

LEGALIDADE IMUNITÁRIA: RISCOS DEMOCRÁTICOS  
DA PREVENÇÃO DO IMPREVISÍVEL

GONZALO VELASCO ARIAS



---

## **Legalidade imunitária: riscos democráticos da prevenção do imprevisível<sup>1</sup>**

*Immune legality: democratic risks of preventing the unpredictable*

Gonzalo Velasco Arias<sup>2</sup>

**Resumo:** Com o presente artigo propomos o ambicioso objetivo de expor e integrar duas das diferentes tradições que no último decênio têm abordado a temática da exceção. Por um lado, as ferramentas conceituais de filósofos como Giorgio Agamben ou Roberto Esposito nos servirão como marcos para traçar nossa hipótese de pesquisa: o estado de exceção é uma necessidade estrutural ou temporária dos Estados de Direito? Por outro lado, daremos resposta a tal questão por meio da literatura político-jurídica que, desde a história da “ditadura constitucional” de Rossiter até

- 
- 1 Tradução do castelhano ao português de Andityas Soares de Moura Costa Matos e Pedro Savaget Nascimento.
  - 2 Doutor em Filosofia da História pela *Universidad Autónoma de Madrid* e Professor de Pensamento Político e Social Contemporâneo na *Universidad Camilo José Cela* de Madrid. Especializou-se em questões relativas à biopolítica e a filosofia social. Ademais, tem trabalhado sobre o pensamento da comunidade e a filosofia italiana contemporânea. Entre suas publicações, cabe destacar a coordenação dos livros coletivos *Incomunidad: El Pensamiento de la Comunidad a Partir de Roberto Esposito* (Madrid: Arena 2011), este junto com Miguel Cereceda, e *Normalidad de la Crisis: Crisis de la Normalidad* (Buenos Aires/Madrid: Katz, 2012), ao lado de Luciana Cadahia.

o nosso presente, nos tem advertido acerca dos riscos, tentando articular mecanismos de contenção do poder soberano que se manifesta durante os períodos de exceção. O fio condutor será o ideal político da prevenção do imprevisível e do desconhecido, as formas de saber que engendra e os riscos que acarreta para a sociedade democrática. Nesse sentido, concluímos que a análise meramente legal é insuficiente, dado que não contempla todos os efeitos normativos da normalização da exceção.

**Palavras-chave:** Exceção. Imunidade. Ditadura constitucional. Prevenção. Normalização. Precaução.

**Abstract:** In this article we seek the ambitious goal of exposing and contrasting two of the various traditions that have thought the problem of state of exception in the last decade. On the one hand, we will use the conceptual tools of philosophers such as Giorgio Agamben or Roberto Esposito to present our research hypothesis: is state of exception a structural or a temporary need of the Rule of Law States? On the other hand, we will intend to answer to this question through the legal and political literature that has been pointing the risks of preventive sovereign power that emerges in exceptional times, since the *Constitutional Dictatorship* to current times. Our thread will be the political ideal of preventing what is unknown and unpredictable, the power knowledge that it generates and its democratic risks. In this sense, our conclusion will defend that the legal analysis is unsatisfactory, as it does not envisages all the normative effects of normalization of exception process.

**Key-words:** Exception. Immunity. Prevention. Normalization. Constitutional dictatorship. Precaution.

## 1. Introdução

Neste artigo analiso o modo pelo qual a ordem mundial resultante dos ataques terroristas de 11 de setembro alterou a relação entre a segurança e o porvir. A segurança implica uma relação cognoscitiva com o futuro a partir da qual se configura o presente. O caráter tanto inédito quanto inesperado do novo advento a partir de 2001 veio a confirmar o domínio paradigmático do denominado “princípio da precaução”, ou seja: diante da certeza de que é impossível obter um conhecimento certo sobre o futuro, as medidas preventivas radicalizam seu vigor autodisciplinar.<sup>3</sup> Os termos do político são, a partir de então, redefinidos por um medo baseado no risco e na incerteza que, inclusive, modificam a lógica do Direito Penal.<sup>4</sup> Que o Estado preventivo contemporâneo gera excesso de controle sobre a sociedade civil, na qual segurança e direitos entram em conflito, é uma constatação fática bastante abordada pelas ciências sociais nos últimos anos. A especificidade do enfoque que quero considerar neste artigo se radica em uma compreensão do presente e da capacidade ordenadora da política em função do tipo de relação de conhecimento que venha a estabelecer com o futuro.<sup>5</sup>

A discussão acadêmica se perfaz diante das seguintes alternativas: ou a lógica preventiva contemporânea responde a uma necessidade conjuntural de nosso tempo ou, pelo contrário, manifesta uma quebra estrutural de nossa configuração político-jurídica. A figura do “estado de exceção”, mecanismo pelo qual a lei se suspende a si mesma para

---

3 EWALD, 2002, p. 275.

4 PORTILLA CONTRERAS, 2005.

5 Trata-se de uma metodologia que, como veremos mais adiante, responde à genealogia das formas de saber-poder de Michel Foucault.

neutralizar circunstâncias imprevistas pelas disposições legais ordinárias, tem sido o exemplo privilegiado dessa alternativa: ou o império da lei (*rule of law*) está estruturalmente sujeito a uma soberania extralegal, posição defendida pragmaticamente pelo filósofo Giorgio Agamben,<sup>6</sup> ou a lei *não* perde vigência durante os períodos de exceção que, em consequência, seriam elementos necessários da ordem constitucional democrática.

Neste artigo utilizaremos a tese de Agamben devido ao seu alcance *ontológico*: toda forma de política estaria intrinsecamente legitimada por um poder não sujeito à lei, poder do qual os “estados de exceção” representariam somente os períodos nos quais tal poder se faria manifesto. O paradigma nascido após setembro de 2011 corroboraria esta tese: a obsessão por proteger a ordem de qualquer eventualidade não prevista nos códigos normativos e penais teria acarretado a generalização das decisões que, para protegerem a lei e a ordem, se situam fora da lei. A fatal consequência é que terminam negando aquilo que buscavam proteger. No âmbito da filosofia italiana, tal tese foi analisada pelo pensador napolitano Roberto Esposito, embora o tenha feito com uma diferença importante no que se relaciona a Agamben. Esposito atribui ao aparato categorial da modernidade a prioridade da proteção da segurança, o que ele chama de “paradigma imunitário”.<sup>7</sup> Embora tão crítico quanto Agamben no que diz respeito a esse afã securitário, Esposito não nega a necessidade da imunidade na constituição da individualidade: sem um mínimo de proteção capaz de garantir a constância do “meio interno” que se imuniza, a individualidade não seria possível.<sup>8</sup> Efetivamente, a imunidade é, na concepção de Esposito,

---

6 AGAMBEN, 2003, pp. 44-55.

7 ESPOSITO, 2004, pp. 41-79.

8 ESPOSITO; CAMPBELL, 2006, pp. 49-56.

um ato pelo qual o indivíduo se *individualiza* na relação com a alteridade.<sup>9</sup> Essa noção é distinta do ideal de pureza que entende toda influência externa como uma contaminação:<sup>10</sup> nesse caso, segundo Esposito, a constitutiva imunidade se torna auto-imunidade. O gesto imunitário equivalente à individuação e, portanto, à vida, se corrompe no excesso auto-imunitário: se a imunidade estava ligada à mesmidade (*ipseidade*, em termos de Ricouer), a auto-imunidade pretende preservar incólume a identidade (*idem*). Ao fazê-lo, nega a atividade vital que tolera, de fato, a imunidade.

