

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ABÍLIO OSMAR DOS SANTOS

Ilusão e opressão:
o direito como instrumento de não transformação social

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ABÍLIO OSMAR DOS SANTOS

Ilusão e opressão:
o direito como instrumento de não transformação social

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na linha de pesquisa Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

São Paulo

2019

Abílio Osmar dos Santos

Ilusão e opressão:
o direito como instrumento de não transformação social

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na linha de pesquisa Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Doutor Jonnefer Francisco Barbosa

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professora Doutora Paola Cantarini

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Para Luís, Ana e Pedro.
Pelo privilégio de ter irmãos que amo tanto.*

*Para a amizade dos amigos.
Irmãos que a vida me deu e os quais tenho o privilégio de amar.*

AGRADECIMENTOS

Chegar para agradecer e louvar.

Louvar o ventre que me gerou

O orixá que me tomou.

Louvar a água de minha terra.

O punhal do susto de cada dia.

Agradecer as nuvens que logo são chuva,

Sereniza os sentidos

E ensina a vida a reviver.

Agradecer os amigos que fiz

E que mantém a coragem de gostar de mim, apesar de mim.

Agradecer o sol que raia o dia,

A lua que como o menino Deus espraia luz

E vira os meus sonhos de pernas pro ar.

Agradecer as marés altas

E também aquelas que levam para outros costados todos os males.

Agradecer a tudo que canta no ar,

Dentro do mato sobre o mar,

As vozes que soam de cordas tênues e partem cristais.

Agradecer os senhores que acolhem e aplaudem esse milagre.

Agradecer,

Ter o que agradecer.

Louvar e abraçar!

Maria Bethânia (abelha rainha)

Primeiro, como não poderia deixar de ser, agradeço à minha família, especialmente à querida e amada mãe Denize da Silva Alves. Sem ela, nada faria sentido. Às minhas três avós – isso mesmo! tenho a felicidade de ter três avós, mulheres fortes e lutadoras: Míriam, Anita e Judith – prova de que amor supera todas as dificuldades.

À toda minha equipe de trabalho no DIA Brasil. Sem a paciência de vocês, por meus atrasos e ausências, certamente não teria conseguido finalizar essa etapa. Agradeço, em especial, à Letícia Abe Murasse, à Maysa Costa Soares e à Vivian Kurtz V. de Carvalho, de todo o meu coração.

Agradeço à PUC-SP, casa que retorno para cursar o mestrado, apesar de todos os pesares e as investidas para tentar mudá-la, ela ainda permanece ativa, viva e pulsante, que orgulho! Que a fúria conservadora não a mate, e que ela continue sendo esse importante instrumento cultural para o Brasil.

Não poderia deixar de agradecer os professores com os quais partilhei conhecimento e aprendizado: Henrique Garbellini Carnio, Joaquim Eduardo Pereira, Pedro Estevam Serrano, Gabriel Chalita, Márcia Cristina de Souza Alvim, Clarice von Oertzen de Araújo e Márcio Pugliesi. Obrigado pelas conversas, indicações de leituras e todo o valioso apoio na vida acadêmica.

Agradeço, ainda, aos professores Jonnefer Francisco Barbosa e Christiani Marques, pela participação na banca de qualificação deste trabalho.

Aos queridos colegas dessa jornada, Erick Beyruth de Carvalho, Osvaldo Estrela Viegaz, João Paulo, Jefferson Sousa e Roberto Rigato Filho. Sem a amizade de vocês tudo fica quase impossível.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao pai acadêmico, professor, mais que orientador, por quem sinto-me estimulado pela mente inquieta e brilhante: ao querido Willis Santiago Guerra Filho. Agradeço pela paciência e por todos os ensinamentos oferecidos desde minha orientação na iniciação científica, logo nos primeiros anos da graduação em Direito cursada na Universidade Presbiteriana Mackenzie, até a nova acolhida aqui na PUC-SP.

*Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro
Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário
Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável
Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei
Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.*

Eugen **Bertholt** Friedrich **Brecht**
(1898-1956).

RESUMO

A presente dissertação – por meio do apoio vigoroso de pensadores que se debruçaram sobre o tema – busca analisar o direito como fenômeno ficcional, que produz um jogo ilusório, que oprime para poder se fazer valer. O direito é ficção e tem muito em conta a crença. Da ficção à realidade, é possível passar – sem passe de mágica – porque há motivação e não só obrigação no direito: constructo racional e coerção (para os descrentes). O controle social exercido pelo direito, assim como pela democracia e por outros institutos públicos, deriva da crença na confiabilidade de que ele é melhor para todos. Porém, o direito que tutela também oprime e por ele não se pode chegar a nenhuma espécie de transformação social. O direito quando se ocupa da verdade busca meios de dizer sua própria verdade, a chamada “verdade” do direito. Seus meios de fazê-lo é um espetáculo, um mistério da fé, da crença daquele que nele acredita, tal qual a verdade da religião. Como superação desse paradigma, entende-se pertinente um aprofundado estudo sobre o absurdo e a comédia associada ao direito como forma de superar esse paradigma.

Palavras-chave: Ilusão. Opressão. Crença. Direito e não transformação social.

ABSTRACT

This dissertation, in a very modest way, seeks to analyze law, as a fictional phenomenon that produces an illusory game, which oppresses to be able to assert itself, so we have the strong support of thinkers who have studied the theme. Law is fiction and takes belief very into account. From fiction to reality, it is possible to pass - without magic - because there is motivation and not just obligation in law: rational construct and coercion (for nonbelievers). The social control exercised by law, as well as by democracy and other public institutes, derives from the belief in the trustworthiness of which is better for all, but the right that protects it also oppresses and by it can not arrive at any kind of social transformation. The right when it is concerned with truth, seek means of telling its own truth, the so-called "truth" of law and its means to say such truth is a true spectacle, a mystery of faith, of the believer's belief in law, truth of religion. As an overcoming of this paradigm, an in-depth study of the absurd and the comedy associated with law is understood as a way of overcoming this paradigm.

Keywords: Illusion. Oppression. Belief. Right and not social transformation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A ILUSÃO DO DIREITO	13
2.1	A formação do pensamento	13
2.2	Direito e magia	14
2.3	O paradigma da ciência	15
2.4	A metafísica na ciência	19
2.5	Ciência, religião e direito	20
2.6	O mito e o direito	23
2.7	O direito imaginário	26
2.8	A ficção do direito	27
2.9	A ilusão e o jogo do direito	33
2.10	Estética e política no direito	
3	A OPRESSÃO DO DIREITO	38
3.1	O direito que oprime por meio da farsa da neutralidade	38
3.2	A opressão por meio da legalidade e da legitimidade	41
3.2.1	Definições de legalidade e legitimidade	41
3.2.2	Justiça e legitimidade	43
3.3	O direito pela exceção	45
3.4	Direito e/é violência	51
4	O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE NÃO TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	56
4.1	O direito como obstáculo à transformação social	57
4.2	Justiça em Aristóteles	60
4.3	A crítica da legalidade	62
4.4	O direito como dispositivo	63
4.5	Sistema de justiça e tendência ao conservadorismo	65
4.6	A nova direita jurídica	68
4.7	Dos sintomas autoritários na magistratura	69
4.8	A ideologia do direito	70
4.9	Raça com ferramenta	76
5	CONCLUSÃO (verdades transitórias)	80
	REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

Ilusão e opressão: eis o nosso tema. Fala-se aqui sobre a relação desse binômio que margeia o “rio” direito. Numa margem está a ilusão e, na outra, a opressão, até desaguiarem na ausência da transformação social.

A ideia é explorar o conceito de ilusão como prática de estratégia dissimulatória de nosso tempo. O direito é a ilustração do mundo de ideias e ideais aparentes, imerso num jogo ludibriante pela máxima do iludido, por orquestrações prévias e ordenadas. Por sua vez, quando o iludido não se ilude mais, ou ainda, enxerga algo além e diverso, será oprimido, pois o direito usa da força e nela se efetiva.

O direito é uma relação de poder que se vale da linguagem para assegurar um ideal de pacificação social. Para tanto, busca assento na ciência visando efetivar suas conclusões, que entre nós são mágicas, autoproduzidas de forma artificial e assentadas por meio de coerção e força. O direito parece não existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através de aprisionamento do não linguístico, do imaginário, como uma religião mágica.

Para tanto, entender a relação existente entre religião, ciência e direito será crucial para definir a ilusão criada pelo direito. Trata-se de algo externo e artificial, que acreditamos ser adequado e natural, correto e justo. Quando se desvia desse entendimento, a tutela da força mostrará sua face efetiva, ou seja, a opressão exercida pelo direito sobre todos nós.

O direito sempre teve algo de sagrado, mágico, transcendental. É temido e incompreendido pela ampla maioria do público, que se ilude com ele e, por essa razão, passa a respeitá-lo. Há uma aura mística envolvendo o direito que o torna muito mais adequado aos moldes sacramentais da religião e ao mesmo tempo de ciência, visto que são face de uma mesma trilha.

O direito passa a ser uma “doença autoimune”, que muda e se transforma a cada momento, equivocando-se perante um sentido impróprio e criando um ser iludido, que faz a manutenção dessa aparência.

A ilusão reiterada cria um jogo em que se joga e se é jogado, a tradição do jogo como cultura, um modo de vida conforme a alegoria do “bobo da corte” que se naturaliza escondendo o real sentido das coisas. O direito se torna aparente ou reflexo do que parece ser. Mas, como uma doença autoimune, define o que é. Por meio da linguagem, ao aplicar seu código próprio “direito – não direito”, cria suas definições e imagens ilusórias como se tudo aquilo fosse possível. É o que ocorre na prática.

Na alegoria de Platão, *O mito da caverna*, o direito como ilusão é a própria caverna. Ele cria suas imagens irreais que aliena e paralisa, ofuscando a visão, criando um mundo próprio (o mundo do direito) que, em certa medida, pode se afastar do mundo real ou de um sentido de justiça – que é o que se esperaria do direito.

O direito como jogo interessa a uma ideologia própria daqueles que detêm suas regras. Ele poderá cooptar para atender seus interesses ideológicos e passa a ser tomado em favor desses interesses que são descompromissados de qualquer mudança social. Para tanto, a teoria crítica aqui utilizada será o referencial teórico de fundamento deste estudo, aproximando-o ao conceito de alopoiese (corrupção sistêmica do direito pela economia), do direito no jogo do mercado e da influência nas relações jurídicas e sociais. O direito passa a ser objeto precificado, coisificado, mercadoria que se pode comprar, portanto, que ilude os ofuscados (dentro da caverna) de que aquilo é algo certo, correto e bom. Portanto, quem não agir conforme o direito será eliminado do jogo.

Por meio da positivação o direito passa a ser a formação das almas, formando o imaginário coletivo baseado na ilusão.

O direito como detentor da regulação da força cria a legalidade das suas regras de coerção a quem é eliminado do jogo, aquele que se revolta contra suas regras. Para tanto, o direito usa o discurso do poder (sobre a sociologia da retórica jurídica), a violação do direito, a opressão e a repressão policial legitimada pelo direito, a sociedade do espetáculo, tudo levando ao caminho da servidão voluntária.

Como desfecho, tem-se no direito a manutenção do *status quo*. O direito não se presta, portanto, a mudar a realidade (por influência da crítica da razão utópica) da crença religiosa do direito. Este, por sua vez, apresenta mitos e ritos próprios visando manter as estruturas postas.

2 A ILUSÃO DO DIREITO

2.1 A formação do pensamento

A mente humana, segundo Edgar Morin¹, considera a existência de dois tipos de pensamento: o pensamento racional, ligado à lógica, ao cálculo e à razão, e o pensamento mítico, relacionado ao âmbito mitológico, do imaginário, das analogias e dos símbolos.

O raciocínio humano acontece a partir da articulação destes dois tipos de pensamento, indissociáveis, formando uma esfera imaginária, dos mitos, das religiões e das crenças. Portanto, este último adquire para o ser humano tanta importância quanto a esfera do pensamento racional, o que por vezes negamos. Na modernidade, nosso pensamento é voltado ao aspecto lógico, baseado na ciência. Confere-se ao aspecto mítico e religioso menor importância.

Ainda nos valendo de Edgar Morin, observamos que o conhecimento é uma reconstrução do real pelo ser humano, portanto, não é completo, nem pode ser encarado como uma cópia exata do mundo objetivo. O conhecimento, portanto, é sempre permeado por constantes “erros e ilusões”.

É possível ressaltar que o conhecimento humano não se encerra nos princípios da razão e da lógica, e deve ser sempre considerado dentro de seus limites e incertezas. Tanto o pensamento quanto a construção do conhecimento são permeados não apenas por processos relativos à racionalidade e à lógica, mas também por fatores de outra natureza, em especial as crenças, enquanto construção cultural, provenientes do imaginário, da “esfera mitológica”², que influenciam a organização do pensamento.

Ainda segundo Edgar Morin³, o ser humano está em constante interação com o mundo físico, com os fenômenos naturais, e, principalmente, com outros sujeitos ao seu redor. É desta interação entre os seres humanos que nasce a cultura. Própria da natureza humana e da vida coletiva, a cultura é definida como sendo constituída pelo

[...] Conjunto de hábitos, costumes, práticas, *savoir-faire*, saberes, normas, interditos, estratégias, crenças, idéias, valores, mitos, que se perpetua de geração em geração, reproduz-se em cada indivíduo, gera e regenera a complexidade social.⁴

¹ MORIN, Edgar. **O método 1:** a natureza da natureza. Tradução de Heineberg I. Porto Alegre: Sulina, 2002.

² MORIN, Edgar. **O método 1:** a natureza da natureza. Tradução de Heineberg I. Porto Alegre: Sulina, 2002.

³ MORIN, Edgar. **O método 5:** a humanidade da humanidade. Tradução de Silva J. M. Porto Alegre: Sulina, 2001.

⁴ MORIN, Edgar. **O método 5:** a humanidade da humanidade. Tradução de Silva J. M. Porto Alegre: Sulina, 200, p.35.

Em cada sociedade, de geração em geração, a cultura é protegida, nutrida, regenerada e, ao mesmo tempo, modificada, para não ser destruída nem cair em extinção. As relações entre cultura e sujeito são estreitas e mútuas. Se, por um lado, a cultura depende da vida em sociedade, por outro, o ser humano, em sua constituição, também possui muito da cultura a qual pertence. Essa “reprodução” da cultura em cada sujeito pode ser compreendida como uma marca, uma inscrição imposta à mente humana. Entretanto, a cultura exerce suas influências não apenas externamente, impondo sua marca, mas também internamente, fazendo emergir do próprio sujeito o poder de suas ideias, suas crenças e paradigmas.

2.2 Direito e magia

Há entre o direito e a magia uma grande semelhança. Não poderíamos deixar de mencionar a origem comum de ambos. Como exemplo, destacamos os rituais xamânicos, a feitiçaria e outras práticas dos povos ditos “primitivos” que vêm sendo estudadas pelos antropólogos desde o final do século XIX.

Um dos primeiros a debruçar-se sobre o tema foi Sir James George Frazer, cujo livro *The golden bough* (O ramo de ouro), de sua autoria, tornou-se referência na área ao reunir detalhes dos cultos, ritos e mitos das mais diversas culturas. James George Frazer identificou dois princípios subjacentes às práticas de magia: o princípio da semelhança (magia homeopática) e o princípio do contágio (magia de contato)⁵. O primeiro se refere à crença de que as coisas semelhantes produzem efeitos semelhantes; a segunda, de que o contato entre dois objetos transmite as características de um para o outro.

