surgiram entre os séculos XVIII, XIX e XX versaram sobre a tutela da liberdade, propriedade, saúde e dos diversos campos atinentes à vida.

Mas sob a lógica do biopoder, o domínio da vida mascara-se sob a forma de proteção, de cuidado, discurso este que foi amparado e legitimado pelo Direito e o é até os dias de hoje.

Assim, os direitos fundamentais, que pela teoria clássica da soberania foram concebidos como soberanos, como manifestações do vínculo político-jurídico entre Estado e cidadãos, e da submissão e limite daquele poder à soberania popular, na verdade, carregam, desde sua origem, a função de possibilitar os meios de manipulação, controle, prolongamento e até de extinção da vida pelo soberano.

Em continuidade à análise do fundamento biopolítico dos direitos fundamentais, verificou-se a tendência, cada vez maior na atualidade, de redução da existência à mera condição de vida nua, de *homo sacer*, de uma vida que, embora insuscetível, é matável.

Reduzido à condição de ser vivente, de animalizado, o *homo sacer* representa, em nosso tempo, a figura do banido, do excluído, que vive à margem do ordenamento político e social.

Na contemporaneidade, vivemos em uma realidade paradoxal, na qual Estado de Direito e estado de exceção coexistem em uma zona de indiscernibilidade. A mesma

Constituição que consagra a vida como um direito fundamental, dela também pode dispor, estabelecendo quem merece viver e em quais termos a vida deve ser exercida.

Para Agamben, é a partir desses terrenos incertos e sem nome, destas ásperas zonas de indiferença que deverão ser pensadas as vias e modos de uma nova política.

Viu-se que a relação política originária de constituição do Estado soberano foi a do bando, do estado de sítio ou de violência. Nessa relação, a vida nua foi o elemento político original do poder soberano, através da sua articulação com o *bíos*, em uma exclusão inclusiva.

Tal concepção nos mostra uma outra face da soberania, escamoteada pelo discurso jurídico. Nas palavras de Costas Douzinas:

Em princípio, o consentimento contratual parece ser a base do *Leviatã* e do Estado moderno. Porém, está é uma artimanha. A primazia do desejo conduz inexoravelmente ao contrato social, que apresenta a sociedade como resultado de liberdade individual e acordo. Por certo, um pacto com base nessas premissas não pode funcionar, a menos que se transforme na total sujeição de todos às ordens do Estado. A violência que assinalava o início e a força demandada pelo medo da morte ingressam na lei civil e se tornam sua inescapável condição e suplemento. A ordem do Soberano torna-se a base de toda autoridade. Lei são leis em virtude de sua origem e sanções, não em virtude de sua razão. (DOUZINAS, 2009, p. 91).

Em suma, a biopolítica, isto é, o controle da vida, é a política ocidental desde o início, o que torna vã a tentativa de fundamentar exclusivamente nos direitos do homem, as liberdades políticas.

É sob essa perspectiva que o espaço político do Ocidente deve ser repensado, a fim de que possamos compreender, de forma abrangente, a crise estrutural do modelo jurídico da soberania, que, nas palavras de Giacoia Junior (2008): “exibe o modo de funcionamento implacável da lógica do bando, como paradigma político”.

Para Mastrodi (2012), ao questionarmos o real fundamento dos direitos fundamentais, devemos considerar uma definição realista que faça emergir as relações sociais de dominação, escamoteadas pela aparente organização igualitária do sistema jurídico, que esconde a verticalização das relações econômicas e sociais.

Nas palavras daquele autor:

Atualmente, a luta pela concretização de direitos fundamentais abre verdadeiras fissuras no sistema social, já que faz sentido lutar por direitos como educação, saúde e meio ambiente, formas lícitas de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois aceitar a promoção de tais direitos significa conceder dignidade a praticamente todos os seres humanos. No entanto, o sistema social se estabelece sobre certa estrutura econômica que impede a realização desses direitos, o que demonstra que os direitos fundamentais não têm fundamento na dignidade da pessoa, tampouco na liberdade ou na igualdade, mas nas relações políticas e econômicas conformadas historicamente no âmbito de cada sociedade concreta. (MASTRODI, 2012)

O presente artigo não se prestou a refutar a concepção que entende os direitos do homem como conquistas históricas da sociedade.

Através da genealogia da origem e consolidação do Estado soberano na modernidade, buscou-se analisar o discurso jurídico que nos é apresentado sobre esses direitos, mas sob outra lógica, por sua vez, fundamentada em razões de economia política.

Acredita-se ser este o caminho para entendermos e enfrentarmos a crise permanente que envolve o exercício dos direitos do homem e do cidadão na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua I, Profanações*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

BARROS, João Roberto. *Crítica e Direitos dos Homens em Foucault: Biopolítica, potência do Estado e direitos humanos*. Disponível em: <www.derhuman.jus.gov.ar/conti/2011/10/mesa.../barrosll_mesa_25.pdf>. Acesso em: 22 Jul. 2013.

DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Sobre direitos humanos na era da bio-política*. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, Dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 Jul. 2013.

LUIZ, José Victor Regadas. *Estado de exceção como regra: o impasse contemporâneo à resistência política no pensamento de Giorgio Agamben*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/jose_luiz_33.pdf>. Acesso em: 22 Jul. 2013

MASTRODI, Josué. *Sobre o real fundamento dos direitos fundamentais*. São Paulo, *Revista Digital de Direito Público*, vol. 1, n. 1, 2012, p. 150 - 187. Disponível em: <www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em: 22 Jul. 2013.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Homo Sacer: O Poder Soberano e a Vida Nua*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7431>. Acesso em 22 Jul. 2013.

RUIZ, Castor. *A exceção jurídica na biopolítica moderna*. Revista do Instituto Humanitas Unisinos. 2010, São Leopoldo. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3507&secao=343>. Acesso em 22 Jul. 2013.