Neste artigo trataremos de aplicar essa lógica à realidade político-jurídica contemporânea. O principal âmbito de nossa análise será a relação conflituosa entre direitos civis e segurança nos Estados Unidos, não apenas por sua óbvia relevância geopolítica, mas também porque a idiosincrasia de sua lógica constitucional expõe em toda sua radicalidade o conflito entre a normatividade da lei e a imprevisibilidade do futuro. Não obstante, em um segundo momento, introduziremos uma certa objeção ao delineamento anterior. Embora nosso enfoque esteja determinado pelo de Agamben, assim como pela semântica da imunidade empregada por Esposito, cremos que tais enfoques padecem de uma determinação ontológica quanto à materialidade histórico-política. Na realidade, a que Agamben e Esposito propõem é um debate ontológico cujas categorias se declinam em uma linguagem biopolítica aplicável à realidade contemporânea. Contudo, com isso reduzem o alcance político de sua análise do presente. Frente a essa chave filosófica, defenderemos a positividade da análise genealógica que vem colocando em prática certa linha de investigação sobre questões de segurança. Diante da tendência à ontologização da versão italiana

9 Em relação com o pensamento de SIMONDON, 2007.

10 Sobre este tema, a análise de referência segue sendo a de DOUGLAS, 2003.

da biopolítica, defenderemos a maior pertinência desta segunda linha de estudos críticos sobre a segurança, que, em nossa opinião, está aplicando com maior fidelidade a pauta de investigação acerca da biopolítica iniciada por Foucault.

## 2. A exceção: segurança da lei diante da incerteza

A exceção político-jurídica encontra sua justificação ao largo da história do direito no adágio “*necessitas non habet legem*”.<sup>11</sup> O estado de necessidade é aquele para o qual a lei não prevê nenhuma contrapartida. Requer, portanto, uma ação política não sujeita à lei. Com isso, evita-se que a pura necessidade fática se converta em fonte do direito, preservando assim sua autonomia normativa. Quando essa reação política excepcional é contemplada por um código constitucional, produz-se o paradoxo de um mecanismo legal que congrega aquilo que não pode ter forma legal: o estado de necessidade, de emergência ou de exceção. Quanto a esse aparato, centralizarei minha atenção nessa acomodação constitucional da exceção, rastreando algumas de suas instituições históricas abordadas por dois grandes estudiosos da temática: *Die Diktatur* de Carl Schmitt<sup>12</sup> e *Constitutional Dictatorship* de Clinton L. Rossiter.<sup>13</sup> Depois, estudaremos seus paradoxos lógicos no âmbito legislativo estadunidense,

11 AGAMBEN, 2003, p. 37.

12 SCHMITT, 1999.

13 Schmitt é a referencia clássica a quem a tradição toma como autoridade quase exclusiva. Com sua célebre definição da soberania, Schmitt gerou um duplo debate: por um lado, o teológico-político e, por outro, o estritamente jurídico-político. A este último pertence o excelente – e bastante esquecido – ensaio de Rossiter (ROSSITER, 2007), no que pese o fato de ser também citado por Agamben, principal promotor da atualização do debate em nossos dias. Essa vertente jurídico-política – que teve seu contexto na crise do parlamentarismo e na experiência dos regimes fascistas da primeira metade do século XX – está finalmente sendo recuperada, sobretudo no



não só pelas óbvias razões geopolíticas atuais, mas também porque a idiossincrasia de sua produção legislativa e seus precedentes na interpretação da exceção fazem dele um caso especialmente significativo.

## 2.1. A exceção nos limites do poder constituído

Em *Die Diktatur*, Schmitt justifica o mecanismo jurídico da exceção mediante a distinção entre “normas de direito” e “normas de realização do direito”. Essa distinção implica que o direito requer determinadas condições para sua aplicação, que são as consideradas normais. Se essas condições não se cumprem, então, por definição, não se poderá aplicar um mecanismo legal para solucioná-las. Requerer-se-á, ao contrário, uma suspensão do direito que permita implementar medidas destinadas a reconstruir as condições normais de sua aplicação. O estado de exceção é, pois, o reconhecimento por parte do direito de sua insuficiência em casos de necessidade. Note-se, não obstante, que a necessidade não é um valor absoluto, mas um valor relativo àquele que o direito estabeleça como normal. A normatividade do direito não consiste somente em determinar os limites da convivência, mas também em estabelecer as condições aceitáveis para sua própria aplicação.

Nesse mesmo ensaio, Schmitt distingue entre dois tipos de ditadura, a *comissarial* e a *soberana*. A primeira tem como finalidade o restabelecimento da normalidade requerida pela ordem jurídica vigente. A segunda, por sua vez, se refere a um uso dos poderes extraordinários para a instauração de uma nova ordem política. Ambas diferem no que tange à

---

âmbito estadunidense, devido à peremptória necessidade de questionar o papel da lei nos tempos de crise que sucederam os atentados de 11 de setembro. Cf., por exemplo, DYZENHAUS, 2006, GROSS; NI AOLÁIN, 2006 e POSNER, 2006.

decisão sobre a legitimidade da anomia que desperta a suspensão da lei: para a ditadura comissarial, a ordem vigente é legítima e, portanto, a anomalia deve ser sufocada; para a soberana, diferentemente, a legitimidade está na ordem não estabelecida para a qual a situação excepcional aponta. A *comissarial* permaneceria subsumida ao *poder constituído*, enquanto a segunda representaria um *poder constituinte*. Apesar de tudo, ambas pressupõem a necessidade de instituir uma ordem normativa legitimada.<sup>14</sup>

A ditadura comissarial é, por seu reconhecimento da legitimidade do poder constituído, o antecedente das cláusulas de exceção contempladas nas Constituições de regimes políticos liberais. Tanto Schmitt como Rossiter assinalam que sua origem histórica é a instituição romana republicana anterior à designação de César como ditador vitalício em 46 a.C. Antes dessa transformação, o Senado concedia a dignidade de ditador para a execução de uma missão concreta em prazo preestabelecido, que costumava ser de seis meses. Nesse período, o ditador não estava sujeito à lei ordinária e gozava de pleno poder sobre a vida e a morte; por outro lado, ele não podia modificar as leis existentes ou proclamar leis novas, nem tampouco mudar a Constituição republicana ou reorganizar os poderes públicos. Como destaca Rossiter, os cônsules que escolhiam o ditador não podiam representar eles mesmos esse papel, objetivando que a decisão e sua execução estivessem separadas.<sup>15</sup> A soberania, portanto, não deixava de estar no Senado, sendo o ditador um mero executor da missão encomendada.

Schmitt aponta Jean Bodin como o principal nexos entre a antiga instituição e a modernidade. No marco da legitimação teórica da soberania absoluta e perpétua em que consiste

14 HUYSMANS, 2006, pp. 11-29.

15 ROSSITER, 2009, p. 25.

sua magna obra, *A República*, a comissão é a forma de dar entrada à contingência na ordem jurídica. Diferentemente do funcionário, cujo cargo é perpétuo e com função prevista na lei, o comissário “é designado *selon l’occasion* e sua atividade termina com a execução do negócio”. A necessidade que motiva a atribuição de uma comissão liga sua ação às exigências concretas dos fatos e às instruções do comitente, ao contrário do funcionário, a quem a formalidade da lei que prevê suas funções permite uma maior discricionariedade. A ordem legal que, em condições normais, se articula por meio do funcionalismo, prevê mediante a comissão o imprevisível, a contingência dos fatos. Ou seja, robustece e imuniza a soberania, que em nenhum caso questiona. Inclusive no sistema de John Locke, que se deduz tão absolutamente do direito até o ponto de considerar como *the way of beasts* aquilo que não se amolde à lei, assume-se a necessidade da exceção pelo reconhecimento de uma prerrogativa régia que deixa à discricção de quem detenha o poder executivo tudo aquilo que não possa ser previsto pela lei. Significativo também é que Montesquieu, o teórico do equilíbrio entre os poderes, reconheça que “em certas circunstâncias deveria se cobrir com um véu a liberdade, o mesmo que se faz com as estátuas dos deuses”. Quanto a Rossiter, devemos atribuir o remanescente da expressão “ditadura” ao contexto em que redigiu sua obra. Recolhendo essa tradição, sua proposta para situações de emergência – a “ditadura constitucional” – é “ilimitada em sua natureza e limitada em seus princípios”. Consegue assim uma suspensão da ordem constitucional dentro da própria ordem constitucional que, portanto, não cessa durante o exercício excepcional do poder executivo ilimitado.