Desta forma, o uso de um trevo de quatro folhas como amuleto da sorte é um exemplo do princípio da semelhança (os trevos de quatro folhas são raros, a boa sorte também é rara, logo, um atrai o outro). A veneração de relíquias de um lugar sagrado, por sua vez, é um exemplo do princípio do contágio (a santidade do lugar se transmite aos objetos que com ele tiveram contato).

James George Frazer identifica, nessas duas formas de pensar, uma lógica pré-científica. Segundo ele, os homens “primitivos”, ao fazer uso da magia, buscavam estabelecer relações de causa e efeito e, assim, transformar a realidade.⁶ No entanto, os princípios da magia simpática não se verificam no mundo real. O amuleto da sorte não é garantia de sucesso e a dança da chuva nem sempre fará chover.

⁵ FRAZER, James George. **Golden bough**: a study of magic and religion. New York: MacMillan, 1951.

⁶ FRAZER, James George. **Golden bough**: a study of magic and religion. New York: MacMillan, 1951.

Apesar de sua importante contribuição para a antropologia, James George Frazer foi uma vítima de sua época. Contaminado pelo intelectualismo racionalista predominante na era vitoriana, o antropólogo escocês não conseguia enxergar a magia senão como uma espécie de “falsa ciência”. Ludwig Wittgenstein percebeu seu erro: “Que estreiteza da vida mental da parte de Frazer! E que impossibilidade de conceber uma outra vida diferente da inglesa de seu tempo!”.⁷

Esse mesmo etnocentrismo de James George Frazer é o que lhe faz estabelecer uma diferença entre magia e religião. O termo magia era reservado às culturas “inferiores”, enquanto religião se destinava aos modelos ocidentais modernos. Novamente, Ludwig Wittgenstein critica tal postura: “Frazer não consegue pensar em nenhum sacerdote que não seja, fundamentalmente, um pároco inglês do nosso tempo, com toda a sua estupidez e debilidade.”⁸

Fundaram-se, assim duas dicotomias fundamentais nas quais se basearam grande parte dos estudos acadêmicos sobre o tema: magia em oposição à ciência, e magia em oposição à religião. A distinção entre magia e religião permaneceu durante décadas no campo da antropologia. No entanto, atualmente, a antropologia parece ter se dado conta da impossibilidade de se distinguir entre magia e religião.

2.3 O paradigma da ciência

A sociedade moderna tem alicerçado sua interpretação do mundo com base no método científico. Essa ciência moderna adquire uma posição superior aos demais campos, dentre eles a crença e os mitos.

A ciência diminuiu o espaço de credibilidade ocupado pela crença devido à disseminação da ideia de que aquela não tinha uma densidade metodológica suficiente e se lastreava eminentemente em critérios ilusórios e falseáveis.

Contudo, seus postulados não podem ser tidos de forma absoluta, haja vista serem apenas uma das formas de se buscar a verdade. Nesse ponto, temos um grande equívoco contemporâneo, que trata a ciência como uma crença, uma religião que não erra, superior e quase divina.

⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. Notas sobre o “O ramo de ouro” de Frazer. Tradução de João José R. L. Almeida. **Revista Digital Adverbium**, jul.-dez., 2007, p.186-227. Curitiba. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/adverbium/Vol2_2/observacoes_ramo_de_ouro.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2018.

⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. Notas sobre o “O ramo de ouro” de Frazer. Tradução de João José R. L. Almeida. **Revista Digital Adverbium**, jul.-dez., 2007, p.186-227. Curitiba. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/adverbium/Vol2_2/observacoes_ramo_de_ouro.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2018.

A epistemologia é a teoria acerca da ciência. A ciência, por sua vez, é um conjunto de ideias não impositivas e críticas sobre o conhecimento. Em princípio, ela englobava todos os campos do saber. Contudo, a partir do século XVII, surgiu outra ideia de ciência. Essa concepção foi eminentemente traçada por Descartes, que decompôs a ciência⁹ e por Galileu, que empregou o método científico¹⁰.

Nesse caminhar temos em Kant a sistematização das ciências humanas.¹¹ Na modernidade, a ciência se ocupa de campos delimitados do saber e o faz com base em teorias e um método científico, que possibilita a experimentação de seus postulados visando comprovar ou refutar teorias. Essa técnica na formulação do conhecimento, por um lado, a diferencia do senso comum, na medida em que este último é caracterizado pela absorção do conhecimento sem necessária reflexão, gerando, portanto, um produto sem sistematicidade e consistência teórica.

Os dogmas são distinguidos, antes impostos como verdades absolutas, sem que se pudesse testar sua validade. Na formação do espírito científico, o primeiro obstáculo é a experiência primeira, a experiência colocada antes e acima da crítica, esta que é, necessariamente, elemento integrante do espírito científico¹².

Se considerarmos que as premissas bastam em si mesmas, sem admitir refutação, estamos tratando com dogmas. O cunho dogmático é característico do conhecimento religioso, portanto, quem trata a ciência como um dogma é um religioso da ciência.

Há uma sistematização do método científico para que seja atribuída credibilidade ao resultado obtido. Inicialmente, o objeto é valorado e as informações são recolhidas. Posteriormente à observação, segue a etapa de criar uma hipótese, formando conjecturas. Na sequência, passa-se ao momento de refutar sua teoria. É o momento de ter sua veracidade posta à prova e contestada, visando testar a validade de seu pensamento, rejeitando-o ou consolidando-o.

Se os testes forem confirmados com base na repetição de experimentos, então são elaboradas as leis que exprimem as conclusões do trabalho. Essa teoria resultante do método é provisória, pois terá sua sustentação condicionada a não exclusão de suas provas¹³.

Assim, temos a concepção de ciência delineada por Paulo Dourado de Gusmão¹⁴, em termos gerais, como um conjunto de conhecimentos e investigações, organizado

⁹ DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁰ GALILEI, Galileu. **Ciência e fé**. Tradução de Carlos Arthur R. do Nascimento. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2009.

¹¹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹² BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004, p.56

¹³ VASCONCELOS, Arnaldo. Que é uma teoria jurídico científica? In: **Revista da OAB** – Ceará, ano 27, n.4, jul.-dez., 2000, p.2.

¹⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado. **História e introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.34.

sistematicamente, dotado de generalidade e de unidade, que não resulta de crenças, de ideias impostas ou de convenções arbitrárias, elaborado gradualmente, através de um discurso rigoroso, em que as suas partes, ideias ou princípios são, entre si, compatíveis, tendo por ponto de partida um fato, uma premissa, uma ideia, uma constatação, uma norma, uma experiência, um princípio ou uma hipótese.

Portanto, é possível afirmar que quando o saber científico define o “é”, deve ser entendido como “parece ser”, haja vista nada ser definitivo.

Logo, não temos na ciência conhecimento eterno ou permanente. Assim, o conhecimento científico é provisório, mutável e contrário à definitividade, caracterizado pela sua possibilidade de refutação, posto sua constante submissão à prova.

A ciência não pode buscar a elaboração de enunciados absolutos, mas construir propostas relativas – é uma relação do homem com o objeto, até aperfeiçoar sua imagem, mas nunca haverá apoderação intelectual integral do objeto, que se pauta por um aperfeiçoamento constante. Portanto, o conhecimento que vige em determinado momento deve ser visto como uma etapa.

Isto acontece porque nenhuma obra é completa, ou seja, sempre será possível fazer adaptações para otimizá-la. “Tantas vezes tenho descrito o que considero como o método de autocorreção por meio do qual a ciência procede que posso ser aqui muito sucinto: o método da ciência é o método de conjecturas ousadas e de tentativas engenhosas e severas para rejeitá-las”¹⁵.

Entendemos que o que se perquire é o aprofundamento da crítica e a possibilidade de revisão. O conhecimento que pensa ser o certo poderá ser considerado prejudicial, mas melhor do que não tê-lo. Este conhecimento incompleto será o primeiro passo para a elaboração de uma nova técnica, mais aperfeiçoada. O “dever ser” está sempre em evolução para tentar coincidir com o “ser”, ou seja, há uma similitude aproximada entre eles. Assim, o novo deverá se referir à forma de abordagem empregada ao conhecimento. A ciência de hoje se edifica sobre a ciência de ontem (e assim é o resultado do holofote de ontem); e a ciência de ontem, por sua vez, está baseada na ciência do dia anterior. As antigas teorias científicas são edificadas sobre mitos pré-científicos e estes, por sua vez, sobre expectativas ainda mais velhas¹⁶.

¹⁵ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 2005, p.84.

¹⁶ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Itatiaia, 2005. p. 318.

Por isso, a importância de a teoria não se confundir com a prática no desenvolvimento da ciência, conforme afirma Arnaldo Vasconcelos¹⁷:

Ora, a teoria deve ser vista como um fim a ser alcançado. Nesse sentido, é importante que a teoria imponha ideais para que a prática se esforce a chegar, e quando isso acontecer, já existam novas metas. Esse processo visa o aperfeiçoamento da técnica. Sem essa utilidade da teoria, não haveria o progresso do conhecimento, o que redundaria na estagnação da sociedade.

Todo conhecimento cresce na medida em que se aprimora. Muda-se o conhecimento na esperança de chegar mais perto da verdade¹⁸.

A ciência moderna visa transformar, construir algo e não só esclarecer ou explicar, o que se busca é obter resultados. Portanto, uma ciência baseada na lógica pura passa a ser repensada em face da exigência de implicações mais práticas.

Deste modo, não há possibilidade de existir uma ciência completamente neutra, pois a individualidade ao se elaborar o conhecimento científico poderá imiscuir os preconceitos éticos, morais, políticos, econômicos ou religiosos naquilo que é produzido por cada um.

Contudo, é preciso conter os excessos – para evitar manipulações – e conter ideologias (entendida aqui como algo inafastável do ser) para que as premissas tendenciosas não condicionem ao mau uso da ciência. Essa ausência de neutralidade, desde que concebida de forma razoável pelo pesquisador e identificável, não comprometerá a finalidade a qual se presta a pesquisa. Ao reverso, poderá até ter algo positivo no emprego de alguns juízos prévios do pesquisador, como seus pensamentos religiosos na construção científica. Porém, para se chegar ao verdadeiro conhecimento, é necessário examinar todos os ângulos possíveis de uma questão, visto que não se obtém o conhecimento de forma apriorística.

Informações iniciais devem ser cotejadas com outros dados e, desse confronto, teremos uma terceira informação que poderá ser igual à primeira ou modificada. Isto significa, precisamente, que será dado um primeiro passo para a compreensão de um problema, descobrindo onde certas soluções *prima facie* não funcionam¹⁹. Não se trata de eliminar a busca como meta, ideal de neutralidade da ciência, mas de ter a coragem de afirmar que essa neutralidade absoluta não existe, especialmente em se tratando de observações sobre as ciências humanas.

¹⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. Que é uma teoria jurídico científica? In: **Revista da OAB** – Ceará, ano 27, n.4, jul.-dez., 2000, p.3.

¹⁸ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 2005, p.76.

¹⁹ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 2005, p.173.

2.4 A metafísica na ciência

A ciência buscar evitar um problema: o afastamento da metafísica. Para Platão, a metafísica fundante está no mundo divino das ideias, o qual oferece racionalidade ao mundo material. Tem-se o divino representado pelo mundo das ideias e especialmente pela idealização de um “bem”.

A existência desse mundo ideal seria provada pela necessidade de estabelecer uma base ontológica, um objeto adequado ao conhecimento conceitual. O conhecimento, aliás, se impõe ao lado e acima do conhecimento sensível para explicar verdadeiramente o conhecimento humano em sua efetiva realidade. O mundo ideal é provado pela necessidade de justificar os valores, o dever ser, de que este nosso mundo imperfeito participa e ao qual aspira.

O conhecimento atingido dialeticamente, muitas vezes, só conhece uma categoria por outra. Categorias são os conceitos primários e universais sem os quais o homem não consegue pensar. Assim, só se conhece o claro através da ideia do que é o escuro.

Podemos dizer que existem dois mundos: o físico e o metafísico. Este último é o mundo das ideias, localiza-se acima do mundo sensível, portanto, deve ser considerado o mundo real. Já o mundo visível é o das aparências, situa-se aquém do mundo suprassensível, portanto, é constitutivo daquele.

Entender que Deus não tem relação com a ciência é o mesmo que afirmar que a física não tem nada com a metafísica. Ora, embora sejam campos contrapostos, eles não se negam, porquanto se trata de elementos da mesma categoria.

Assim, haverá uma concatenação das ideias entre ambos, ainda que o procedimento para achar o conteúdo de um se faça através da eliminação do conteúdo do outro. Desse modo, o anúncio da ‘morte de Deus’ está necessariamente associado à pretensão suprema de ter superado a metafísica, pois, como afirma Heidegger, antes de se referir a Deus em sentido religioso e cristão, ‘Deus é o nome para o âmbito das ideias e dos ideais’²⁰

Esse âmbito do suprassensível vale como mundo verdadeiro e autenticamente real desde Platão ou, dito mais exatamente, desde a interpretação grega tardia e cristã da filosofia platônica.

Diferenciando-se dele, o mundo sensível é apenas o mundo do aquém, o mundo mutável e, por isso, o mundo meramente aparente, não real. O mundo do aquém é o vale de

²⁰ GIACOIA JÚNIOR, Osvaldo. Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos. In: **Metafísica contemporânea** – obra coletiva. Petrópolis: Vozes, 2000, p.249.

lágrimas, diferenciando-se do monte de felicidade eterna no além. Se, tal como acontece ainda em Kant, chamarmos mundo sensível ao mundo físico em sentido *lato*, o mundo suprassensível é o mundo metafísico²¹.

Há necessidade do recurso à metafísica, pois entre o finito e o infinito está o conhecimento. A ciência não chega ao fim porque é limitada. A ciência, a cultura, a religião, bem com todas as atividades de pensar são manifestações do espírito e não do corpo. O espírito liga-se a Deus (metafísica), através da busca pelo fundamento. Logo, o pesquisador sai da imanência e vai para a transcendência.

O homem só pode conhecer aquilo que vê e o que antever, portanto o homem só vê o sensível (físico). Já Deus não pode ser visto, por estar no campo da metafísica. Nesse campo a visão é diversa. Assim, a ciência não responde sozinha o fundamento de todas as coisas. Ou seja, não se pode explicar Deus pela ciência, nem a ciência por Deus.

2.5 Ciência, religião e direito

Não podemos deixar de ressaltar que em todo homem há um espaço reservado ao mistério, o que ocorre desde as civilizações mais antigas até o mundo contemporâneo. Existem inúmeras questões intrínsecas sobre a natureza humana, as dúvidas sobre si mesmo, a ausência de conhecimento sobre as questões do mundo e perguntas ainda sem respostas na ciência existente.

Considerando tantas inquietações, o homem se põe a buscar respostas para compreender melhor suas inquietações. Não podemos deixar de apontar que a ciência e a religião caminharam juntas na explicação dos fenômenos da natureza durante um longo percurso da história da humanidade. No século XVII, de forma mais acentuada, época da Renascença, houve a cisma entre essas duas esferas do saber.

De forma assertiva, Willis Santiago Guerra Filho observa²²:

Nas primitivas comunidades, a diferenciação social incipiente, agregada a outros fatores, tais como a natureza do poder social, acarreta o conhecido fenômeno que se pode denominar de “sincretismo normativo”, pois as normas que regulam a vida social acham-se condensadas num agregado indiviso, onde é impossível discriminar quais teriam natureza moral, jurídica, religiosa ou de mero trato social. Neste sentido costuma-se apontar para o caráter religioso de que se revestem as primeiras manifestações jurídicas no seio social, por serem as instituições religiosas aquelas

²¹ GIACOIA JÚNIOR, Osvaldo. Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos. In: **Metafísica contemporânea** – obra coletiva. Petrópolis: Vozes, 2000.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito e magia**. Texto original de 1985. Disponível em: <<http://drwillisguerra.blogspot.com/2012/12/direito-e-magia.html>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

dotadas de maior autoridade, em grupos sociais onde a especialização de funções e a divisão do trabalho ainda não ensejou o aparecimento de algo como o Estado.

Com Hegel surge a neodialética, a partir da convivência dos postulados de ambas as searas, gerando uma tese conciliatória, que não é simplesmente uma soma, mas se situa numa nova dimensão. Os religiosos tradicionais utilizavam Deus, por vezes, para combater as novas descobertas científicas. Essa resistência era motivada, possivelmente, para a manutenção da antiga doutrina da religião, sobretudo a cristã.

Esses dogmas eram contemporâneos a uma época de atraso ou inexistência da ciência. Ou quiçá, o que hoje é considerado mito, pode ter sido a ciência mais avançada de uma época passada. Assim, a religião negava as descobertas da ciência visando manter seus fiéis e conservar-se como orientadora de pensamentos e condutas, embora obsoletos.

A ciência, por sua vez, considerava a crença em Deus um obstáculo à lógica necessária para produzir conhecimento racional. Seria como um refúgio para aqueles que não pesquisam com base em premissas fáticas e objetivas e preferem se entregar ao subjetivismo e ao mítico, para se furtar a responder às questões vitais.

Não podemos considerar o conhecimento científico, embora mais evoluído na contemporaneidade, suficiente para solucionar todas as questões. É necessária a evolução do conhecimento científico para caminharmos rumo a essas respostas, conhecimento esse que deve valer-se de instrumentos que vão além da lógica. Não negamos, contudo, sua importância e credibilidade. Mas, para avaliar e analisar as questões que fogem à ordinaryidade, não podem ser empregados os recursos lógicos tradicionais. Religião e ciência procuram explicar a realidade, mas percorrem caminhos diversos, porque fundadas em postulados diferentes (dogmas *versus* empirismo).

A religião busca explicar o mundo a partir da fé; a ciência parte do método científico. Por vezes ambos revelam-se aparentemente díspares, mas inegavelmente há uma complementaridade entre elas. Não se pode dizer que a religião e a ciência estão preocupadas com dois campos diferentes da realidade, mas com o mesmo domínio da realidade sob diferentes aspectos.

Assim, um determinado fenômeno está ligado a todos os outros²³. Contudo, há uma nova concepção de Deus que serve com mais efetividade para explicar a realidade que, advinda da junção da ciência e da religião, pode levar a um resultado que não corresponde à simples soma dos preceitos. Nesse passo surge a fé, um motor propulsor a superar as questões

²³ CAPRA, Fritjof. **Pertencendo ao universo**. Tradução de Maria de Lourdes Einchenberger. 10.ed. São Paulo: Cultrix, 1998, p.35.

mais profundas. Deus seria o espaço no homem que este ainda não conseguiu desvendar. Assim, um cientista conservaria um espaço reservado a Deus, no qual poderia abandonar o espaço do visível e ter fé no desconhecido que existe em si para chegar à solução das questões que fogem dos remédios ou pesquisas existentes.

É preciso adotar a perspectiva de união dos preceitos envolvendo religião e ciência para explicar algumas questões. A realidade é um campo complexo, que precisa ser entendido a partir da conjugação de vários instrumentos. Não se deve, portanto, aprisionar esse entendimento a uma só lente para conseguir enxergar de fato os diferentes aspectos de um fenômeno, o que na academia se entende como ‘multidisciplinaridade conceitual’.

O pensamento do cientista Albert Einstein²⁴ já trilhava nesse sentido:

O progresso social dá condições de vicejar comunidades mais desenvolvidas que as suas congêneres, dotadas de indivíduos mais bem aquinhoados cultural e economicamente. Nesses nichos, formou-se uma nova concepção de religião que tem sido denominada de religiosidade cósmica. Para essa concepção, foram abandonados os dogmas e a ideia antropomórfica de Deus. Os homens experimentam na totalidade, uma experiência que a sua individualidade não lhes proporciona e passam a sublimar a procura desse ideal. A pesquisa científica clássica vê de forma rápida e superficial a mentalidade dos homens que criaram novos caminhos para seus contemporâneos. Já a religiosidade clássica possui uma imaginação compreensiva desses sábios espiritualizados. Nesse espectro, rompe-se com a concepção tradicional de divergência entre religião e ciência, ou seja, a explicação do universo lastreada na teoria da causalidade é ventilada pela ideia de um Ser a interferir no processo cósmico. Ao contrário, percebe-se que será impossível se fazer ciência sem a pressuposição de uma religiosidade cósmica, que não deve ser equiparada com a religião tradicional.

Essa religiosidade consiste em espantar-se e extasiar-se diante da harmonia das leis da natureza, revelando uma inteligência tão superior que todos os pensamentos humanos e todo o seu engenho não podem desvendar, diante dela, a não ser seu nada irrisório.

Devemos entender a religião cósmica como um instrumento para a pesquisa científica, com pitadas de paixão. Sem elas, as criações intelectuais mais inovadoras não existiriam. É o sentimento que inspira o pensador a criar algo totalmente diverso do que já existia.

A religião não deve ser um obstáculo à evolução da ciência tal como pretendem os religiosos tradicionais. Mas sim, ser encarada como um encorajamento a superar a lógica existente, a partir da ultrapassagem do desconhecido, com o uso da fé em si mesma, pois a ciência também se funda na crença, por seu turno, também uma religião.

A ciência quando busca explicar as coisas ao seu redor se vê contida pela limitação da inteligência humana. Da mesma sorte, se sente intimidada pela gama de possibilidades e

²⁴ EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p.19-21.

mistérios da vida. Nesse sentido o cientista será acometido por um arroubo de religiosidade que lhe trará fé na resolução dos seus problemas e crença na possibilidade de se chegar ao divino através da ciência. Nesse ponto, destaque-se a crença no direito como a ciência capaz de conduzir historicamente a utopia da pacificação social. Nesse ponto temos o direito como uma verdadeira crença, um imaginário coletivo.

2.6 Mito e o direito

O senso comum e o pensamento simplista, geralmente, encaram mitos e mitologia mais ou menos como sinônimos de lendas: histórias fantásticas envolvendo deuses, monstros e heróis. Porém, essa definição não é válida. No folclore e na religião é que encontramos a maior semelhança: o mito é uma história sagrada, ambientada em tempos ancestrais e que tentam, de alguma maneira, explicar o mundo e o ser humano. Em outros campos, porém, esse significado não é utilizado, sempre tido como algo não científico, de certo modo, algo vulgarizado.

O mito pode ter nascido do desejo e da necessidade de dominar o mundo, para fugir ao medo e à insegurança. À mercê das forças naturais, que são assustadoras, o homem passou a lhes atribuir qualidades emocionais. As coisas não eram consideradas como matéria morta, nem como independentes do sujeito que as percebe: o próprio ser humano. As coisas, ao contrário, eram vistas como plenas de qualidades, podendo tornar-se boas ou más, amigas ou inimigas, familiares ou sobrenaturais, fascinantes e atraentes ou ameaçadoras e repelentes. Assim, o homem se movia num mundo animado por forças que ele precisava agradar para haver caça abundante, para fertilizar a terra, para que a tribo ou grupo.

Contudo na semiologia, encontramos um alicerce acadêmico, nesse aspecto o filósofo francês Roland Barthes na obra *Mitologias*²⁵, define a mitologia como algo muito mais complexo e vivo: são sistemas de símbolos que nos são transmitidos pela sociedade em que nos inserimos e que são fundadores – ou, ao menos, sustentadores – de tradições e comportamentos. São sistemas que distorcem a percepção da realidade para justificar certos comportamentos.

Defini o autor que a semiologia seria capaz de abranger não apenas os sistemas de signos verbais, tarefa da linguística, mas qualquer outro: música, pintura, cinema, fotografia, teatro, etc. Assim, definimos que a semiologia é capaz de observar o direito, pois o que diz

²⁵ BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução de Rita Buongermino, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. 7ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2013.

respeito à concepção de pesquisa sobre o direito, universo do conhecimento no qual sempre se pode voltar ao passado, a alguns pontos de partida, não para retomá-los ou incensá-los, pura e simplesmente, mas para conhecer ou reconhecer, em sua discursividade teórica inaugural, elementos que permitam iluminar aspectos atuais sobre o homem, sobre seus discursos.

Roland Barthes destaca que os mitos contemporâneos veiculados, por exemplo, pela mídia, pela publicidade, por diferentes formatos assumidos pelas falas (termo hoje correntemente substituído por discursos) que expõem o homem situado socialmente, assim como pelas relações de poder que estavam em jogo, pelo imaginário coletivo que transitava pelo que se denominava, naquele momento, meios de comunicação de massa, instaurando e afetando crenças, maneira de ser e agir, concepções de mundo, valores. Em última instância, para usar uma palavra utilizada por Roland Barthes, a partir desse instrumental teórico e metodológico tocar, desvendar, expor camadas da ideologia dominante, presente na linguagem cotidiana em suas diferentes configurações e na mitologia ali criada e alimentada, algo muito próximo do direito.

É possível perguntar se restou algo dessa discursividade inaugural que permita, pela via dialógica da leitura da verbo-visualidade, dizer algo do direito, das mitologias que o envolvem, da ideologia formatada pela publicidade, que seduz o direito. De que formas a sociedade, e sua publicidade de produtos semelhantes aos que foram analisados por Roland Barthes, lança mão para realizar, construir e veicular mitos.

O pensamento mítico, portanto, está muito ligado à magia e ao desejo de que as coisas aconteçam de um determinado modo. A partir dele desenvolveram-se os rituais, como técnicas de obter os acontecimentos desejados. Ele serve para acomodar e tranquilizar o homem num mundo perigoso e assustador, dando-lhe segurança. O que acontece no mundo natural passa.

Anota Roland Barthes²⁶:

“O mito é uma fala. Naturalmente, não é uma fala qualquer. São necessárias condições especiais para que a linguagem se transforme em mito, vê-lo-emos em breve. Mas o que se deve estabelecer solidamente desde o início é que o mito é um sistema de comunicação, é uma mensagem. Eis por que não poderia ser um objeto, um conceito, ou uma ideia: ele é um modo de significação, uma forma. Será necessário, mais tarde, impor a esta forma limites históricos, condições de funcionamento, reinvestir nela a sociedade: isso não impede que seja necessário descrevê-la de início como forma. Seria, portanto, totalmente ilusório pretender fazer uma discriminação substancial entre os objetos místicos: já que o mito é uma fala, tudo pode constituir um mito, desde que seja suscetível de ser julgado por um

²⁶ BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução de Rita Buongermino, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. 7ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2013. p. 199-200

discurso. O mito não se define pelo objeto de sua mensagem, mas pela maneira como a profere: o mito tem limites formais, mas não substanciais. Logo, tudo pode ser mito?” Sim, julgo que sim, pois o universo é infinitamente sugestivo. Cada objeto do mundo pode passar por uma existência fechada, muda, a um estado oral, aberto à apropriação da sociedade, pois nenhuma lei, natural ou não, pode impedir-nos de falar de coisas”.

Então, pode-se definir o motivo ao mesmo tempo em que é uma fala pode ser considerado uma mensagem, colocando nesse conceito definições formais, no entanto não substanciais.

Roland Barthes, também refere-se a questão de que a Mitologia, pertence tanto a semiologia, como ciência formal, quanto a ideologia, esta definida por ciência histórica que estuda ideias em forma. Destaca-se.

(...) “portanto que toda a semiologia postula uma relação entre dois termos, um significante e significado. Relacionando objetos de ordem diferente, não constitui uma igualdade, mas sim uma equivalência. É preciso não esquecer que, contrariamente ao que se sucede na linguagem comum, que me diz simplesmente que o significante exprime o significado, devem-se considerar em todo o sistema semiológico não apenas dois, mas três termos diferentes, pois o que se aprende não é absolutamente um termo, um após o outro, mas a correlação que os une: temos portanto o significante, o significado e o signo, que é o total associativo dos dois primeiros termos²⁷.”

O mito não nega as coisas, apenas as tornam inocentes, dando-lhes uma significação natural e eterna, com o intermédio de seu caráter imperativo. Não se define pelo objeto de sua mensagem, mas pela sua forma. Pode ser pronunciado por várias representações: um fato, um anúncio, uma reportagem, entre outros. Usa mensagens fatuais, denotativas, mas explora a conotação. Roland Barthes sustenta que a sua função, na mídia, é a naturalização e eternização da sociedade burguesa. O mito transforma uma contingência histórica em eternidade, imobilizando o mundo. Portanto, podemos destacar que o mito empregado à linguagem do direito, produz um sentido contingencial que imobiliza o discurso.

O direito como criação humana e produto da linguagem, tem relação de encontro constante com ideologia, o que propicia uma reflexão filosófica sobre as potencialidades do direito, no sentido que a ideologia do direito nos leva a ideia de ilusão, a uma falsa consciência, como um conjunto de crenças, trazendo a ideia de que o ideólogo é aquele que inverte as relações entre ideia e o real, percebe-se a relevância de que o direito é a interpretação e seus influxos ideológicos na criação e definição do que é o direito, ou seja, temos uma significação do direito, tal qual o mito.

²⁷ BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução de Rita Buongermino, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. 7ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2013. p. 203

2.7 O direito imaginário

Havia entre os gregos e romanos uma grande mistura entre direito e religião. As primeiras leis foram partes de rituais litúrgicos e as mesmas pessoas eram religiosos e juristas, formando parte de um todo.

Contudo, num estágio anterior, temos civilizações ainda mais antigas que nos permite dizer que as artes das cavernas tinham um objetivo mágico.

Para tanto, o direito imaginário pressupõe uma postulação epistemológica e ontológica. A depender da natureza do direito a qual nos referimos, aponta-se primeiro para seu caráter imaginário, que confronta o racionalismo, pois seria um produto da imagem, uma limitação da forma originária e fundamentada do pensamento por imagens e imaginação. É o que acontece, por exemplo, no início da vida, quando um bebê ainda não usa completamente a linguagem, mas tem lembranças de imagem que lhe transmite sentido:

E entendemos que foi o próprio avanço da investigação teórica, onde ela é mais reconhecida como científica, ou seja, na matemática e na ciência natural, sobretudo a física, que trouxe uma tal compreensão, tornando a geometria euclidiana uma das possibilidades de elaboração de uma axiomática rigorosa sobre as propriedades do traçado de figuras em um plano que não podemos esquecer ser imaginado, logo, imaginário, assim como a lógica formal aristotélica, bivalente (que usa apenas os valores da falsidade e verdade), também é uma dentre muitas lógicas possíveis. O avanço da matemática, que é de se considerar como o avanço da própria imaginação humana criativa em um de seus setores, terminou impulsionando o avanço da investigação da matéria e do espaço físico, permitindo que se forjasse a cosmologia relativística e a microfísica quântica. Nesta última, por exemplo, já se sabe que a idéia de “átomo” é uma abstração, não havendo esta partícula última indivisível, um “ponto”, tal como concebido na geometria euclidiana, tornada padrão de racionalidade pelo cartesianismo da (primeira ou mais recuada) modernidade. Imaginemos então que esse ponto na verdade é um círculo, reduzido a proporções infinitesimais, e consideremos que uma reta é formada por uma série de pontos, assim como em cada ponto da reta se pode conceber o cruzamento com ela de uma outra reta, sendo o que estabelece o sistema de coordenadas cartesianas, mas cada ponto é, na verdade, o lugar de um corte, que em matemática se denomina “corte de Dedekind”. A imagem que agora se tem desse sistema de coordenadas é totalmente diferente, e ela expressa bem uma outra percepção da realidade que a partir daí se pode obter, diversa daquela linear, cartesiana, a qual se mostra como uma abstração redutora diante dela. Retomaremos adiante estas colocações.²⁸

Já com relação à postulação ontológica, observamos que o direito é uma forma de conhecimento. Como a sociedade conhece seus membros e os padrões esperados de cada um

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Conhecimento imaginário do/no direito. In: **Estudos do Imaginário Jurídico**. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.152.

dos seus pares, destaca-se um caráter criativo do direito, com imagem da obra humana. Ou seja, o direito é um conhecimento que se produz numa articulação simbólica.