As obras citadas de Schmitt e Rossiter são respostas para a experiência da crise dos sistemas parlamentares li-

berais. Elas constataam a insuficiência do poder legislativo para dar resposta e controlar a emergência de crises que questionam a própria legitimidade do sistema. A figura de um despotismo temporal com prerrogativas bem delimitadas pela Constituição se revela enquanto necessidade estrutural para a perpetuação dos sistemas liberais. Daí a remissão à instituição romana, à separação da decisão sobre o estado de exceção e sua execução e à limitação do ditador constitucional para modificar a legislação e instituições ordinárias. As medidas excepcionais tomadas diante das situações de crise não seriam meras reações conjunturais. Ao contrário, é nessas situações que se revela a disfunção estrutural do sistema, a insuficiência da lei para proteger a si mesma.

As cláusulas de “acomodação” (*models of accomodation*)<sup>16</sup> da exceção nas Constituições contemporâneas respondem a esse princípio, despojado do personalismo com o qual se identifica a exceção nas obras de Schmitt e Rossiter. São mecanismos de prevenção do imprevisível mediante a suspensão do funcionamento ordinário das instituições e do equilíbrio de poderes. Na tradição das Constituições escritas, a origem dessa acomodação constitucional da exceção data da Assembleia Constituinte Francesa de 8 de julho de 1791, a qual categorizava os estados possíveis no mundo dos fatos em “estado de paz”, “estado de guerra” e “estado de sítio”.<sup>17</sup> Este último implicava a declaração “*hors de la constitution*” das localidades sitiadas, com a conseqüente transferência de poderes para as autoridades militares. O período pós-revolucionário do “terror” levou à ampliação dos limites temporais e espaciais da aplicação do “estado de sítio” até fazer com que ele equivalesse a um estado de exceção em nível estatal. Daí que, em um uso arcaizante, ainda seja

16 GROSS; NI AOLÁIN, 2006, p. 9

17 ROSSITER, 2007, pp. 75-131 e GROSS; NI AOLÁIN, pp. 26-30.

mantido em muitos dos textos constitucionais atuais. Não é meu objetivo reconstruir a história das figuras jurídicas de tal expressão no período contemporâneo. Com a menção da origem do “estado de sítio” procuro apenas constatar que o reconhecimento da própria insuficiência para se proteger está presente desde a origem mesma do Estado moderno.

## **2.2. Incompatibilidade entre o controle constitucional da arbitrariedade e a flexibilidade das respostas ao imprevisto**

Após o uso excessivo das prerrogativas excepcionais frente às crises políticas, bélicas e econômicas da primeira metade do século XX, a maioria dos sistemas constitucionais ocidentais optou por um reconhecimento múltiplo das situações de emergência fática suscetíveis de gerar uma suspensão excepcional da ordem normativa. Novamente, uma análise extensa do constitucionalismo comparado não seria pertinente aqui. Basta dizer que os estados de emergência possíveis se diversificaram em função de cada contexto. Por exemplo, nas Constituições de Estados convulsos tanto em suas circunstâncias políticas quanto nas condições naturais, como são os da América Latina, às categorias clássicas de “estado de sítio”, “de guerra” ou “de emergência” se somam outras concreções categoriais como “estado de alarme”, “estado de prevenção” ou “estado de defesa”.<sup>18</sup> Com essa concreção dos diferentes casos nos quais o funcionamento ordinário das leis e das instituições não bastaria para sua própria proteção, busca-se uma maior efetividade na prevenção. Ao mesmo tempo, trata-se assim de impedir a suspensão *arbitrária* da ordem civil em condições que não a requerem. Entretanto,

---

18 ROSSITER, 2007, p. 46.

como se pode imediatamente contestar, essa maior definição dos estados suscetíveis de medidas excepcionais aumenta a vulnerabilidade frente à contingência. As categorias constitucionais da exceção, por muito amplo que seja seu âmbito de referência, não podem prever nem prevenir as exigências das situações de emergência por vir. Por parte desta posição, resultaria ingênuo pretender que os mecanismos de exceção conhecidos pudessem dar resposta às novas ameaças e para as novas metamorfoses da crise. Por conseguinte, com as fórmulas de acomodação constitucional da exceção se estaria contrariando a máxima *necessitas non habet legem*: o estado necessidade, *i. e.*, aquilo que ameaça a segurança da lei e da ordem, por definição não pode ter um correlato legal. As condições para a ação excepcional, se esta deve ser verdadeiramente efetiva, hão de ser assinaladas não pela Constituição, mas pelas próprias características da emergência.

### 2.2.1. Estados Unidos: a emergência como fonte de direito

Em síntese, a capacidade de reação frente à emergência imprevista e imprevisível é inversamente proporcional ao grau de concreção constitucional dos casos em que o estado de exceção é aplicável. O preço de uma maior discricionariedade se cifra no risco de uma maior arbitrariedade na declaração do estado de necessidade, que implica uma menor garantia dos direitos e liberdades. No extremo dessa equação se encontra a Constituição Estadunidense. Ao contrário dos modelos de “acomodação” anteriormente mencionados, a carta magna dos Estados Unidos não contém nenhuma cláusula precisa dedicada às situações de emergência. Toda a responsabilidade ante a emergência contingente de uma situação excepcional é deixada para a interpretação de algu-

mas de suas emendas fundamentais, o que é possível graças à vagueza de sua redação. Assim, a seção nona do artigo primeiro contempla a possibilidade de se suspender o *habeas corpus*<sup>19</sup> em casos de rebelião ou invasão que ponham em risco a segurança pública. A autoridade legítima para declarar as situações de risco nas quais essa suspensão está legitimada resta indeterminada, ambiguidade que é reforçada pela contradição entre a oitava seção do artigo primeiro, que confere ao Congresso a autoridade para manter e recrutar o Exército e a Marinha, bem como para declarar o estado de guerra, e o artigo segundo, que declara o Presidente *Commander in Chief*. Outra das disposições que está sendo fundamental na implementação atual das medidas excepcionais para a prevenção de ataques terroristas é a XIV Emenda, que proíbe privar uma pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem os devidos direitos processuais (*procedural due process rights*) sem, contudo, especificar quais são os limites desses direitos.<sup>20</sup>

Vou me deter neste último caso, pois ele permite relacionar a atual tendência à suspensão de direitos civis com as políticas preventivas implementadas após os ataques terroristas de 11 de setembro. Na tradição jurídica dos Estados Unidos, os direitos civis são, em última instância, ditados pela Suprema Corte graças à interpretação do texto constitucional. Os juízes da Suprema Corte operam como uma forma de vínculo entre o poder constituído e um poder constituinte que, desse modo, não se torna esclerosado na mera formalidade das leis escritas. Portanto, na prática não

---

19 Mais precisamente, determina que o privilégio do mandado judicial do *habeas corpus* não pode ser suspenso, *exceto* durante períodos de rebelião ou invasão. O caso *ex parte* Millingan de 1866 é o precedente mediante o qual a Suprema Corte sustentou que esse direito não poderia ser suspenso enquanto os tribunais civis estivessem ativos.

20 POSNER, 2006, p. 9.

é possível distinguir a lei de sua interpretação: a lei é sua interpretação, animada inevitavelmente pela subjetividade dos juízes, pela particularidade do contexto histórico e social que lhe é contemporâneo ou por metaprincípios morais e religiosos acerca dos quais, em nenhum caso, poderá haver consenso. A lei, destarte, é sempre *contemporânea*.

Quando essa circunstância vem marcada, como mais adiante demonstraremos, por um regime de discurso do medo, da segurança e da precaução, cuja interpretação é o limite dos direitos processuais que a XIV Emenda não determina, pode-se colocar em perigo a garantia *formal* desses direitos. O problema desse sistema é que a referência objetiva, o texto constitucional, é o que se deve interpretar. O papel do precedente, outra das fontes de direito nos sistemas do *common law*, tem escassa importância nessa lógica, como argumenta o juiz Richard Posner.<sup>21</sup> Não porque a Constituição tenha sido redigida para as condições de segurança e ameaça do século XVIII – violação das fronteiras territoriais e rebeliões internas, principalmente –, mas porque os ataques terroristas constituem uma forma de ameaça absolutamente nova, que invalida as categorias até então viventes. A garantia dos direitos processuais básicos de um criminoso é um dos pilares do liberalismo político. Não obstante, segundo esse ponto de vista um ataque terrorista não entra nas estipulações jurídicas de crimes ordinários e nem de crimes bélicos. O mero raciocínio por analogia, próprio do precedente, não pode dar sentido a uma situação *radicalmente inédita*. Nessa conjuntura, sustenta Posner, ante a ambiguidade da disposição constitucional o juiz da Suprema Corte procederá pragmaticamente, por comparação dos efeitos de sua decisão. Segundo esse enfoque, no que tange à suspensão do *habeas corpus* e dos direitos processuais, a balança terá que sopesar

---

21 POSNER, 2006, p. 28.



a garantia das liberdades individuais e a segurança nacional. E para isso, sustenta o juiz da Suprema Corte, os juízes não podem contar com informação suficiente. Apenas o Executivo tem condições de valorar se a suspensão do *habeas corpus*, a detenção indefinida sem julgamento e nem acusação formal ou, inclusive, a tortura, podem ser verdadeiramente valiosas para a segurança nacional. Em situações de emergência, por conseguinte, o equilíbrio de poderes deve capitular em favor do Executivo.<sup>22</sup>

Tal argumentação poderia parecer consistente com a justificação da exceção constitucional ou comissarial enquanto necessidade estrutural de um sistema liberal em que a lei não basta para proteger a si mesma. Não obstante, as condições acima esquematizadas para que a exceção permaneça nos limites da constitucionalidade não têm sido nitidamente respeitadas nas decisões políticas adotadas após o 11 de setembro. Em primeiro lugar, foi precisamente o Executivo estadunidense que declarou o estado de exceção e, ao mesmo tempo, se erigiu como seu braço executor. Por outro lado, essa violação do princípio da separação entre aquele que decide e aquele que executa a exceção encontra suas raízes na tradição presidencial dos Estados Unidos, começando por Abraham Lincoln que, em 12 de abril de 1761, nos albores da Guerra Civil, se erigiu como protetor da União, convocou unilateralmente o Exército, decretou um bloqueio aos Estados do Sul e autorizou o Comandante das Forças Navais a suspender o *habeas corpus* entre as cidades de Philadelphia e Washington primeiro, e depois

---

22 Os estados de necessidade costumam beneficiar a apelação à concentração de poderes no Executivo para facilitar a rapidez das decisões de emergência. Entra em curto-circuito, com isso, o controle recíproco e a representação política que a separação de poderes garante, além de despolitizar a sociedade sob a alegação de que qualquer dissenso prejudica o curso das decisões.

entre Washington e New York. A autorização do Congresso só foi obtida em uma sessão especial convocada *a posteriori* aos 4 de julho, na qual Lincoln justificou suas decisões como resposta a “uma demanda popular e a um estado de necessidade pública”.<sup>23</sup> A partir desse precedente, a história dos Estados Unidos está marcada pela reivindicação de plenos poderes pelos sucessivos Executivos frente a situações de crise. Esse unilateralismo da decisão por parte do Executivo se manifesta na pressão que ele exerce sobre os órgãos representativos para que acelerem suas tomadas de decisões sem as mediações deliberativas pertinentes. As respostas em nome da segurança costumam colocar as instituições em dramáticos dilemas ante os quais só cabe a concessão de medidas urgentes decididas pelo Executivo. Por exemplo, o Procurador-General John Ashcroft proclamou, duas semanas depois dos ataques de 11 de setembro: “Cada dia que se passa com leis e regulamentos de outra época é um dia de vantagem para os terroristas. Enquanto o Congresso não fizer mudanças, estaremos lutando contra a corrente”.<sup>24</sup> A urgência com a qual se apela para medidas de segurança deslegitima os mecanismos institucionais de representação, deliberação e controle de poderes, concentrando toda a autoridade para a tomada de decisões no Executivo.<sup>25</sup> A isso

23 *Apud* AGAMBEN, 2003, p. 36.

24 “Every day that passes with outdated statutes and the old rules of engagements is a day that terrorists have a competitive advantage. Until congress makes these changes, we are fighting an unnecessarily uphill battle” (*apud* HUYSMANS, 2004, p. 332).

25 Tanto o *USA Patriotic Act* de outubro de 2001 como o *British ACTSA* de dezembro desse mesmo ano foram aprovados pelas respectivas câmaras mediante a limitação dos mecanismos normais de escrutínio. Outro exemplo é a centralização das informações sobre segurança, como ocorreu com a criação do *US Department of Homeland Security*, que comunica a informação diretamente ao Presidente para assim garantir a maior celeridade das medidas preventivas de novas ameaças. A redução das mediações

se soma a chamada para a unidade nacional e a aceitação de sua inequívoca representação no Executivo, o que ocasiona não só o descrédito das instituições – *v. g.*, das verdadeiras instâncias representativas – mas também a impossibilidade do dissenso, gerando a absoluta despolitização da sociedade.

### 2.2.2. A soberania para além da Constituição

O segundo fator que impede que as reações dos Estados Unidos aos ataques terroristas respondam aos critérios de uma exceção constitucional ou comissarial é que as medidas preventivas não são extraordinárias, válidas para um período delimitado de tempo e para fazer face a fins concretos, sendo, pelo contrário, validadas como parte do código ordinário. Assim, por exemplo, se em tempos de paz e de estabilidade nacional a detenção de um suspeito sem provas poderia ser decretada por um juiz como uma ação inconstitucional, em tempos de crise essa interpretação da seção nona do artigo primeiro seria totalmente constitucional porque isso é o que se requer para a segurança nacional. Recordemos que tal cláusula contempla a possibilidade de suspender o *habeas corpus* em casos de perigo para a segurança nacional, o que se combina com o fato de que na XIV Emenda os direitos processuais mínimos não estão bem definidos. Por isso, uma detenção indefinida e sem provas pode ser justificada pela necessidade de se obter informações que ajudem a prevenir novos ataques. Pela mesma razão, a exigência de provas para a detenção é menor em tempos de exceção.<sup>26</sup> O juiz Posner vai além: apesar dos Estados Unidos participarem da “Convenção Internacional Contra a Tortura”, sua Constituição

---

reduz também a diversidade de opiniões e a possibilidade de dissenso (HUYSMAN, 2004, p. 332).

26 POSNER, 2006, p. 73.

não a proíbe textualmente. Portanto, o uso da tortura para a obtenção de informações preventivas, mesmo que não esteja justificada pela lei, tampouco é inconstitucional.<sup>27</sup>

Nesse sentido, David Dyzenhaus distingue entre os “buracos negros” e os “buracos cinzentos” na legislação ordinária.<sup>28</sup> Estes últimos são medidas excepcionais adotadas pelo Executivo que a Suprema Corte revisa *a posteriori* quanto à sua validade constitucional. Por outro lado, os “buracos negros” são exceções reconhecidas enquanto tais que, por serem limitadas em sua duração e objetivos, não contagiam a normalidade político-jurídica.<sup>29</sup> As detenções por períodos indefinidos e os casos de tortura são “buracos cinzentos” que contagiam a aplicação ordinária da lei com a excepcionalidade, o que contraria os princípios de toda exceção constitucional.