Consequentemente a imaginação criadora, distinta daquela que se atem ao registro passivo, da percepção, reproduzindo-a, revela-se como um poder maximizado de inventividade. Compete a ela libertar-se das imagens inertes, romper com estados de alma e desrealizar o mundo corporificando o irreal. É a imaginação, não reprodutora de sensações vividas, mas uma força cuja envergadura supera a condição humana. Suas imagens não objetivam a realidade em suas formas estanques. Inversamente, buscam suplantar o que se oferece à visão, engendrando formas outras, realidade inexistentes. Nesse sentido, o ato de imaginar se delinea quando uma imagem existente nos remete à criação de outras que não encontram equivalente no real, divorciada das lógicas estáveis. A imaginação é puro devir, uma incursão no movimento das imagens que permite o alargamento da existência, induzindo a depositar, a investir, a acreditar no direito.

Como consequência temos no direito uma natureza ficcional, partindo da concepção de que o direito é uma criação humana, coletiva. É o que propõe Ronald Dworkin, ao afirmar que o direito é um “romance em cadeia” ao aproximá-lo da literatura. Podemos também encontrar essa aproximação em Kelsen, não muito difundida por seus cânones, mas afirmada por ele mesmo em relação à natureza ficcional de sua norma hipotética fundamental.

2.8 A ficção do direito

Os pensadores do direito na atualidade, em sua grande maioria, o explicam como uma ciência lógica e definida, que tem objetivos nobres e é indispensável à pacificação social. Por vezes, citam um dos maiores pensadores do direito, Hans Kelsen, mas não se dão conta de que ele teve a coragem, no decorrer de seu amadurecimento intelectual, de afirmar que o direito positivo funda-se numa norma de natureza ficcional. Ou seja, o ordenamento em si é uma ficção, conforme vemos abaixo:

Diversas tentativas sempre foram feitas, em todos os tempos e lugares, a fim de dar resposta à indagação fundamental, sobre como se origina tudo aquilo que há de mais próprio do ser humano, como o jurídico; tal resposta é de se considerar fundante, fundadora do que somos, de como nos percebemos – e é isso o que “somos”. Na “pré-modernidade” a resposta típica é de cunho mitológico ou teológico em sentido amplo: os deuses ou Deus nos cria(m) e concede(m)-nos a ética, o direito etc.; na modernidade, ela vai ser de cunho jurídico: fomos constituídos em sociedade por um contrato – por nós mesmos, portanto; na “pós-modernidade”, a resposta típica é um misto das duas anteriores, é um mito criado conscientemente como tal, uma ficção, que remete nossa criação a um “grande Outro”, que não é um Deus nem um outro ser humano, que está em nós sem ser o que somos (ou consideramos “ser”): é a

resposta da psicanálise, da mitologia metapsicológica freudiana. Essa ficção, como outras, mais antigas, dentre as quais incluímos o Direito, se configura no que se propõe aqui denominar “ficção de origem”, como se pode caracterizar os mitos constitutivos de nossa subjetividade, por originarem a ordem simbólica que institui o mundo em que habitamos, enquanto mundo propriamente humano, e, nele, também o Direito, sendo tudo o que daí se origina, nós, nosso mundo, nosso direito etc., da mesma natureza adquirida já na origem, isto é, ficcional.²⁹

O ordenamento jurídico é formado de normas e condutas humanas, atos de vontade, que estabelecem normas. Nesse sentido, Kelsen estabeleceu em sua teoria que a validade de uma norma jurídica era conferida pela norma anterior, de forma encadeada, cuja base de validade era uma norma hipotética fundamental:

Considerando a chamada positividade do Direito, tem-se que ela pode ser entendida como sua existência afirmada enquanto independente de qualquer transcendência, ou seja, como resultado da deliberação humana, garantindo a submissão a esta deliberação sem apelar a nada diverso da própria vontade que o põe, sobre ele dispõe, e o impõe. Dessa forma, o direito não é uma entidade, não existe, como existimos os seres humanos e demais seres – que, a rigor, não são “seres”, mas “sendos”, entes – nem tampouco “eksiste”, “existe fora”, como Deus ou o transcendente. Trata-se de uma ficção, uma ficção coletiva, que se nos impõe e mesmo, nos constitui, como seres sociais que somos, mas que, ao mesmo tempo, depende de nós para existir, ou de nossa crença nele. O objetivo da presente investigação é captar como se constroem as ficções que resultam no Direito.³⁰

Então, a norma hipotética fundamental é um ato meramente pensado, uma hipótese com função de criar, o fundamento de validade de uma ordem coativa. É o que seria para Kelsen a ordem jurídica, formada por normas imperativas, que fornecem o sentido objetivo de atos de vontade para o direito. Assim, a teoria do direito moderno se funda numa hipótese, numa ficção e, a partir disso, cria e regula a vida de todos, com ares de científico e lógico, quando, em verdade, se trata de uma crença com base numa ficção. Destaque-se a esse respeito:

É certo que o pensamento kelseniano oficial não costuma destacar esse aspecto da elaboração teórica de seu autor referencial, posterior à segunda edição da Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), em 1960, concebida para se tornar canônica. Insiste-se, portanto, em referir à norma que seria o próprio fundamento de validade e, logo, de existência positiva do Direito, por isso mesmo dita norma fundamental ou básica (*Grundnorm*), como sendo uma norma hipotética, quando o próprio Kelsen, comprometido ao máximo como sempre esteve com a coerência do pensamento, percebeu que não poderia entender como sendo uma hipótese uma norma jurídica, pois hipóteses são assertivas feitas na forma de um juízo lógico, que podem ser verdadeiras ou falsas, a depender da correspondência de quanto ali se assevera com o que se comprova empiricamente, experimentalmente. Ora, isso significaria

²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito e/é fé. **Revista Mestrado em Direito**, Unifief, ano V, n.V, Osasco, 2005, p.53-60.

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito e/é fé. **Revista Mestrado em Direito**, Unifief, ano V, n.V, Osasco, 2005, p.53-60.

ultrapassar o limite entre o mundo do ser (*Sein*), onde se situam os fatos reais (*Tatsache*), e aquele do dever ser (*Sollen*), onde se encontram os fatos possíveis (*Sachverhalt*) que forem (juridicamente) selecionados para fornecer a base de uma imputação do Direito, a chamada *fattispecie*, da doutrina italiana, que corresponde ao “suporte fático” (*Tatbestand*), da doutrina germânica. E tal limite, como é sabido, foi rigidamente estabelecido como um pressuposto de toda a teoria do direito kelseneana, a fim de evitar a chamada “falácia naturalista”, denunciada já por David Hume e, na esteira dele, por Immanuel Kant, principal referência filosófica para Kelsen. Essa falácia ou falso raciocínio ocorre quando se pretende fazer uma dedução do que deve ser a partir do que é, minando assim a autonomia da moral, do Direito, da estética e de tudo quanto estabelece o ser humano como critério de avaliação de sua conduta, por em assim procedendo fazer depender de uma determinação prévia do que seja o bom, o justo ou o belo a possibilidade de se estabelecer parâmetros de julgamento do que quer que se venha a fazer com a intenção de atingir tais ideais.³¹

Assim, no positivismo, há uma definição circular do que seja direito posto, positivo. O posto e imposto decorre de uma vontade ficta, que impõe obediência em cadeia, definindo o direito estabelecido. Se não é respeitado em seu conteúdo, em caso de ruptura revolucionária da ordem jurídica, o é em sua forma, a forma jurídica, da qual não se escapa. Só se rompe com o direito para estabelecer uma ordem pelo uso da força.

Nesse mundo de ficção do direito, temos possibilidades reduzidas, visto que só podemos conhecer aquilo que nos é dado pelos responsáveis por sua criação. Em suma, há um código de programação prévio nesse aspecto muito mais limitado do que o existir. Na realidade, limita-se tudo o que pode acontecer.

Nesse modelo ficcional do direito, as normas jurídicas são mensagens criadas a partir de uma norma inicial e ficta.

2.9 A ilusão e o jogo do direito

O direito é uma estrutura precisamente ordenada e ordenante, cuja aplicação visa atingir um resultado satisfatório que pode ser falseado e que possui um sistema interno ludibriante. Nesse passo se instauram cenas ilusórias nas quais ou não se tem consciência de que por ela está tomado (o iludido), ou percebe sua ocorrência e mesmo consciente da ilusão, equivoca-se perante o próprio sentido dado à coisa (o direito), mantendo-se iludido. A manutenção dessa lógica gera um resultado efetivo, nesse ambiente dissimular por meios contrários às próprias estruturais que deveriam compõem o direito.

Essa ilusão do direito é experimentada e vivenciada no cotidiano por meio de arranjos politiqueros que travestidos de atos processuais reafirmam que o que chamamos de direito é

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Conhecimento imaginário do/no direito. In: **Estudos do Imaginário Jurídico**. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.154.

uma ilusão construída pelos extratos de nossa imaginação que torna tudo mais uma invenção ilusória.

Essa é a ambivalência da ilusão: o que criamos é ilusão; nos iludimos e ilusionamos; fundamos sentidos e criamos algo não real, mas há convenção de que assim fosse. Desta forma, assumimos um engano permanente, assumimos a ilusão e nela vivemos.

Precipualemente esse sentido de viver na ilusão é a condução para uma dinâmica elaborada. O termo ilusão é comum a todas as línguas românicas e decorre de *ilusio*, do substantivo *illudere*, que por sua vez deriva de *ludere*. Um dos seus sentidos é “jogo”, divertir-se com algo, mas também pode assumir a forte conotação de falsear, de burlar, de ridicularizar ou de escárnio.

Nesse sentido podemos destacar da natureza etimológica um sentido teatral, de diversão lúdica. Aquilo que deve ser representado, um fazer parecer, com todo sentido nessas observações do direito, como um teatro lúdico, que ilude e é ilusionado por falsas encenações. É o fazer de conta, o teatro judicial para demonstrar e representar que houve julgamento, contraditório e ampla defesa. O condenado também representará o seu papel e aceitará cumpri-lo.

Outra ideia, próxima do sentido de teatro, é a do direito como um espetáculo que discute os conceitos de verdade e representação, convertendo a experiência estética em um exercício de prontidão ética.

Não se trata aqui de invocar a velha ciência grega da conduta pelo viés do que ela se tornou hoje em todas as sociedades do mundo ocidental, um compilado de frases feitas, meio-irmãs da retórica vazia e do entulho discursivo, presentes em toda e qualquer demonstração de indignação farisaica (a expressão é de Antônio Candido)³² não somente por parte do trabalhador mais humilde como também da autoridade política de maior relevo, mas ausente, de fato, tanto nas ocorrências pessoais mais ordinárias como na vida social mais ampla.

Inicialmente, representar significa um jogo, uma operação que faz as emoções serem sublimadas para se converterem rapidamente em cenas que possam iludir. É moldado no fluxo inicial do jogo teatral, quer do senso comum, quer dos discursos oficiais. O direito partilha o espaço do indizível, do não dito, e constitui uma ausência de ética tanto do descompromisso como da liberdade.

Na insistência em retornar sobre o irreduzível daquilo que nos acomete e nos constitui como seres humanos, acaba-se por criar obstáculos ao acesso mais profundo da própria

³² CÂNDIDO, Antônio. Dialética da malandragem. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n.8, São Paulo, 1970, p.75.

investigação sobre a diferença entre o homem e o animal. Isto porque temos tanto da cultura dos homens quanto dos animais o jogo, mesmo em suas formas mais simples produzidas pelos animais. É um fenômeno que se projeta para além do biológico, fisiológico ou dos reflexos psicológicos. Nele sempre existe algo em jogo, que ultrapassa as necessidades imediatas da vida e fornece um sentido tanto para os animais quanto para os humanos.

Nesse sentido, Johan Huizinga³³ define que o divertimento é, precisamente, a essência do jogo. Encontramos nele uma categoria absolutamente primária da vida, que qualquer um é capaz de identificar desde o nível animal. O jogo é considerado uma totalidade, ultrapassando a esfera da vida humana, pois não tem fundamento em qualquer elemento racional, não se limita à humanidade e também não está ligado a qualquer grau de civilização ou concepção do universo. Assim, todo ser pensante pode entender a realidade autônoma do jogo: “é possível negar a seriedade, mas não o jogo”.³⁴

O jogo não é essencialmente material, pois passamos a caminhar num terreno de ordem e fundação espiritual. Seja para o humano ou para o animal, o jogo ultrapassa os limites da realidade física. Somos todos capazes de brincar, e isso é um traço de indistinção que afasta uma bipolaridade racional estabelecida pelo homem sobre sua condição humana superior de outros seres.

Temos uma questão premente: o próprio brincar é capturado pelo ocultamento de nosso ser pela técnica, para nossa perdição, apagando o traço lúdico que nos funda para além de nossa violenta racionalização.

Destaca-se Henrique Garbellini Carnio e Joaquim Eduardo Pereira³⁵:

Mesmo no mito, na linguagem, no culto, sempre há uma brincadeira, um jogo transformador, imaginativo, um espírito fantasista. No mito e no culto é que existe a origem das grandes forças do processo civilizatório, como a troca, o escambo e o comércio, o direito e a ordem, a poesia e a ciência. (...) O jogo está, ainda, no inabalável terreno da busca da verdade. Com o jogo parresíastico verifica-se exatamente isso. A parresía – fala franca que explicita a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade que pensa – mas também a coragem do interlocutor, que aceita receber como verdadeira a verdade que ouve.

³³ HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 2012.

³⁴ HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 2012, p.3.

³⁵ CARNIO, Henrique Garbellini. PEREIRA, Joaquim Eduardo. Ilusão do Direito: notas Iniciais sobre a Ambiguidade da Vida e da Racionalidade Jurídico. In *Coragem e Racionalidade Jurídica*: o jogo sem fim do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 178.

Portanto, para Johan Huizinga, “o autêntico jogo desapareceu da civilização atual, e mesmo onde ele parece ainda estar presente trata-se de um falso jogo, de modo que se torna cada vez mais difícil dizer onde acaba o jogo e onde começa o não-jogo”³⁶.

Essa sensação de que o jogo autêntico perdeu o sentido nos traz um sentimento de mal estar da civilização. Para Freud³⁷, apesar de não haver dúvida de que não nos sentimos bem na civilização atual, é pouco provável que os homens de outras épocas sentiam-se melhores. Para isso, sinaliza esse sentimento coletivo causador de grandes transtornos psicológicos na contemporaneidade.

O sentido que compreendemos da vida é encarado como um jogo que jogamos com as outras pessoas na sociedade, que essencialmente requer regras. Por nos reconhecemos no outro, podemos dizer que, antes de “estarmos” jogando, nos relacionamos com os outros na forma de jogo, com regras. “Somos” seres jogados, lançados no campo aberto do mundo.