Um caso análogo é o uso de leis ordinárias para fins preventivos para os quais não foram concebidas, como nos últimos anos vem ocorrendo com frequência com as leis de imigração. A exceção constitucional ou “comissarial” significa a adoção de medidas extraordinárias a fim de recuperar as condições normais de aplicação do direito que a emergência impediu. Mas, nesse caso, são as próprias normas ordinárias as que se empregam excepcionalmente com o objetivo de

---

27 Cf., no mesmo sentido: YOO, 2006.

28 DYZENHAUS, 2006, p. 42.

29 Bruce Ackerman, atualizando Rossiter, propõe condições externas que impeçam que a exceção transcenda os limites do poder constituído. Propõe para isso o requerimento de renovação parlamentar do estado de emergência dentro de prazos muito curtos. Para cada renovação, a maioria requerida seria proporcionalmente maior, o que permitiria que com o tempo até uma minoria parlamentar pudesse impedir sua declaração. Um horizonte tão estreito operaria como fator de dissuasão de sua declaração e da arbitrariedade das medidas efetivadas (ACKERMAN, 2004). Tanto ele quanto Gross exigem, da mesma maneira, a constância pública de toda suspensão extraordinária de direitos processuais básicos e a avaliação posterior da comissão (GROSS, 2006).

restabelecer as condições de sua aplicação normal. É o caso da Lei de Imigração depois da promulgação do *USA Patriotic Act*. Nesta última se oferece uma dupla definição de atividade terrorista: uma para os cidadãos estadunidenses, que responde ao critério universal, e outra para os *foreign nationals*, que equipara qualquer crime ordinário ou violação à Lei de Imigração a um indício de atividade terrorista.<sup>30</sup> Inclusive antes, nove dias depois do 11 de setembro, o Procurador-Geral mudou a regulação das prisões de imigrantes: a antiga regra requeria que o detido fosse colocado em liberdade se não fosse apresentada uma acusação em até 24 horas. A nova ordenação passou a autorizar a detenção sem acusação em tempos de emergência por um período “razoável” não especificado. O uso interessado da Lei de Imigração como pretexto para a detenção preventiva se mostra em seu extremo mais paradoxal no seguinte fato: caso o “não-cidadão” aceite sua deportação, não há qualquer razão para continuar detendo-o. Mas dado que o interesse do governo desde o 11 de setembro não é, como de costume, a expulsão, mas sim a dilação da prisão, a aceitação da deportação por parte dos próprios afetados trouxe um problema que foi solucionado mediante o uso da *Material Witness Law*, uma lei que simplesmente autoriza a detenção de testemunhas materiais que resistem em comparecer a juízo, visando prolongar as detenções até que a investigação se complete. A duração média dessas investigações foi de 80 dias; já sua máxima duração, de 244.<sup>31</sup> Esse uso da lei *para fraudar a lei* não é uma comissão, uma exceção temporal. Implica, pelo contrário,

30 COLE, 2005, p. 87. Segundo declarações do Procurador-Geral John Ashcroft em outubro de 2002, entre os deveres dos juízes está o de neutralizar “potential terrorist threats by getting violators off the street by any lawful means possible, as quick as possible. Detain individuals who pose a national security risk for any violations of criminal or immigration laws” (apud COLE, 2005, p. 22).

31 COLE, 2004, p. 33.

uma soberania para além da lei, não sujeita ao controle recíproco de poderes.

Recuperando aqui as ideias de Schmitt, demonstrou-se que essa exceção não pode ser comissarial ou constitucional, mas tampouco pode ser soberana, visto que não funda um novo ordenamento. Nem sujeita ao poder constituído, nem veículo do poder constituinte, estamos diante de uma soberania que, como definida em *Politische Theologie I*, nem funda nem conserva, tão-somente suspende.<sup>32</sup> Uma soberania que, portanto, não está sujeita ao direito e nem está fora dele. Não se trata apenas da disfunção do sistema acima mencionado, segundo a qual a lei necessitaria de uma ação fora da lei para proteger a si mesma. A lei estaria totalmente subordinada à soberania fora da lei. Em termos de prevenção, portanto, não haveria nenhum limite normativo para a ação: para a soberania fora da lei, *qualquer* estado é um estado de emergência, toda contingência é uma necessidade que requer uma decisão para a qual a lei não conta. Dos prudentemente precavidos mecanismos de acomodação da exceção nos textos constitucionais passamos ao domínio absoluto da *precaução* como paradigma de governo. No tópico seguinte tentarei explicar que tipo de regime discursivo põe as condições para esse estado de necessidade permanente e para a irrupção desse tipo de soberania como reação. Ademais, tratarei de estabelecer o vínculo entre o excepcionalismo estadunidense e sua universalização enquanto paradigma de governo no âmbito das relações internacionais.

### 3. Um presente disposto à catástrofe

A detenção preventiva supõe uma inversão absoluta da lógica do Direito Penal. Em diversas ocasiões, os parti-

---

32 SCHMITT, 2009.

dários do decisionismo soberano, frente a situações de crise, o justificam por analogia com o confinamento preventivo de doentes mentais potencialmente perigosos.<sup>33</sup> Pois bem, nestes últimos casos é possível apresentar provas objetivas acerca dessa periculosidade. Por outro lado, os mecanismos preventivos que se implementaram após os ataques de 11 de setembro não requeriam nenhum indício real de atividade terrorista: para os *foreign nationals* basta um crime ordinário ou a violação da Lei de Imigração. Inclusive quando os acusados aceitam as respostas ordinárias do direito diante de tais descumprimentos da lei, como no caso da deportação, o acusado pode ser retido por meio de mecanismos como a *Material Witness Law* até quando a autoridade pertinente o considere oportuno. O ônus da prova já não recai sobre a acusação: é o acusado que deve demonstrar que não cometerá o crime que, todavia, não perpetrou. Sua responsabilidade é, portanto, incerta e prévia ao potencial ato pelo qual é acusado.<sup>34</sup>

### 3.1. O risco como dispositivo

No tópico anterior explicamos a lógica político-jurídica da exceção em relação ao controle preventivo da contingência; vimos também o tipo de soberania que lhe está associada no caso das medidas antiterroristas adotadas após o 11 de setembro. Passamos agora a explicar o regime discursivo que põe as bases para que tal estado político-jurídico seja possível e percebido como algo peremptório. Tal propósito pressupõe determinada compreensão da ordem do discurso que age no âmbito da ideia de dispositivo. Nos termos de Foucault, um dispositivo é a relação que se estabelece entre

---

33 POSNER, 2006, p. 66.

34 ARADAU; VAN MUNSTER, 2008, p. 31

elementos heterogêneos tais como “*discursos, instituciones, formas arquitectónicas, decisión normativas, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos filosóficos y morales*”.<sup>35</sup> Para o que nos ocupa neste trabalho – ou seja, a segurança e a prevenção frente à contingência imprevisível – interessa-nos compreender o dispositivo do *risco*. Os estudos críticos sobre políticas de segurança que interpretam o risco enquanto dispositivo se afastam da corrente iniciada pelo sociólogo Ulrich Beck nos anos 90. O dispositivo do risco implica certo tipo de relação com o futuro que determina intervenções no presente destinadas a controlar seus potenciais efeitos danosos.<sup>36</sup> A administração do risco é um modo de organizar a realidade, de domesticar o futuro, de disciplinar a contingência e racionalizar a conduta individual. Os mecanismos político-jurídicos estudados no tópico precedente podem ser, então, resultados ou partes de um dispositivo de risco.