Nesse âmbito, o direito como elemento ilusório, nos joga no mundo, pois como há diversos regramentos, pensamos que o conhecemos e o aceitamos mas, em verdade, somos jogados, lançados e projetados, inconscientemente.

Esta ilusão é causada pelo fato de o nosso mundo ser criado ficcionalmente, uma ficção que se apresenta como realidade, a realidade em que vivemos, a qual se sustenta, se institucionaliza a partir do jogo (inautêntico), como o direito. É somente neste jogo de encobrimentos que podemos nos compreender enquanto uma individualidade, mas a qual só é possível a partir da comunidade ou sociedade.

Esse paradigma da modernidade, o referencial externo, confunde-se com o próprio homem, dando ensejo ao sujeito moderno. Trata-se de uma forma de persona(lidade) que se apresenta como unidade em si mesma. Isto é possível a partir do momento em que a condição de possibilidade de compreensão, assim como de fundamentação última do direito, passa a ser o próprio sujeito.

Na atualidade, o processo de subjetivação mantém um ciclo vicioso no qual quanto maior o mal-estar, mais se aposta no processo de subjetivação para lhe escapar. O direito é o meio através do qual este jogo (inautêntico) é processado. As relações formadas entre os indivíduos são, na verdade, ‘não relações’, nas quais o direito não tem mais como condição a possibilidade de ser um referencial comum a partir do qual os indivíduos devem buscar co-viver, mas institucionaliza uma zona de ‘não convivência’, na qual cada indivíduo encontra

³⁶ HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 2012, p.229.

³⁷ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

nos demais indivíduos empecilhos às suas aspirações e projetos de vida, que devem ser vencidos ou superados juridicamente. Por isso,

[...] hoje o problema está em como institucionalizar socialmente no ambiente extraoficial, na escola, no hospital, na fábrica, na empresa, não um direito de ser tratado igualmente apesar das desigualdades, mas de promover uma igualdade em que existam despessoalizações que se sobrepõem à personalização dos sujeitos³⁸.

Mas, se a proposta mantiver esta lógica jurídica de (re)produção do processo ou jogo de subjetivação corre-se o risco de se fechar ainda mais as possibilidades para sairmos deste paradoxo que, por sua vez, aumenta cada vez mais o mal-estar do homem na civilização. É necessário buscar mecanismos, ou melhor, propostas, caminhos para que o direito não continue capturando todas as possibilidades de modo de vida.³⁹

2.10 Estética e política no direito

Tendo por base o pensamento do direito contemporâneo, observa-se o processo histórico de dupla contaminação na relação entre estética e política. De um lado, fenômeno típico da sociedade de massas, a estetização da política faz da imagem midiática uma tecnologia eficaz de poder. De outro, com o aparente esboroamento da experiência estética politizada, o horizonte utópico das vanguardas permanece apenas como uma sombra. Esse binômio estética/política escancara a flexibilidade do capital, sua resistência ideológica.

A ilusão do direito se opera por uma estética política, vez que, a forma estética visual produz imagens que são construídas num imaginário coletivo e operadas pela política como forma de poder. Aqueles que se opõem a tal imaginário serão oprimidos pela violência do direito.

Portanto, a estética política tem linguagens específicas quando respalda o Estado de Direito, que assim deixa de ser meio para a atividade política pura e passa a ser voz daquilo que não pode ser dito na linguagem pura, mas em reafirmar a linguagem de quem domina e influencia esteticamente. A racionalidade política não poderia ser reduzida à racionalidade comunicativa, com a qual deveriam ser confrontados os sistemas injustos que promovem a perversão de conceitos.

Embora essa abordagem dos processos culturais e da comunicação produzida pela cultura para definir a estética política seja realmente sedutora e não deixe de ter sua razão de

³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014, p.113.

³⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ser, convém lembrar que nem todo pensamento atual passa por tais corolários “pós-modernos”. É o que assenta Jacques Rancière, de forma menos ressentida, ainda assim lúcida e viável, sem perder de vista o horizonte histórico das grandes desilusões e/ou ilusão modernas. O direito revê com novos olhos os fundamentos críticos das relações possíveis entre estética e política.

Nesse sentido, por exemplo, ao pensar a contemporaneidade, não é preciso compreender a estética sob o viés da cooptação deformadora como um simples registro de “uma captura perversa da política por uma vontade de arte”⁴⁰. Em oposição, aliás, Rancière nota que é preciso ter em conta que há já na base da política uma estética primeira, ou seja, um modo de, ao mesmo tempo, dividir e compartilhar a experiência sensível comum, a partilha do sensível, é uma espécie de forma *a priori* da subjetividade política, uma distribuição conturbada de lugares e ocupações, um modo negociado de visibilidade que “faz ver quem pode tomar parte no comum em função daquilo que faz, do tempo e do espaço em que essa atividade se exerce”⁴¹. Assim, com base em Rancière, afirma-se as próprias práticas artísticas como formas modelares de ação e distribuição do comum, uma vez que, segundo ele, elas são “maneiras de fazer que intervêm na distribuição geral das maneiras de fazer e nas relações com maneiras de ser e formas de visibilidade”⁴².

Com base no poder de exemplaridade política que as práticas artísticas modernas têm tanto sobre as demais práticas quanto sobre os discursos históricos em geral que modelará a política, constata-se que os grandes temas da espetacularização da cultura, de um lado, e das mortes da arte e da imagem, de outro, “são indicações suficientes de que, hoje em dia, é no terreno estético que prossegue uma batalha ontem centrada nas promessas da emancipação e nas ilusões e desilusões da história”⁴³.

Desse modo, se o campo das práticas artísticas modernas tem, como se disse, atuação modelar em relação aos outros campos de atuação, é no território dos discursos que o pensamento político utópico dos anos 1960 se metamorfoseia em “pensamento nostálgico”⁴⁴. Há certa partilha da sensibilidade das artes como o “sistema de evidências sensíveis que revela, ao mesmo tempo, a existência do *comum* e dos recortes que nele definem lugares e

⁴⁰ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.16.

⁴¹ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.16.

⁴² RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.17.

⁴³ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.11-12.

⁴⁴ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.12.

partes respectivas. Uma partilha do sensível fixa, portanto, ao mesmo tempo, um comum partilhado e partes exclusivas⁴⁵. Como se vê, partilha implica aqui tanto um comum (a cultura, os direitos civis, a liberdade) quanto um lugar de disputas por esse comum, mas de disputas que, baseadas na diversidade das atividades humanas, definem competências ou incompetências para a partilha em especial da arte (estética) com o direito (política).

Nesse sentido destaca Paola Cantarini⁴⁶:

É fundamental a recuperação do diálogo entre o Direito e as Artes, envolvendo a reapropriação e o resgate da função de subversão das artes, contribuindo para a necessária interdisciplinaridade e fertilização mútua dos saberes, bem como para uma metodologia e epistemologia trans e interdisciplinares, ou seja, um discurso da convergência, da conexão dos diversos campos do saber, a fim de que possamos alcançar uma compreensão aprofundada e crítica do Direito, ao contrário, pois, do predomínio discurso tecnocientífico, massificado, fragmentado e discriminador.

Temos que o direito e as artes guardam profunda relação. Rancière desenvolve uma densa tipologia estética das práticas artísticas na história e de suas partilhas. A riqueza dessa taxonomia, afora a fertilidade evidente de sua profusão de ideias, exige primeiro reconhecer três formas de partilha nas artes: uma ligada ao registro escrito ou pintado, e outras duas ligadas ao “vivo”, ou seja, ao performático da ação e da palavra oral. E só depois de cruzar estas partilhas com uma análise das artes na história é que podemos deixar à vista a contradição mencionada: se do ponto de vista da estética, a arte tradicional está próxima à vida, podemos analisar dois principais discursos sobre a modernidade estética. A primeira delas toca nas condições sociais das revoluções modernas e evidencia o contexto responsável pelo grande mito modernista da originalidade. Podemos relativizar a potência revolucionária das vanguardas ao lembrar que, na arte moderna, tanto as “formas de ruptura” quanto os “gestos iconoclastas” são autorizados por uma conjuntura histórica determinada embora nem sempre considerada, a saber “a reprodução generalizada, a interpretação, a história, o museu, o patrimônio”⁴⁷.

Outra conclusão coerente consiste na verbalização do óbvio de que os dois principais discursos sobre a modernidade, seja o da autonomia da arte e o de sua rejeição, integram o mesmo processo histórico: são versos da mesma moeda. Se o discurso “formalista” para o qual “cada arte afirmaria então a pura potência de arte explorando os poderes próprios do seu

⁴⁵ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível: estética e política**. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.15.

⁴⁶ CANTARINI, Paola. **Direito, sociedade e cultura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.181

⁴⁷ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível: estética e política**. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.37.

medium específico”⁴⁸ é sempre uma redução da noção de modernidade, o mesmo vale para o discurso “modernitarista”, seu oposto, igualmente sectário em sua diluição utópica e obsessiva da arte na vida.

Um ponto de contato das artes mecânicas e da promoção estética dos anônimos consta do texto clássico “A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica”, de Walter Benjamin. Segundo Jacques Rancière, Walter Benjamin teria afirmado que, na modernidade, as massas adquirem visibilidade graças à aparição das artes mecânicas, respectivamente a fotografia e o cinema. Entretanto, Jacques Rancière não só discorda dessa relação de causa e efeito como é categórico ao afirmar que, nesse ponto, “é preciso que se tome as coisas ao inverso”⁴⁹.

Quando a fotografia já passa a registrar a vida ordinária, é por essa porta que ela, a fotografia, entra no mundo da arte, e não o inverso. E Jacques Rancière vai ainda mais longe quando afirma que não só as artes mecânicas se tornam “artes” graças ao realismo moderno, como inclusive o próprio conhecimento histórico se abre ao anônimo e às massas em função da “mesma lógica da revolução estética”⁵⁰.

Assim, se a arte moderna autoriza e de algum modo torna visível a representação da vida comum, e se a vertente utópica das vanguardas chega a sustentar que a partilha democrática do sensível cabe ao mais anônimo dos atores sociais, concluímos que a história é ficção: dos modos da ficção, a modernidade seja vista como “uma época em que qualquer um é considerado como cooperando com a tarefa de fazer a história”⁵¹.

É possível discutir a relação entre história e literatura, entre realidade e ficção e a conseqüente “impossibilidade de uma racionalidade da história e de sua ciência”⁵². Temos oposição à condenação platônica das imagens poéticas como simulacro. Aristóteles sugere que a poesia é superior à história na medida em que a primeira pode conferir “uma lógica causal a uma ordenação de acontecimentos”, enquanto a segunda está condenada “a apresentar os acontecimentos segundo a desordem empírica deles”. Jacques Rancière⁵³

⁴⁸ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.38.

⁴⁹ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.46.

⁵⁰ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.49.

⁵¹ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.54.

⁵² RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.54.

⁵³ RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009, p.54.

conclui que a separação entre realidade e ficção implica a imponderabilidade mesma do processo histórico.

Temos, portanto, no discurso jurídico, um simulacro de discurso lógico, pautado por ausência de verdade, por haver uma ausência de parresía, de liberdade, de um dever moral, pois deveria o direito se importar desse dever. Ao invés de interesses pessoais, deveria preferir a liberdade a persuasão, conforme anota Paola Cantarini⁵⁴:

Em assim sendo, fica muito difícil acomodar a coexistência de portadores de uma compreensão tão diversa sobre o mundo, neste mesmo mundo. Cometido o ato parresiástico, ou bem se muda o mundo em que ele se deu, ou bem se muda deste mundo quem o cometeu – explodir-se, como ato político, pressupõe a intensão de realizar simultaneamente ambas as situações, e omitir-se, claro, a de não realizar nenhuma.

Para tanto o direito fica no meio de caminho entre a realidade e a ficção, um simulacro ilusório que produz suas próprias construções, as verdades do direito, que o define por sentido próprio.

⁵⁴ CANTARINI, Paola. **Direito, sociedade e cultura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.133.

3 A OPRESSÃO DO DIREITO

3.1 O direito que oprime por meio da farsa da neutralidade

Esses tempos sombrios de desesperança motivaram sobremaneira essa investigação. Neles, as palavras de ordem são exaltadas, o discurso do ódio parece estar em franca ascensão, a lógica econômica se sobrepõe aos direitos individuais, além de outras mazelas que pensávamos já terem sido expurgadas da sociedade. Acreditava-se que o direito seria capaz de eliminar esses males, mas não foi. Ele próprio, o direito sobre a premissa de neutralidade, age em detrimento do justo e da justiça, oprimindo a quem resistir.

No dito e retórico Estado Democrático de Direito começa a se instalar e a dominar o atuar dos agentes públicos no exercício do poder, influenciando diretamente o comportamento dos indivíduos integrantes da sociedade, fragilizada e desprotegida, que cerra os punhos numa ilusão patriótica.

A opressão ressurgue descaradamente, despreziosa, mas exercendo uma função essencial para a instalação do caos. Basta observarmos a forte influência exercida pelo senso comum teórico e pelos apelos retóricos no âmbito acadêmico e de atuação jurisdicional. Não se exige muito esforço para confirmar o que Luis Alberto Warat, há muito, alerta: “O raciocínio retórico é, assim, uma fala roubada como informação, mas restituída como valor”⁵⁵. E conclui: “O valor é plenamente confirmado. Tornada uma presença ausente, a informação deixa um espaço para que o poder, ausente e, no entanto, pleno, seja o determinante da significação argumentativa”. Eis o discurso de autoridade: covarde, embora eficiente⁵⁶.

Isto explica porque a arbitrariedade e seu discurso retórico são ilusórios, conforme o autor: “No discurso mítico como no raciocínio dos juristas, produz-se um entendimento que não exige explicações. Em ambos há uma clareza de constatação, não de explicação”⁵⁷. É exatamente essa a artimanha: “o indivíduo, imerso no senso comum teórico dos juristas é incapaz de perceber o que está oculto por detrás do mito”⁵⁸.

O problema é que o mito, uma vez instalado, lembra Alexandre Morais da Rosa⁵⁹, reproduz um efeito alienante por parte dos atores jurídicos, isto é, uma não realidade que sustenta a realidade. É a ideia de que a lei é fruto da vontade coletiva para proteger cada indivíduo, como se todos fossem detentores de vontades, desejos, anseios e medos

⁵⁵ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.139.

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.139.

⁵⁷ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.139.

⁵⁸ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979, p.139.

⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.10.

homogêneos, iguais, sem diferenças entre si, conforme abordamos na discussão do direito como ilusão.

Ao buscar alternativas compreensivas, há algumas leituras indispensáveis. Uma delas é Jeremy Miller que, ao analisar o exercício do poder em uma resenha sobre os escritos de Mangabeira Unger, identifica e aponta como possível explicação uma influência de Wittgenstein, para quem a força contingencial do direito derivaria da subjetividade de quem o impõe, e não de quem o ‘recebe’ (ou sofre as consequências do exercício do poder)⁶⁰. Logo, talvez, fosse o momento de considerar a ideia proposta por Mangabeira Unger, pela qual deveríamos questionar e desestruturar nossas crenças em relação ao direito, principalmente, por (des)acreditar a concepção de que o direito seria a expressão da vontade coletiva⁶¹. Será que o direito consegue resolver seus próprios problemas? Se a resposta for negativa, como esperar que esse mesmo direito resolva os problemas da sociedade como um todo?

Por que não aceitarmos a ideia de que seria necessário abandonar nossa concepção de império do direito para adotarmos o império das pessoas, tal como Karl Marx em *O Manifesto* pretendia? Uma sociedade em prol de humanismo, até porque, em prol de uma crítica ao direito, parece ilusória a possibilidade de que o direito possa influenciar positivamente uma sociedade. Loucura, delírio? Talvez. Mas há de se considerar a ideia possível como superação da opressão.

Vivemos numa era na qual o juiz, elevado à figura de uma entidade divina, sabedor do que é melhor ou pior para todos os súditos, deveria ter a tão almejada neutralidade e imparcialidade que possibilitasse um atuar (exercício do poder) sem qualquer envolvimento pessoal e político com o caso a ele apresentado.

Sobre o tema, Jacinto de Miranda Coutinho alerta:

a questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores do direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram, a começar, no campo processual – e em particular no processual penal – pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, da “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados [...] só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência⁶².

⁶⁰ MILLER, Jeremy M. A critical analysis of the theories of professor unger. 12 *Western State Law Review*, 1984.

⁶¹ UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

⁶² COUTINHO, Jacinto de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Florianópolis. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Não se olvide que a cultura do direito se vale de um processo impregnado pelo sedutor exercício do poder e da opressão, a ser imposto sobre as pessoas de forma a submetê-las à vontade daquele que julga em nome do Estado. Sim, não é a vontade do Estado, mas a vontade daquele que o representa. É a vontade do julgador. Assim, estaríamos na ilusão do direito, acreditando em sua magia.

Mas o ‘sonho’ por um processo garantidor de direito justo será sempre distante, pois esse direito está sendo pensando acreditando no juiz neutro e isento de qualquer sentimento ou emoção, como se fosse um ser frio, metódico e exclusivamente cerebral (aquele que domina até mesmo seu inconsciente, mas que sabe dessa impossibilidade). Ou seja, é necessário abandonar a ilusão da imparcialidade daquele que julga, pregar o direito ficto e ilusório.

Ao trazer uma premissa falsa como fundamento, por exemplo, de uma sentença, projeta-se, por consequência, uma falsa sensação de legalidade e de confiabilidade. O juiz que quer prender, e assim determina que se faça, contraria não só os preceitos legais (objetividade do direito), como também as normas e os princípios constitucionais relacionados ao tema em nome de sua vontade, sentimento e desejo (subjetividade).

Aquele que julga decide conforme seu entendimento. Não devemos mais imaginar uma pessoa decidindo contrariamente àquilo em que acredita ou entende. Não existe uma pessoa sem inconsciente, ideologia ou crenças. Sempre haverá uma interpretação para justificar o já decidido, antes mesmo de se decidir, ainda que isso ocorra intimamente, involuntariamente e inconscientemente.

No entanto, quando o tema se refere ao encarceramento de um ser humano, por outro, no contexto jurídico vigente, o poder conferido àquele que decide sobre a liberdade do outro é sedutor e destruidor, principalmente quando as ideologias daquele que julga são contrárias às ideologias daquele que é julgado.

O que extraímos do exposto? Da mesma forma que o capitalismo, reinante em nosso contexto social, necessita de classes hierarquizadas e inferiorizadas para se fazer valer forte e soberano, assim também é o juiz, que enxerga o contexto social como uma guerra urbana na qual a força precisa ser demonstrada e pessoas precisam ser sacrificadas para que todos possam perceber quem manda e quem tem a força: é o direito da opressão.

3.2 A opressão por meio da legalidade e da legitimidade

O direito garante e assegura sua natureza ficcional por meio do uso da força que oprime e coage, fazendo que sua ficção seja cumprida. A força pode se dar por inúmeras formas, submeter e acreditar que pessoas cumpram suas regras, atingindo seus fins, portanto, sua condição de efetividade. Destaque-se como forma de opressão mais eficaz no direito moderno o texto legal regulador das condutas.

Legitimidade deriva do latim, da ideia de “segundo as leis”, logo, a lógica da legitimidade estabelece um sentido direto com a lei. Não se pode aqui confundir lei com lei posta, escrita, positivada. Nesse sentido, seu conceito entrou para a ordem de problemas mais clássicos da ciência política.

Muito além da discussão terminológica, legitimidade é um problema de estudo que inquieta estudiosos do direito e das ciências políticas. Há a ideologia positivista (sobre a qual a legalidade é o principal fundamento de validade das condutas dos indivíduos na sociedade), e o positivismo analítico (a partir da ideia de sistematização e criação de aspecto de cientificidade ao direito, que busca na legalidade amparar seu conceito sistêmico e abstrato).

Para tanto propomos a seguinte provocação: legitimidade e legalidade são sinônimos? Um está necessariamente ligado e validado pelo outro?

Nesse sentido anotamos a passagem de Willis Santiago Guerra Filho: “Outro reacionário em matéria política, mas de inegável valor intelectual, Bertrand de Jouvenel, escreveu que os múltiplos significados de uma mesma palavra são uma dádiva para o poeta, mas não para o cientista”⁶³.

Logo, há uma confusão na linguagem dos juristas que utilizam os termos como sinônimos. Inegável que as leis escritas buscaram assegurar uma presunção de justiça e legitimidade, o que complica ainda mais ao misturar outro conceito, mais distante entre legalidade e justiça.

Na tradição da igreja romana não pode haver distinção entre legalidade e legitimidade. Por inspiração divina o que é legal é legítimo vez que as leis bíblicas são as verdades reveladas por Deus.

3.2.1 Definições de legalidade e legitimidade

Segundo Antônio Carlos Wolkmer,

⁶³ JUVENEL, Bertrand de. Authority: the efficient imperative. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbelini. *Teoria política do direito*. 2.ed. São Paulo: RT, 2013, p.177.

a legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva, e que a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos [...] Sua aplicação envolve, como concepção do direito, a transposição da simples detenção do poder e a conformidade do justo pela coletividade.⁶⁴

A legalidade está relacionada à forma, enquanto a legitimidade está relacionada ao conteúdo da norma. A legalidade, como acatamento a uma ordem normativa oficial, não possui uma qualidade de justa ou injusta. A ideologia legalista, por sua vez, parte da noção de legalidade para distorcê-la e, aí sim, servir como instrumento de injustiça.

O legalismo é utilizado, por vezes, como estratégia autoritária para impor uma ação estatal justificada apenas na necessidade de cumprimento “da lei” ou da força que oprime a quem se impuser àquela ordem. É o argumento que se esconde na autoridade da lei estatal para ter validade, quando na verdade há interesses que não podem ser expostos, devido à ausência de consenso. Pressupõe-se que se a tese está fundada numa lei, e as leis (conforme essa ideologia) são verdades absolutas, então a tese nela fundada também é uma verdade absoluta.

Basear-se em argumentos legalistas para justificar decisões judiciais injustas significa contribuir para subjugar e não dar efetividade à “essência da função judicante”, para submeter-se ideológica e politicamente ao legislador.

A história das instituições jurídicas no Brasil revela que o pensamento legalista serviu e ainda tem servido para justificar a imposição do poder das oligarquias sobre a imensa maioria do povo. Ou seja, é o suporte para conservar o poder e justificar o uso da força armada contra as manifestações populares e de libertação nacional. Assim se caracteriza o discurso legalista vigente, presente em todos os meios da superestrutura ideológica jurídica (monopólios de comunicação, faculdades e tribunais).

A legitimidade, por sua vez, ao mesmo tempo em que constitui um caminho de ruptura com o legalismo, pode ser desvirtuada para convergir com o legalismo.

Assim, o termo legitimação encontra um significado diferente de legitimidade. Trata-se de uma expressão usada pelo tecnicismo na política, que compreende o processo pelo qual se buscará que uma norma ou ordem oficial, independentemente de seu conteúdo, seja aceita pela população sobre a qual incide, e, em consequência, seja cumprida sem o recurso à força.

⁶⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa**, n.124, Brasília, 1994, p.180.

Dominação não se apoia apenas na força, na violência e na coação, mas, sobretudo, no consenso acerca da crença nos valores que embasam as imposições e as determinações advindas de “governo”.

Ocorre que a lógica formal contida nesse processo de legitimação não possui instrumental adequado a esgotar e esclarecer o tema de forma a contento, confundindo-o com o conceito de legalidade.

A legitimação, como processo de organização social, é um processo ideológico para tornar aceitáveis determinados axiomas. Cabe, portanto, resgatar a definição de legitimidade como busca do direito justo, para além do direito estatal.

3.2.2 Justiça e legitimidade

A perspectiva da filosofia clássica defende a existência de um bem em si que transcenda a moralidade dominante em uma determinada tradição. É justamente com base neste ponto externo que se pode aferir a validade moral dessa tradição. Platão pretende nos permitir julgar as tradições vigentes, especialmente para que sejamos capazes de nos insurgir contra as injustiças e transformar a sociedade⁶⁵.

Assim é que Platão permite aflorar a legitimidade, conceito usado para mediar as relações entre a moralidade e a política.⁶⁶ Em um plano filosófico, a legitimidade é um atributo do poder, e o poder é legítimo na medida em que gera dever de obediência. No plano sociológico, a legitimidade não se apresenta assim, pois tipicamente os sociólogos chamam de legítimo o poder capaz de gerar obediência.

E, entre a mera obediência e o dever existe um abismo entre ser obrigado e ter uma obrigação. Esta é uma diferença fundamental para a filosofia do direito.

A obediência é uma questão de fato, e pode ser observada empiricamente. Onde quer que certas normas ou ordens sejam observadas pelos seus destinatários, podemos identificar uma relação de obediência. E isso ocorre mesmo nas situações sociais em que não reconhecemos a existência de dever: cumprimos a ordem de um assaltante por medo, e negamos que essa obediência venha de alguma espécie de dever. Assim, o simples medo da punição ou da violência pode gerar obediência, mas não pode gerar dever.

O que gera o dever é a autoridade, ou seja, o fato de que a norma ou a ordem configuram exercício de um poder legítimo. Assim, a legitimidade é o conceito do qual

⁶⁵ PLATÃO. *A República*. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

⁶⁶ PLATÃO. *A República*. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

dispomos para questionar a validade de uma ordem, mesmo quando ela advém de uma pessoa ou instituição que tem potencialidade de gerar obediência.

Assim, na medida em que o direito se relaciona com o exercício do poder, o direito legítimo é aquele cuja autoridade se assenta em um poder legítimo. Mas, quando um poder é legítimo? Podemos dizer que a legitimidade é a conveniência do mais forte. Com isso, porém, terminamos por aniquilar as potencialidades críticas do conceito de legitimidade, na medida em que todo poder constituído seria legítimo pelo simples fato de ser constituído.

Portanto, se o conceito de legitimidade tem uma função crítica, ele precisa remeter a algo que não se confunde com a mera capacidade de gerar obediência, e que tampouco se confunde com o reconhecimento social da legitimidade. Isso ocorre justamente porque esse conceito é usado principalmente para medir a validade dos poderes constituídos.

Nessa medida, a legitimidade, assim como a justiça, tem um conteúdo que precisa transcender os valores vigentes em uma sociedade. Aí se encontram esses dois conceitos. Todo ato legítimo é justo porque não admitimos que o poder político tenha legitimidade para praticar injustiças. Essa ligação entre legitimidade e validade projeta novas luzes na própria relação entre justiça e bem.

Quando afirmamos que um ato é justo, normalmente não queremos com isso apenas fazer uma observação sobre o mundo (como ao dizer “a luz está acesa”), pois temos um dever de praticar a justiça. Não temos nenhum dever de praticar atos eficientes. Cabe a nós escolher maximizar ou não a eficiência prática de nossas condutas. A eficiência pode falar aos nossos desejos, mas não fala ao nosso senso de dever. Já com a justiça ocorre o contrário: temos o dever de praticá-la, ainda quando ela seja contrária aos nossos interesses pessoais.

Assim, a noção de justiça, tal como a de legitimidade, relaciona-se com o exercício do poder. Na legitimidade, trata-se do poder político organizado. Na justiça, trata-se do poder em geral, pois, conforme identificado por Aristóteles, a justiça está sempre nas nossas relações com o outro, nas nossas potencialidades de influenciar na vida das outras pessoas.

Então, por mais que legitimidade, justiça e bem não sejam propriamente sinônimos, todos apontam para os critérios de moralidade. E, nessa medida, uma reflexão filosófica sobre o direito precisa entrelaçar as ideias de justiça e de legitimidade, pois esses são os critérios fundamentais de avaliação moral dos atos jurídicos, e que têm reflexos diretos sobre a sua validade.

3.3 O direito pela exceção

Muito se discute sobre o papel do direito na regulação da vida humana, confrontando sua função de pacificação social, quando passa a ser usado, em verdade, como um dispositivo da racionalização da vida humana.

Num mundo cada vez mais globalizado, politizado e insensível, a sociedade se revela fragilizada e angustiada; os poderes econômicos, políticos e as estruturas contemporâneas oprimem e esmagam a todos, são faces do autoritarismo estatal chancelado pelo (des)direito.

Não podemos deixar de abordar Carl Schmitt e Giorgio Agamben por apresentarem de forma aprofundada os limites jurídicos do Estado de exceção, a partir de posicionamentos e biografias bem distintas.

Para Giorgio Agamben, mesmo no interior de democracias contemporâneas, “o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea”⁶⁷, perfazendo-se por instrumentos que “provisório e excepcional” tornam-se uma “técnica de governo”, cujos exemplos podem ser facilmente encontrados no cotidiano de governos ditos democráticos.

A justificativa para a instalação da “guerra civil legal” como nomina o autor será sempre o restabelecimento da normalidade. Suspende-se a ordem jurídica vigente por meio da técnica da urgência e da provisoriedade. Porém, o caráter provisório que deveria marcar a exceção se desvirtua com a criação voluntária de um estado de emergência permanente, que permite um agir soberano no qual a decisão se torna superior à norma jurídica.

Essa metodologia é adotada comumente em governos ditos democráticos, conforme observamos abaixo:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareciam não inegáveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos.⁶⁸

A exceção não se localiza, na atualidade, apenas no âmbito da crise política ou na situação excepcional e temporária imaginada por Carl Schmitt, em que surge o Estado de necessidade estatal como razão para a submissão do direito ao poder soberano do governo.

⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13.

⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13.

Mas ela está inserida nas sociedades democráticas, como espaço de soberania absoluta, suspensiva do direito e dos direitos.

É para isso que Giorgio Agamben pretende chamar a atenção desde o início de sua obra, demonstrando como, por essas mesmas estruturas, foi possível continuar práticas que, apesar de atentatórias à dignidade humana e aos princípios basilares da ordem jurídica, são verdadeiros fundamentos práticos da governabilidade (de exceção) moderna que se propagam como formas de apreensão da vida nua, em total desapego com sua relatividade humana, tudo com o emprego do direito pronto a oprimir.

Moral e ética são conceitos, assim, que não alcançam o homem moderno, já que estes são fundamentos feitos na cidade, não no campo de concentração, verdadeiro paradigma apresentado no real moderno.

Giorgio Agamben revela um panorama reflexivo de grande importância para pensarmos nossa atualidade. Por certo, embora sua teoria tenha por pressuposto prático e lógico o modelo europeu de representação política, jurídica e de democracia, devemos entender, em contrapartida, que sua análise encontra igual guarida de possibilidades na nossa situação de dependência quase parasitária numa ausência de identidade refletida diretamente nas formas com as quais lidamos cotidianamente com nossos percalços.

O poder soberano e o estado de exceção enquanto figuras de convergência do próprio humano em sua existência antitética se encontram em qualquer forma de vida existente, sem que com isso tenhamos necessariamente um modelo europeu de incidência. Até esta forma de vida contida no estado de exceção é adequada à nossa realidade tupiniquim. No caso brasileiro, o soberano é o Poder Judiciário, o direito que oprime.