Mais concretamente, seguindo Claudia Aradau e Rens van Munster, há um dispositivo de risco entendido como precaução (*precaution risk*) e não como asseguração. A asseguração requer um grau de identificação do risco e de cálculo estimativo do evento futuro. Já a precaução é o dispositivo de risco que, por um lado, assume a absoluta incerteza do futuro; por outro lado, ele estrutura o presente em função da previsão de um acontecimento catastrófico. A precaução dispõe a realidade em função da possibilidade de uma contingência catastrófica cujo advento não se pode conhecer. O risco que representa é o de “*pior cenário possível*” no qual se produziriam danos irreparáveis. Em consequência, o nível de risco tolerado é nulo e o peso da prova se desloca para o suspeito antes do cometimento do delito.<sup>37</sup>

35 FOUCAULT, 2001, p. 298.

36 ARADAU; VAN MUNSTER, 2008, p. 25.

37 ARADAU; VAN MUNSTER, 2008, p. 30. Um significativo exemplo da



Em síntese, a incerteza e, até mesmo, a certeza de que uma catástrofe absoluta é possível, justificam a necessidade de medidas penais preventivas que estão fora da lei e quebram a lógica penal ordinária. Mais do que isso: quando o futuro se torna imprevisível e o imprevisível é sabidamente catastrófico, o único governo possível do presente em relação ao futuro é decisionista e não deliberativo.<sup>38</sup> Dado que não há elementos para a deliberação, se impõe a arbitrariedade ante o risco da catástrofe irreparável, com os efeitos despolitizadores sobre os quais já falamos. Dessa maneira, a soberania decisionista que caracteriza o estado de exceção posterior ao 11 de setembro se ampara na paradoxal relação com o futuro – impossibilidade tanto de negar quanto de conhecer a catástrofe – imposta pelo discurso do risco entendido a partir da precaução.

---

racionalidade engendrada por esse tipo de risco é a seguinte intervenção de George W. Bush em 2002: *“Many people have asked how close Saddam Hussein is to developing a nuclear weapon. Well, we don’t know exactly, and that’s the problem... Facing clear evidence of peril [the attacks of September 11], we cannot wait for the final proof – the smoking gun – that could come in the form of a mushroom cloud... Understanding the threats of our time, knowing the designs and deceptions of the Iraqi regime, we have an urgent duty to prevent the worst from occurring”* (apud ARADAU; VAN MUNSTER, 2008, p. 30).

- 38 Eis o que disse Tony Blair sobre a impossibilidade de basear suas decisões sobre a guerra do Iraque em um conhecimento especializado: *“Sit in my seat. Here is the intelligence. Here is the advice. Do you ignore it? But, of course, intelligence is precisely that: intelligence. It is not hard fact. It has its limitations. On each occasion, the most careful judgement has to be made taking account of everything we know and advice available. But in making that judgement, would you prefer us to act, even if it turns out to be wrong? Or not to act and hope it’s OK? And suppose we don’t act and the intelligence turns out to be right, how forgiving the people will be?”* (apud ARADAU, VAN MUNSTER, 2008, p. 32).

### 3.2. Outros marcos de legitimação da exceção: segurança humanitária e direito de intervenção

No plano internacional, o dispositivo da *human security* é a variante do dispositivo de risco que permite o exercício da soberania decisionista.<sup>39</sup> A noção de segurança enquanto dispositivo procede das investigações de Foucault acerca da biopolítica e da governamentalidade às quais, neste ponto, me vejo obrigado a referir-me brevemente. A atenção dada por Foucault para as mudanças nas tecnologias de governo a partir do século XVIII gira em torno de uma transformação na percepção da contingência. A contingência não é um valor em si absoluto, como tampouco o é a necessidade, à qual nos referíamos no segundo tópico em relação à justificação das intervenções políticas excepcionais. Ambas requerem um dispositivo institucional e discursivo prévio que permita perceber o estado das coisas como normal em uns casos e extraordinário e contingente em outros. A mudança identificada por Foucault é dada pela irrupção de um novo tipo de conhecimento e de métrica científica que tem a população por objeto. A problematização da segurança se desloca então do território para a população. Os acontecimentos contingentes que essa nova *episteme* permite detectar são os fenômenos politicamente relevantes a partir de então.<sup>40</sup> Isso porque tais fenômenos motivam a criatividade das mídias governamentais com objetivo de melhorar a qualidade de vida dos membros da sociedade civil: a contingência é uma oportunidade de governo. A saúde, o trabalho ou a natalidade são alguns dos âmbitos privilegiados de regulação.<sup>41</sup>

39 DE LARRINAGA; DOUCET, 2008.

40 DILLON, 2003.

41 FOUCAULT, 2004, pp. 63-93.

O governo passa então a possuir um poder de criar vida, de fazer viver, que contrasta com a soberania entendida como poder de eliminar a vida.

Embora seja grande a tentação de estabelecer uma cesura epocal entre um paradigma de governo biopolítico – que seria o especificamente moderno – e a soberania que lhe antecede, parece-nos ser mais correto interpretar o primeiro como transformação, adaptação e, inclusive, sofisticação do segundo. Retrocedamos um instante para análise da exceção. A anomalia se manifesta para um sistema normativo como necessidade de intervenção excepcional, fora da própria norma, para o restabelecimento das condições de aplicação da norma. O aqui (a anomalia) e o para-além (a soberania) da lei se conectam *sem a mediação da lei*. Na terminologia biopolítica, a contingência imprevisível se converte, por meio das técnicas de conhecimento da sociedade civil, em informação para uma nova regulação governamental. A mediação da norma desapareceu, perdeu seu foco em um dispositivo que contempla a vida enquanto constante emergência que reivindica a decisão. O paradigma biopolítico é o que dispõe a vida para ser entendida como uma constante contingência que, portanto, requer constantemente medidas excepcionais. Em teoria, se trataria de uma soberania comissarial, pois intervém na contingência para a conservação da normalidade. Mas, na prática, a normalidade é reconfigurada a cada intervenção. Em suma, a biopolítica é o novo rosto da soberania no qual o poder e a vida são imanentes.<sup>42</sup>

Voltando para o plano internacional, a lógica da exceção é permitida pelo dispositivo da “segurança humanitária”. Outrossim, no nível internacional, esse conceito implica uma definição de riscos e uma administração das

---

42 DILLON; REID, 2009, p. 9.

contingências que proteja e melhore a vida das populações sujeitas à ação internacional. A saúde e o bem-estar das populações é o motivo que prepara a intervenção internacional. Indo mais além, pode-se afirmar que a ênfase da insegurança toma o lugar da ênfase da segurança enquanto justificativa da intervenção, sobretudo a partir de 2001.<sup>43</sup> Isso conduz ao mecanismo legal que mais significativamente concretiza o dispositivo geral da “segurança humanitária”: o “direito de intervenção” em nome da comunidade internacional. Em um informe de 2001 intitulado *The Responsibility to Protect, a International Commission on Intervention and State Sovereignty* (ICISS) legitimava a suspensão parcial da legalidade internacional “em casos de violência que atentem contra o senso comum humanitário ou que pressuponham um perigo tão claro para a segurança internacional que requeiram uma intervenção militar”.<sup>44</sup> Não se pode refutar a necessidade da intervenção em casos de danos objetivos contra uma população para quem as medidas soberanas das nações afetadas não são suficientes. O problema – análogo ao de legislações nacionais como a dos Estados Unidos, estudadas no segundo tópico – é que sem uma clara delimitação das circunstâncias que requerem essa intervenção excepcional, tal mecanismo pode legitimar intervenções arbitrárias. Não em vão recobra aqui toda sua importância o fator do risco e da precaução, que como tem sido analisado, toma como variáveis o “pior cenário possível”, a catástrofe de danos irreparáveis e a incerteza absoluta. Nesta impossibilidade tanto de negar quanto de conhecer a catástrofe, toda circunstância é suscetível de ser percebida como excepcional, legitimando intervenções fora

43 DE LARRINAGA; DOUCET, 2008, p. 528.

44 “*In cases of violence which so genuinely shock the conscience of mankind, or which present such a clear and present danger to international security, that they require coercive military intervention*” (apud ARADAU-VAN MUNSTER, 2008).

da lei internacional. A discricionariedade não existe porque os dispositivos da “segurança humanitária”, o “direito de intervenção internacional” e o “risco de precaução” permitem perceber qualquer circunstância como uma emergência excepcional, como estado de exceção que requer uma ação para além daquelas contempladas pela norma internacional.

O dilema é idêntico àquele que está sendo tratado neste texto. Menos limites e menores controles da discricionariedade tornam possível uma maior plasticidade na relação política, o que redundaria em benefício da segurança. Mas corre-se então o risco de que toda contingência seja contemplada como emergência e risco, como estado de necessidade que requer uma intervenção excepcional. A mediação da lei passa a ser um mero anacronismo formal que não se submete à soberania realmente governante.

Para concluir, se reitera no plano internacional o paradoxo da soberania:<sup>45</sup> quem autoriza a suspensão da lei internacional em nome da segurança da humanidade se ela está codificada pela lei internacional? Quem decide antepor a segurança da humanidade à lei internacional? Sem pretender com isso esgotar a complexidade da resposta que uma questão como essa requer, este artigo demonstrou como a dinâmica da criação de normas constitucionais no que tange aos direitos individuais está sujeita à segurança nacional – daí o célebre dito “*Constitution is not a suicide act*”, tão citado por Richard Posner. Tal sociedade, como a maioria da comunidade internacional ocidental, está equipada com um dispositivo institucional e discursivo que se predispõe a enfrentar o futuro como um incerto – mas plausível – risco catastrófico. Essa incapacidade de negar a catástrofe que não se pode conhecer implica a repressão de toda relação

---

45 Cf. AGAMBEN, 1995, primeira parte.

de incerteza com o futuro: o nível de risco tolerável é igual a zero. Ao mesmo tempo, os Estados Unidos são um dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU. Destarte, pode trasladar essa prioridade da segurança e da intolerância em relação ao risco para o âmbito internacional, aproveitando o “direito de intervenção” da comunidade internacional. Sendo este um mecanismo da lei internacional que autoriza a suspensão de sua aplicação ordinária em casos de emergência, reabre-se a questão acerca de quem tem autoridade para decidir que efetivamente tenham ocorrido as condições de emergência necessárias, como se estivesse fora dessa legalidade internacional e gozasse de um ponto de vista objetivo. Um membro do Conselho de Segurança com direito a veto possui essa autoridade e, portanto, está ao mesmo tempo fora da legalidade internacional e sujeito a ela.<sup>46</sup> Inclusive, conseqüentemente, pode ser que o mesmo Estado decida e execute a exceção internacional, como nos casos das intervenções preventivas que vêm ocorrendo no Oriente Médio desde 2001. Creio que assim está demonstrado que a soberania internacional reside definitivamente para além da própria lei internacional.

#### **4. A normalização da exceção na genealogia foucaultiana do biopoder**

A filosofia contemporânea vem empregando o léxico da “imunidade” para descrever os riscos da lógica político-jurídica anteriormente descritos. Imunidade é um termo tanto médico quanto jurídico que, em sentido amplo, implica

---

46 Tal o converte em um “Estado-pária” (*rogue state*) nos termos definidos por Noam Chomsky e Jacques Derrida. Cf. CHOMSKY, 2000 e DERRIDA, 2005, pp. 101-133.

a proteção de um agente que, por isso, deixa de estar sujeito a certas obrigações consideradas normais: fica assim *exonerado* a fim de estar protegido. A exceção constitucional ou comissarial seria um exemplo paradigmático dessa lógica: trata-se de uma prerrogativa que, a fim de proteger o sistema, introduz medidas que escapam ao próprio sistema. Do ponto de vista médico, a imunidade implica a introdução controlada daquilo que constitui uma ameaça a fim de gerar anticorpos que reforcem a proteção do sistema. Trata-se de uma acepção que também pode se aplicar à exceção, que se situa ao mesmo tempo dentro e fora do sistema.

Esse uso do termo imunidade foi cunhado principalmente pelo filósofo italiano Roberto Esposito.<sup>47</sup> O acerto do projeto intelectual de Esposito radica-se em sua caracterização da confluência do plano jurídico e do biomédico na configuração do discurso contemporâneo em torno da segurança. Mediante uma rigorosa investigação arqueológica, Esposito evidencia a influência recíproca de famílias semânticas distintas que produzem, por meio de complexas interferências históricas, um novo plano do discurso. Não obstante, gostaríamos de sugerir que essa relação imunitária, tal como a caracteriza Esposito, corresponde a uma lógica trans-histórica inerente à relação com o futuro posta pela segurança e a proteção. Adiantamos *en passant* tal tese quando comentamos a distinção schmittiana entre “normas de direito” e “normas de realização de direito”, a qual indica a insuficiência do direito – e em geral de todo sistema – no momento em que se protege mediante ações deduzidas de si mesmo. A exceção não seria uma “exceção”, mas uma manifestação estrutural da necessidade de proteção. Essa introdução sobre o que é exterior ao sistema no coração do

---

47 Diferentemente do caso de Agamben, a influência de Esposito no âmbito das ciências sociais e jurídicas é ainda escassa.

próprio sistema seria, na tese de Esposito, conatural ao político sob a forma da soberania. A soberania, desde Hobbes, implica a legitimidade para usar a violência com o objetivo de manter a violência fora do sistema político. A violência característica do estado de natureza se preserva assim no próprio coração do político.

Frente a isso, o método genealógico empregado por Foucault trata de trazer à luz a origem estratégica das formas de conhecimento. A genealogia atribui a origem das formas de saber às necessidades históricas conjunturais, desmentindo o relato mítico sobre a historicidade progressiva do conhecimento. O nascimento da biopolítica estudado por Foucault respondeu a essa pauta investigativa: o saber sobre a população nasce com o desenvolvimento da “medicina social” nas primeiras cidades industriais, no final do século XVIII e princípio do XX.<sup>48</sup> O que nos interessa destacar aqui é que o *saber-poder biopolítico nasce como um mecanismo de exceção que depois é normalizado*. A necessidade de controlar a população, limitar o risco de contágio, isolar grupos de risco e fixar as pautas de comportamento das epidemias motivaram toda uma série de técnicas de vigilância e de registro que, terminada a epidemia, são aproveitadas para outro tipo de necessidades:<sup>49</sup> a estabilização da população que garantiria a disponibilidade da massa trabalhadora, o controle do dissenso político, etc. Daí que, segundo Foucault:

*[la ciudad apestada] constituye una situación de excepción: contra un mal extraordinario, el poder se alza; se hace presente y visible por doquier; inventa engranajes nuevos; compartimenta, inmoviliza, reticula; construye por un tiempo lo que es a la vez la contra-ciudad y la sociedad perfecta. [...] La ciudad apestada ofrecía un modelo disciplinario excepcional perfecto, pero absolutamente violento.*<sup>50</sup>

48 FOUCAULT, 2001, pp. 207-228.

49 FOUCAULT, 2008, p. 299 *et seq.*

50 FOUCAULT, 2008, pp. 237-240, grifo meu.



Na realidade, como acertadamente percebeu François Ewald, essa forma de saber-poder já é uma tecnologia de conhecimento do futuro: ao fixar o comportamento normal da população, as normas têm como finalidade prevenir qualquer tipo de desvio no que diz respeito a tal normalidade. A partir dessa chave interpretativa, existe na atualidade uma corrente de investigação acadêmica ligada ao âmbito das Relações Internacionais que está enfocando o problema da segurança a partir do ponto de vista da genealogia das formas de saber-poder sobre o futuro. Sob o nome genérico de *critical security studies*<sup>51</sup> agrupam-se diversos enfoques que, embora recolham influxos teóricos muito distintos, lograram êxito em apresentar uma solução distinta daquela posta pela discussão acerca da exceção. Ao invés de se limitarem a debater se a exceção seria uma necessidade estrutural dos regimes liberais ou uma mera solução conjuntural, os *critical security studies* acertaram ao caracterizar genealógicamente a origem das medidas preventivas atuais, denunciando os interesses políticos e econômicos subjacentes. Seu mérito se radica, sobretudo, em terem ampliado o âmbito normativo, que não se reduz à esfera da lei, como ocorre no debate sobre o estado de exceção, entendendo antes a normalidade e as normas que tentam preservá-la sob uma perspectiva de maior alcance.