Na realidade, trata-se de reconhecer como os pontos tratados por Giorgio Agamben incidiram na realidade europeia e em sua formação enquanto sistema-mundo e como, com fortes influências após a Segunda Guerra mundial, essas formas de estabelecimento de uma sociedade pautada em ideários humanos e princípios gerais humanísticos encontrou “campo” fértil para se propagar globalmente. Devemos ter em mente, todavia, as condições pelas quais esses modelos saíram da Europa e foram inseridos nas diferentes partes do mundo que, igualmente, se encontravam em condições distintas daquelas nas quais o ideário europeu se encontrava: a destruição não se concentrava unicamente nas edificações bombardeadas; estávamos diante da eclosão do próprio homem numa escala jamais vista.

Trata-se de tentar não apenas elencar como a teoria do estado de exceção e do paradigma do campo de concentração foi identificada por Giorgio Agamben, mas igualmente de pensarmos em possibilidades de sua existência também nos trópicos, numa realidade um

tanto distinta daquela europeia – seja do pós-guerra, seja dos acontecimentos posteriores – e que possui suas próprias características e significação de um simulacro democrático que se assenta nas bases de suas repúblicas, de seus regimes totalitários velados sob o manto da legalidade e dos princípios basilares do homem, num modelo possível e passível de análise conforme a predisposição de aparência do próprio estado de exceção em sua atuação.

Uma dessas formas que encontramos respaldadas no modelo antitético existente no hemisfério sul se concentra na “jurisdição de exceção” exercida pelo Poder Judiciário enquanto órgão julgador e de *ultima ratio* das decisões jurídicas possíveis. Ela não se encontra desvinculada do poder soberano, pelo contrário, o integra na mesma medida que os Poderes Legislativo e Executivo.

A decisão soberana, sendo própria do poder soberano, encontra consubstanciação na divisão de poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. São três figuras distintas que, na realidade, formam uma única, concentrada em Deus e que, para nossa analogia, está no poder soberano. A jurisdição de exceção, assim, é mais uma das muitas possibilidades de exceção do poder soberano moderno em seu jogo da governabilidade (de exceção), a serviço da opressão promovida e propagada pelo próprio direito:

A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismos de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia – como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras – seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil⁶⁹.

Este modelo de aplicação e reconhecimento do estado de exceção pressupõe um movimento entre o Executivo e o Judiciário na concentração do poder soberano e da própria decisão soberana.

Vemos que o estado de exceção nas últimas décadas está se concentrando nos atos do Poder Judiciário, confirmando a situação de exceção – seja criada por ele ou pelo Executivo – ou sendo o próprio criador dessa situação excepcional. Independentemente de ser do Judiciário ou do Executivo, trata-se de reconfigurar o poder soberano para continuar suas estruturas e implicações na realidade e não da exclusão de partes do poder soberano. Ou, em outras palavras, é o próprio poder soberano atuando de forma diversificada por meio de suas estruturas ramificadas em Executivo e Judiciário, criando a situação e a forma de exceção com as quais estamos convivendo.

⁶⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p.104.

É o que se verifica quando em determinados casos o direito toma à frente – no que ficou conhecido como “ativismo judicial” – e simplesmente se insere acima da própria norma – em que, como em Thomas Hobbes, vemos o soberano mantendo o seu direito natural – confirmando a exceção: “a jurisdição funciona, na maioria das vezes em casos como estes, como fonte legitimadora e realizadora da exceção, da suspensão de direitos. Inicia-se o processo conhecendo-se o resultado que será obtido, independente do que nele se produza”⁷⁰, algo que encontramos de forma bem evidenciada na obra de Giorgio Agamben quando analisa o julgamento de Jesus Cristo por Pôncio Pilatos⁷¹ no qual o resultado já se prenunciava antes mesmo de toda encenação do julgamento, numa (im)possibilidade do juízo possível em função da exceção.

Vemos como as relações do campo de concentração se estabelecem a todo o momento e em qualquer lugar. Vemos as relações do campo nas formas pelas quais o poder soberano se faz presente nas “democracias” ou nos massacres e chacinas ocorridos nestes “estados soberanos”.

Nesse enredo podemos nominar que temos um verdadeiro simulacro democrático que nos faz suspeitar constantemente de nossa “realidade” e da forma pela qual se insere na sociedade. Este é, como veremos, o papel do imaginário e do que as democracias não nos permitem: pensar na existência das relações do campo de concentração que ainda estão presentes. A democracia, portanto, demanda mais do que a vigilância constante; sobretudo, ela requer desconfiança sobre o que, quando e como se vive. A vida nua se apresenta de diversas formas e, em todas elas, é possível observar, do maior ao menor grau, da mais mortal a mais simplória forma de violência política e jurídica, a atuação do poder soberano e a apresentação das relações do campo de concentração em suas acepções decisórias soberanas.

O Poder Judiciário, atuante em jurisdição de exceção, faz prevalecer a opressão como o verdadeiro e real ponto de fomentação da modernidade e das democracias ocidentais, que se “ornamentam” de legalidade para trespassar uma realidade democrática na qual não estão inseridas. A opressão está nas decisões do Poder Judiciário, desde o menor grau de jurisdição até a última das instâncias. São decisões que não apenas confirmam o estado de exceção no qual vivemos, como igualmente confirmam a criação de novos campos de concentração para oprimir e incutir no “bandido”, aquele mesmo da relação de a(bando)no, que todos aqueles sob o peso da lei recairá e em que o poder soberano poderá decidir sobre. Isto porque é ele quem decide, igualmente, sobre quem será aplicada a pena de bando moderno, constituindo a

⁷⁰ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p. 104.

⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Pilatos e Jesus**. Tradução de Silvana de Gaspari e Patrícia Peterle. São Paulo: Boitempo, 2018.

relação de *homo sacer* nesta fórmula. Estamos diante de um modelo em que o inimigo atual não é mais o judeu, como no paradigma nazista, mas aquele que é classificado, declarado e constituído como bandido (rótulo esse tipificado pela mídia e confirmado pelo Poder Judiciário enquanto órgão oficial do poder soberano para produzir o discurso que deve(rá) ser aceito como o único verdadeiro).

É o que se constitui como a hipernomia da lei, isto é, a hipernomia geradora da anomia do vazio preceituada por Giorgio Agamben pela qual normas de sanção que alteram a interpretação da norma criam verdadeiro ordenamento jurídico de exceção – como aquele conduzido por Pôncio Pilatos com Jesus Cristo. É o que encontramos também, por exemplo, na realidade brasileira por meio dos julgamentos midiáticos perpetrados por um Poder Judiciário pautado pelo sensacionalismo e pela sensibilização incutida numa dada parte da população com um discurso que, como produção do poder na microesfera da microfísica do poder, acaba se incutindo no mais profundo sentimento da população, aquele que está na última das últimas expectativas: a vingança pura e simples, aquele “derramamento” de sangue do inimigo a quem se destina o maior dos ódios (o que nos leva a crer que, mais do que uma reanálise política, a sociedade brasileira precisa também duma reanálise clínica sobre sua própria vida).

Essa forma de apreensão do a(bando)nado é encontrada em formas distintas, em que se tem pelo poder soberano a criação daquele que estará no bando. Temos, assim, que o poder soberano, por meio da jurisdição de exceção, cria não somente a situação a qual será o estado de exceção considerado, como igualmente aponta aquele que será considerado o bando, o *homo sacer* da situação de exceção apontado como o bandido. Esta decisão soberana ganha contornos ainda maiores quando consideramos a incidência da mídia ao constatar quem é o bandido e quem está abarcado pela proteção democrática conferida pela violência oficial da lei (e pela exceção da decisão soberana).

Muito mais difícil, no entanto, é identificar medidas de exceção e do Estado de polícia funcionando nos Estados democráticos, medidas que seguramente existem. No Brasil contemporâneo, por exemplo, a figura do inimigo deixou de estar dispersa por toda sociedade, como acontecia em relação ao inimigo comunista da ditadura, que não possuía feição e podia estar presente em qualquer segmento social. Atualmente identifica-se o inimigo na figura mítica do bandido, o agente da violência que quer destruir a sociedade.⁷²

⁷² SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016, p.145.

A relação do direito com o poder se torna íntima e a violência cumpre papel de destaque nas relações políticas.

No Brasil, podemos indicar a figura do bandido instituída pelo bando. A relação de a(bando)no está centrada na figura do “bandido”, aquele cuja mídia imprime o discurso de exclusão-inclusiva e que traz para perto da própria sociedade aquele que é o inimigo, apontado por todos os “cidadãos de bem” e confirmados pelo poder soberano, numa dupla conjugação da exceção: o Executivo e o Judiciário atuando em forma de lei para promover, por meio da decisão soberana, o ato que o vazio do direito traz em seu interior: a premente violência “pacificadora” da sociedade.

O mito da pacificação social pelo direito é bradado nas democracias como forma de promoção da igualdade, da liberdade e das formas humanas mais salutares à existência de acordo com os ideários iluministas e contratualistas de sociedade ideal.

Chega-se ao ponto de os direitos humanos necessitarem da nomenclatura “direitos” para que assim sejam considerados e talvez nós próprios, humanos, precisemos dessa legalização para nos considerarmos seres humanos. Estamos imprimindo na lei, na decisão soberana do próprio poder soberano, a força e a forma pelas quais a sociedade deve ser compreendida. Não apenas no discurso das grandes mídias e do Poder Judiciário como fomentadores da jurisdição de exceção, mas é também na linguagem que deve ser perquirida a concentração da exclusão-inclusiva: a lei que define direitos humanos define o que é ser “ser humano”, possibilitando um sem número de (im)possibilidades de constituição de seres não humanos, lugar este dos bandidos, das minorias, dos “sem-lei”, do bando em sociedade, todos excluídos pelo poder soberano. É neste momento que se estabelece a ordem aleatória do campo de concentração no bandido marcado pela violência soberana da lei.

As democracias estão fundadas na ‘exclusão inclusiva’ e, por conseguinte, não permitem o assentamento do real respeito ao diferente.

Embora bradem e defendam a liberdade até mesmo com armas e com guerras para se alcançar a “paz”, as democracias estão longe de trazer a igualdade através do respeito às diferenças de cada um. A situação fica muito clara na ordem aleatória do discurso do bando e do banido instituído pela mídia e na forma literal da decisão soberana tida na jurisdição de exceção que aponta tanto o bando como o banido, confirmada pelo Judiciário e pelo Executivo em forma de vida inserida numa indistinção entre ser e ‘não ser’. Nela, a linguagem não é capaz de traduzir completamente pela escrita ou pela oralidade o discurso sobre qual a posição desse bandido na sociedade tal qual o testemunho por delegação daqueles que não podiam testemunhar.

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso e da ação para se fazerem entender.⁷³

3.4 Direito e/é violência

O direito é, ainda e sempre, violência. Originalmente, a lei se impõe pela força, a força física. Esta força é movida por uma vontade que se aplica ao outro, tanto no que concerne a um objeto, quanto ao outro enquanto o próprio objeto. O poder tecnicamente vem do desenvolvimento e do deslocamento da força corporal. Só muito mais tarde é que a paz social pode se organizar, pela superação da violência, transferindo poder para uma unidade maior.

Historicamente, um grupo dominante que detém a força deixou de matar para escravizar, ou seja, o corpo do outro pode servir aos interesses econômicos de quem impõe sua lei. A estabilidade legal e a tranquilidade produzida por ela só podem ser obtidas com a substituição da relação entre vencedor e vencido, pela relação entre senhor e escravo: “O direito da comunidade se torna, então, a expressão das relações desiguais de poder que existem em seu seio, as leis serão feitas pelos que dominam e para os que dominam”.⁷⁴

Logo, a paz contém a guerra como seu fundamento e nada mais é que a expressão de uma violência coletiva imposta pelos vencedores aos vencidos, a expressão de uma violência de poder. O direito, uma vez fundado, levanta a questão da legitimidade da violência, quer dizer, da relação não mais entre violência e direito, mas sim entre violência e justiça. Nesse passo, o direito moderno definirá quando a violência poderá ser utilizada.

O direito não possui neutralidade, logo, ele será uma técnica para o uso da violência a determinados grupos indesejados. Portanto, será por ele mesmo a tutela da violência, da força e da opressão.

A fundação do direito é a fundação do poder. Assim escreve Walter Benjamin⁷⁵: “se a justiça é o princípio de toda finalidade divina, o poder é o princípio de toda fundação mítica do direito”. Ele introduz mais uma distinção e opõe, então, violência mítica e violência divina.

⁷³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.188.

⁷⁴ VANIER, Alain. **Direito e violência**. v.7. n.1. Rio de Janeiro: Ágora 2004, p.129-141.

⁷⁵ BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. Tradução de Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2011.

A violência divina está fora do direito, destrói o direito; é destrutiva sem limites, expurga os erros e é mortal. Diversamente desta última, a violência divina é violência pura, exercida em favor do vivente contra a vida; ela aceita o sacrifício. O homem não deve ser confundido com a simples vida que nele está.

Para Walter Benjamin, o dogma que afirma o caráter sagrado da vida deve ser recente. É preciso, portanto, recusar toda violência mítica como violência fundadora do direito, quer se chame violência discricionária ou violência mantenedora do direito, quer dizer, violência administrada, a serviço da precedente.

O autor termina com essa fórmula, a violência divina, que é insígnia e sinal, mas nunca meio de execução sagrada, e pode ser chamada de soberana.

Nesse particular, vale observar a passagem de Jonnefer F. Barbosa⁷⁶:

A esfera dessas relações será designada pelos conceitos de direito e justiça. O direito, segundo Benjamin, é constituído por uma relação de medialidade, sendo a violência um atributo da esfera dos meios, isto é, instrumental. É preciso lembrar que o termo a que Benjamin se refere, Gewalt, é polissêmico: pode ser utilizado tanto com o significado de violência quanto de poder. É inegável que as abordagens de Benjamin se deterão em uma crítica à instrumentalidade da violência e do poder a ela atrelado. Mesmo o direito natural, segundo Benjamin, é tão somente uma teoria dos fins justos, que teria como ótica principal o critério de um em absoluto que prescindiria da análise da conformidade aos meios. Tal concepção, que teria sido o fundamento ideológico para o terrorismo na Revolução Francesa, não veria qualquer problema no uso de meios violentos para fins justos, percebendo a violência como um atributo natural (que seria transferido ao Estado na instauração do Contrato Social).

Essa violência divina, segundo Walter Benjamin, é insígnia, sinal, marca, escritura, escritura do nome deste Deus cujo nome se escreve mas não se pronuncia e, portanto, não se pode saber. É um hiato no saber, ilustra a parte que fica de fora do direito não retomada pelo elo social, pelo discurso; é esse resto originário que hoje se pode localizar e que parece poder retornar como instante, como corte absoluto. O texto de Walter Benjamin sobre a crítica da violência data de 1920 e encontra eco em escritos mais recentes que prolongam e remanejam suas proposições.

Já em Niklas Luhmann⁷⁷, as relações sociais apenas são possíveis em razão da comunicação, que possibilita instaurar novas realidades originadas basicamente em readequações dos modelos sociais existentes. Assim, desempenhando papel importante para garantir a estabilidade do sistema, especificamente o desenvolvimento destes rearranjos, tem-

⁷⁶ BARBOSA, Jonnefer F. A crítica da violência de Walter Benjamin: implicações histórico-temporais do conceito de Reine Gewalt. In: **Revista de Filosofia**, Aurora, Curitiba, v.25, n.37, p.151-169, jul.-dez., 2013.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p.18.

se a comunicação do poder, que se funda em códigos generalizados capazes de vincular as partes da relação comunicativa à realização de uma operação de seletividade, a partir de um processo de superação ou negação de possibilidades, proporcionando reduzir a complexidade pelo agir.