## 5. O paradigma atual: o princípio da precaução

Em nossa opinião, o princípio da precaução é a chave conceitual que em maior medida permite pensar o excepcionalismo a partir do âmbito normativo ampliado sobre o qual se baseia a noção de biopolítica e que tem sido de certo modo eclipsado pela linha de desenvolvimento de Agamben

---

51 PEOPLES; VAUGHAN-WILLIAMS, 2010.

e Esposito. O princípio da precaução rege a relação com o perigo por vir nos casos em que *não* pode haver conhecimento ou previsão.<sup>52</sup> A normalização biopolítica da população, ao estabelecer pautas normais de comportamento, permitia assegurar e governar o futuro para que se ajustasse à normalidade prefixada. Daí o papel-chave que em seu nascimento teve a estatística social. Por outro lado, o princípio da precaução desarticula as modalidades de domesticação do futuro ao representar um porvir catastrófico cujos danos seriam irreparáveis. Ante a representação do “pior cenário possível”, o risco tolerado deve ser zero. Essa seria a racionalidade imperante após os atentados terroristas de 2001, o que explicaria o caráter extremo das políticas preventivas.

Ao tornarem impossíveis a normalização do risco e sua distribuição em diferentes grupos sociais, as técnicas de saber-poder exercidas sobre a população supõem um retorno ao panoptismo, à vigilância individualizada e individualizante.<sup>53</sup> Se a governamentalidade normalizadora estava baseada em uma representação científica da população, o princípio da precaução rege onde se verificam contextos de absoluta incerteza científica e de consciência da irreversibilidade dos danos que o mal por vir produzirá.<sup>54</sup> Dessa maneira, a representação do “pior cenário possível” e de seu caráter irreversível invalidaria a repartição social da responsabilidade que, portanto, já não seria considerada como um fato social cuja necessidade o conjunto da sociedade deveria assumir. Ante a impossibilidade de tolerar ou de compensar o dano, o ônus da prova recai sobre os suspeitos antes mesmo que os delitos sejam cometidos. O juízo sobre

---

52 EWALD; GOLLIER; DE SADELEER, 2008.

53 FOUCAULT, 2008.

54 Para uma análise preventiva dos *unknown unknowns*, cf. ARADAU, VAN MUNSTER, 2011, pp. 31-52.

a responsabilidade, ante a impossibilidade de contar com uma representação científica baseada no conhecimento de especialistas, como ocorre com as tecnologias de seguros, recai não tanto sobre a soberania política, mas na esfera das decisões administrativas. Como bem assinalou Judith Butler, interessada em devolver o diagnóstico de Agamben ao espaço normativo da biopolítica, o soberano que decide sobre o estado de exceção é um *petty sovereign*, um administrador que “banaliza” – para dizê-lo com Hannah Arendt – essa suposta emergência da violência política originária da qual parte a tese do filósofo italiano.<sup>55</sup> Essa constatação permite entender que o exercício da soberania excepcional se ramifica mediante diversos mecanismos de poder que têm efeitos normativos, mas também normalizantes. A certeza de estar sendo vigiado sem que se possa ver o vigilante, mecanismo essencial do panoptismo, gera uma norma cujos efeitos se autonomizam em relação àqueles buscados pela lei. Portanto, ao não atender à diversidade de manifestações da norma que o dispositivo de segurança biopolítico utiliza, a análise meramente jurídica do excepcionalismo não é capaz de dar conteúdo ao seu diagnóstico sobre a normalização da exceção.<sup>56</sup>

---

55 BUTLER, 2006, pp. 96-132.

56 NEAL, 2008, pp. 43-64.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995.

AGAMBEN, Giorgio. *Stato di eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

ARADAU, Claudia; VAN MUNSTER, Rens. *Politics of catastrophe: genealogies of the unknown*. London: Routledge, 2011.

ARADAU, Claudia; VAN MUNSTER, Rens. Taming the future: the dispositif of risk in the “war on terror”. In: AMOORE, Louise; DE GOEDE, Marieke. *Risk and the war on terror*. London: Routledge, pp. 23-40, 2008.

BUTLER, Judith. Detención indefinida. In: *Vida precaria: el poder del duelo y la violencia*. Buenos Aires: Paidós, pp. 96-132, 2006.

CAMPBELL, Timothy. Interview. In: *Diacritics Special Issue: Bíos, Immunity, Life – The Thought of Roberto Esposito*, v. 36, n. 2, 2006.

CHOMSKY, Noam. *Estados canallas: el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*. Barcelona: Paidós, 2000.

CKERMAN, Bruce. The emergency constitution. In: *Yale Law Journal*, v. 113, pp. 1029-1091, 2004.

COLE, David. *Enemy aliens: double standards and constitutional freedoms in the war on terrorism*. New York: The New Press, 2004.

DE LARRINAGA, Miguel; DOUCET, Marc G. Sovereign power and the biopolitics of human security. In: *Security*

*Dialogue*, n. 39, v. 5, pp. 517-537, 2008.

DERRIDA, Jacques. *Canallas: dos ensayos sobre la razón*. Trad. Cristina de Peretti. Madrid: Trotta, 2005.

DILLON, Michael. Governing through contingency: the security of biopolitical governance. In: *Political Geography*, v. 3, n. 8, 2003.

DILLON, Michael; REID, Julian. *The liberal way of war: killing to make live life*. London: Routledge, 2009.

DOUGLAS, Mary. *Purity and danger: an analysis of concepts of pollution and taboo*. London: Routledge, 2003.

DYZENHAUS, David. *The constitution of law: legality in a time of emergency*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos: biopolítica e filosofía*. Torino: Einaudi, 2004.

EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986.

EWALD, François. The return of Descartes malicious demon: an outline of philosophy of precaution. In: BAKER, Tom; SIMON, Jonathan (orgs.). *Embracing risk*. Chicago: Chicago University, pp. 273-301, 2002.

EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicholas. *Le principe de precaution*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

FOUCAULT, Michel. Le jeu de Michel Foucault. In: *Dits et écrits II: 1976-1988*. Paris: Gallimard, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, territorio, población: curso del collège de France (1977-1978)*. Trad. Horacio Pons. Madrid: Akal, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Trad. Aurélio Garzón del Camino. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.

GROSS, Oren; NI AOLÁIN, Fiannola. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University, 2006.

HACKING, Ian. *La domesticación del azar: la erosión del determinismo y el nacimiento de las ciencias del caos*. Trad. Alberto Luis Bixio. 3. ed. Barcelona: Gedisa, 1990.

HUYSMANS, Jeff. International politics of insecurity: normativity, inwardness and the exception. In: *Security Dialogue*, v. 1, n. 37, 2006.

HUYSMANS, Jeff. Minding exceptions: politics of insecurity and liberal democracy. In: *Contemporary Political Theory*, v. 3, n. 3, pp. 321-341, 2004.

NEAL, Andrew. Foucault and Butler on law, war and exceptionalism. In: NEAL, Andrew; DILLON, Michael (orgs.). *Foucault on politics, security and war*. London: Palgrave, pp. 43-64, 2008.

PEOPLES, Columba; VAUGHAN-WILLIAMS, Nick. *Critical security studies: an introduction*. London: Routledge, 2010.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Globalización del antiterrorismo: el retorno del derecho penal al estado de naturaleza. In: *Viento Sur: Por Una Izquierda Alternativa*, n. 83, pp. 31-44, 2005.

POSNER, Richard Allen. *Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency*. New York: Oxford University, 2006.

ROSSITER, Clinton L. *Constitutional dictatorship: crisis*

government in the modern democracies. 6. ed. Piscataway: Transaction, 2009.

SCHMITT, Carl. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Trad. Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

SIMONDON, Gilbert. *L'individuation psychique et collective*. Aubier: Paris, 2007.

YOO, John. *War by other means: an insider's account of the war on terror*. Atlantic Monthly, 2006.

---

*Recebido em 10/07/2012.*

*Aprovado em 17/08/2012*

**Gonzalo Velasco Arias**

Universidad Camilo José Cela  
C/ Castillo de Alarcón nº 49 Urb.  
Villafranca del Castillo, Madrid  
28692 – ESPAÑA  
E-mail: gvelasco@ucjc.edu