Desse modo, conforme lembra Niklas Luhmann⁷⁸, “a constituição social da possibilidade do agir e a especialização nos mecanismos de controle a ele referentes têm sua função primária num desvio da produção de uma complexidade social maior [...]”. Por conseguinte, a falência do poder é responsável pelo aumento das contingências, que constituem uma realidade desfavorável sobretudo ao direito, a não ser que o sistema se rearranje e estabeleça novas estruturas capazes de criar novas relações de poder, genericamente vinculantes.

Para Niklas Luhmann, a violência é um elemento distinto da ideia de poder, pois ela impossibilita o desenvolvimento da escolha entre as alternativas sobre cumprir ou descumprir a ordem de poder. Sob este prisma, a violência é observada como um meio de impor uma determinada decisão a alguém frente ao processo seletivo do “poderoso”, ao mesmo tempo em que a ameaça de sua utilização constitui uma forma de determinar a reprodução de uma conduta, de maneira a não haver representatividade do poder.

Apesar da distinção, violência e poder não constituem, para Niklas Luhmann, elementos apartados, conforme destaca Ana Carolina Cavalcanti de Albuquerque⁷⁹:

Para a teoria da comunicação simbolicamente generalizada, a violência (*Gewalt*, algumas vezes *physische Gewalt*) é o símbolo simbiótico vinculado ao poder. Trata-se, portanto, de uma representação simbólica do embate físico entre seres humanos, relacionado ao conflito. O embate em si não é descrito como comunicação, mas praticamente como ausência dela; [...] Sendo, assim, os sistemas sociais tendem a excluir o embate físico, rejeitando a violência em seu interior ou, mais especificamente, incluindo-a apenas no caso da violência legítima. Ao longo de sua evolução, o poder foi relacionado com a violência legítima, com a inclusão daquela mesma violência que fora excluída, de modo a garantir a efetividade da exclusão. [...] Assim, por volta do século XIX, a capacidade de impor-se fisicamente surge semanticamente como requisito de um Estado. Luhmann vê nessa concentração de meios de violência um evento evolutivo: o conflito violento é a variação, o Estado territorial concentrando a violência, a seleção estabilizada. O poder político, como meio de comunicação simbolicamente generalizado emerge, então, vinculado à violência legítima (incluída, capaz de produzir comunicação) e se torna a alternativa que compõe a comunicação pelo poder.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p.18.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti de. **Poder e violência no estado de direito: análise comparativa do pensamento de Hannah Arendt e Niklas Luhmann**. Dissertação de Mestrado. Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p.220.

Assim, Niklas Luhmann não apenas distingue poder e violência, como também define uma ligação entre ambos. Ainda que esta seja uma alternativa a ser evitada, está presente no poder como situação limite, exercida por mecanismos simbióticos, uma vez que opera tanto no campo simbólico como orgânico. Neste contexto, importante ressaltar que, ao tratar da fundamentação do direito, especificamente do papel exercido pela violência em sua composição histórica, Niklas Luhmann⁸⁰ informa:

[...] a origem na violência não é compreendida como uma tese histórica que não tenha nada a ver com a atualidade. Se se interpretasse historicamente a tese da origem do direito na violência, isto conduziria somente à auto-referência, quer dizer, à concepção de que o direito, à medida em que se distanciava de sua origem, deveria constituir-se em origem de si mesmo. Não obstante, a violência é um contínuo fenômeno secundário do direito, ainda que externo.

Em seguida, acrescenta⁸¹:

A violência empregada intencionalmente contra homens é ordenada ao poder, como meio em relação ao agir, por eliminar o agir pelo agir, excluindo assim também uma transposição comunicativa das premissas reduzidas da decisão. Com estas propriedades, a violência física não pode ser poder, mas é o caso limite intransponível de uma alternativa a evitar constitutiva do poder.

Em momentos seguintes, continua o autor a relatar que a violência pode ser introduzida no direito a partir das lacunas, que geram ambiguidades e são vertidas nos textos, possibilitando uma implementação no caso concreto quando a decisão é imposta para “clarear algo”. Desse modo, apenas chega-se a decisões pontuais que se qualificam como violência.

Dessa maneira, a violência se disfarça de discricionariedade, de conceito jurídico indeterminado, de eleição metodicamente incontrolável do método da interpretação. Logo, o termo violência, nesse caso, se aproxima da ideia de insegurança jurídica na medida em que não há parâmetros (expectativas congruentes) previamente definidos. Em razão disso, o decisor usa suas convicções para definir o conteúdo da norma e, neste momento, desenvolve um ato de violência uma vez que o conteúdo não estava previamente convencionado. Contudo, é necessário apontar que ainda assim a violência pode estar segundo a lei, caso seja desenvolvida a partir dos parâmetros estabelecidos e autorizados pelo ordenamento jurídico. Neste espaço de tempo, ao ponderar sobre a relação entre legitimidade e violência, Luhmann esclarece:

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p.51.

⁸¹ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p.52.

Nem legitimidade nem violência surgem sem a mediação de processos simbólicos. Os conceitos não caracterizam nem uma oposição simples nem os dois polos de uma dimensão unitária, de modo que se pudesse afirmar, assim o faria: quanto mais violência tanto menos e inversamente haveria legitimidade. Existem interdependências simbólicas no sentido de que as regras das relações com o plano simbiótico, isto é, com o lado orgânico da vida comum, não podem ser encontradas desconsiderando as demais exigências ao meio de comunicação⁸².

Por conseguinte, a definição da legitimidade da violência dependerá da comunicação, especificamente da significação instituída pelo sistema de direito para tal conceito. Neste ínterim, não se obscurece que o poder exercido pelo direito detém em sua constituição a violência, ainda que em segundo plano, e sob a forma autorizada e definida por este sistema, manifestada principalmente a partir da ameaça da sanção.

⁸² LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p.56.

4 O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE NÃO TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

O direito quando assenta suas premissas como as de uma religião, não por acaso utiliza ritos tipicamente religiosos para fazer prevalecer seus ditames. É o caso do juramento. O juramento coloca a vida em jogo, pois usa uma linguagem interativa (ordem), ação que por meio da opressão deverá ser cumprida, pois, caso contrário, haverá uma sanção.

Sob o aspecto dos critérios mítico e religioso, o direito não é apto a transformar a realidade, pois tem vínculo com o passado. O próprio termo “religião” se relaciona aos mortos, um ‘religar ao passado’, trazendo a ideia de culto aos mortos, como garantia de preservação. O direito se ocupa de preservar o *status quo* e não da construção propositiva do dever ser de forma transgressora para superar as mazelas sociais.

Como o juramento, se ordena um pagamento. Logo, o direito está capturado pelo seu caráter religioso e pela grande religião do capitalismo:

O capitalismo deve ser visto como uma religião, isto é, o capitalismo está essencialmente a serviço da resolução das mesmas preocupações, aflições e inquietações a que outrora se assim chamadas religiões quiseram oferecer respostas.⁸³

O que as religiões nos propõem? Aliviar a culpa, um alento. Assim, a natureza da religião capitalista do direito está fincada no culto em que todas as coisas adquirem significados para o próprio culto. Trata-se de uma forma utilitária de alimentar o culto para sua celebração. É o direito para celebrar o próprio direito, com validade em si tal qual no capitalismo.

O direito quando se ocupa da verdade busca meios de dizê-la. A “verdade” do direito os meios utilizados para propagá-la são um verdadeiro espetáculo, um mistério da fé, da crença daquele que nele acredita, tal qual a verdade da religião.

A verdade é um objeto de fé, a qual se dá crédito. Assim como no capitalismo, direito e religião se nutrem e se retroalimentam, propagando uma soberania da vitória na religião da culpa.

Há uma promessa de futuro (dívida soberana, busca pelo paraíso), no capitalismo e na religião. Para tanto é necessário cumprir regras, ritos e rituais míticos. O dinheiro só existe na magia. Se vier a ser queimado e a magia terminar, ele não vale mais nada. O mesmo acontece com o direito que só existe na magia de quem acredita nele, pois se deixar de fazê-lo, não terá valor algum.

⁸³ BENJAMIN, Walter. **O capitalismo como religião**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2013, p.21.

A transgressão só pode superar o mau direito, pois direito fingido não transforma, é uma fraude, uma ficção, posto e imposto a um determinado fim e finalidade.

Todo direito é um golpe. É a forma de engendramento da exploração do capital e da correspondente dominação de seres humanos sobre seres humanos. Esse golpismo jurídico se faz mediante instituições estatais, sustentando-se numa ideologia jurídica que é espelho da própria ideologia capitalista. Sendo o direito um golpe, a legalidade é uma moldura para reproduzir o capital e a miríade de opressões que constituem a sociabilidade. Todo o direito e toda a política se fazem a partir de graus variados de composição entre regra e exceção.

A compreensão do papel do direito nas políticas de cada nação e na geopolítica atual exige mirar tanto na estrutura do direito, como forma social necessária e inexorável do capitalismo, quanto, também, naquilo que é seu talhe e manifestação atual.

A materialidade do direito funda-se nas relações entre portadores de mercadorias que na troca se equivalem juridicamente. A forma jurídica é constituinte da sociabilidade capitalista. O mesmo se aplica à forma política estatal, um terceiro elemento necessário para os agentes da exploração capitalista.

4.1 O direito como obstáculo à transformação social

O direito é utilizado como instrumento de dominação da sociedade, pois esta submete-se, em grau de obediência, às regras de controle instituídas para organizar a sua convivência. Nesse processo de dominação, os que detêm o poder político em suas mãos controlam a organização social, porque impõem a sua vontade.

Isso põe ser verificado facilmente nos processos legislativos, conforme manifesta Eduardo Novoa Monreal⁸⁴:

outro aspecto que se deve levar em conta é que a lei, a que se toma como uma concreção da vontade geral de um povo, fazendo uso de seu poder soberano, impõe, por meio de seus representantes, as regras de vida social que devem imperar em uma sociedade, geralmente que se limita a expressar os interesses e aspirações do grupo social que, de fato, exerce o domínio sobre ela [...]

Assim, os detentores do poder político valem-se da figura do Estado, como instituição política, para desenvolver seus interesses e manifestar o seu poder de controle social.

⁸⁴ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.49.

Então, é por meio da figura do Estado que os detentores do poder político exercem seu poder de dominação sobre a sociedade organizada, poder de dominação exercido por meio da violência ou de sanção de que ele dispõe, conforme observa Max Weber⁸⁵:

Tal como todos os agrupamentos políticos que historicamente o procederam, o Estado consiste em uma relação de dominação do homem sobre o homem, fundada no instrumento da violência legítima (isto é, da violência considerada como legítima). O Estado só pode existir, portanto, sob condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.

Dessa forma, o Estado é uma forte arma de que se valem os detentores do poder político para exercerem sua força de dominação sobre a sociedade. O direito, manifestado pela vontade estatal legislativa (isto é, as leis elaboradas nos parlamentos), é utilizado pelos detentores do poder político para por em prática este sistema de controle social, seja para beneficiá-los, conforme manifestado por meio de normas de conteúdo patrimonial/econômica, as quais lhes convêm em suas relações; como também sobre as normas de penalização e afastamento da sociedade dos “homens bons” no caso eles, “os poderosos”, daqueles que são rotulados como “maus” e os inconvenientes ao seu meio.

Portanto, a figura do Estado, principalmente o Estado-legislador, é fundamental para a execução da dominação praticada pelos detentores do poder político. Neste contexto, o direito está colocado a serviço dos poderosos.

Este poder de dominação exercido pelos “poderosos” apresenta-se revestido de formas “legitimadoras” de cunho meramente formal, não decorrente da real vontade da sociedade, que, no caso do direito, Eduardo Novoa Monreal⁸⁶ refere-se como “direito formalmente imposto”. Segundo o autor chileno, “o que a autoridade estatal tenta impor, mediante promulgação de regras obrigatórias de conduta”; contrariamente daquilo que ele chama de “direito socialmente imperante”, cuja aplicação é merecida no meio social por decorrer da vontade legítima da sociedade.

Constata-se um verdadeiro confronto entre as normas legais vigentes – impostas pelo poder de dominação – e sua eficácia ou força legitimadora; estas normas são despidas, em seu conteúdo e caráter, de legitimidade. A legitimidade ora referida é aquela decorrente da verdadeira vontade da maioria na sociedade politicamente organizada, ou seja, a vontade do povo, das massas, das maiorias.

⁸⁵ WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução de Leonidas Hegemberg e Octany Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 1993, p.57.

⁸⁶ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.23.

Ademais, “os poderosos” valem-se de verdadeiros aforismos jurídicos, provenientes da vitória do liberalismo durante as revoluções dos séculos XVII e XVIII, desprovidos de conteúdo legitimador e tomados de forte essência formalista para justificar suas práticas. Como exemplos citamos os “princípios da legalidade” e da “igualdade de todos perante a lei”, este último uma verdadeira ilusão do direito utilizada para encobrir interesses outros que não o da igualdade; justificando, inclusive, por vezes, a prática de desigualdades sociais, como manifesta Paulo Bonavides⁸⁷:

Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome. [...] Estes morriam de fome e de opressão, ao passo que os mais respeitáveis tribunais do Ocidente assentavam as bases de toda sua jurisprudência constitucional na inocência e no lirismo daqueles formosos postulados de que ‘todos os homens são iguais perante a lei [...]

Portanto, é assim que o direito, em nossa sociedade, está posto, positivado por meio das leis, como sistema de controle social.

Não se pode negar que o direito em conjunto com todo o sistema jurídico apresenta um relevante papel de adequação e de pacificação social; porém não se pode esperar dele sempre a forma mais benéfica para solucionar todas as mazelas. Dessa crença cega e absoluta no direito, não podemos partilhar. O problema surge a partir do momento em que passamos a estudar o direito e seus reflexos no meio social, como também as ilusões criadas por ele a partir de discursos formalistas. O direito influencia o comportamento das pessoas na sociedade, muitas vezes impedindo mudanças e transformações, por ser utilizado como mecanismo de controle, funcionando como fator negativo perante as necessidades e as reivindicações sociais.

Frequentemente discute-se no meio jurídico se um direito, despido de efetiva garantia, é realmente direito. É a eficácia dos direitos, apenas para iludir como pura ficção, ilusão. Nesse sentido observa Eduardo Novoa Monreal⁸⁸:

O Direito, hoje dominante, atua, em nossa vida social, como um verdadeiro freio às transformações sociais que parecem indispensáveis. [...] Profuso, até tornar quase impossível seu cabal conhecimento; defeituoso, na forma; vastamente manipulado, nas teorias fundantes e na inspiração de seu conteúdo; avassalado por concepções ideológicas reacionárias, em tudo o que concerne a suas regras de mais efetiva e

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.61.

⁸⁸ MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.175.

frequente aplicação, e transformado em instrumento de sacralização de graves distorções do funcionamento social.

Os “sujeitos de direito” que elaboram, julgam, aplicam, executam nossas leis, têm sido em sua maioria guardas vigilantes da manutenção desse “estado de coisas”. Se as eleições deste ano se confirmarem – até sobre isso pesam dúvidas, tal a confusão reinante neste Estado de exceção – o tempo de aceitação ingênua de qualquer “reserva do possível” para sustentar a ineficácia dos direitos sociais das/os brasileiras/os está no fim. Não bastam as/os candidatas/os assinarem escrituras públicas e promissórias sobre o que farão pelo reconhecimento da existência, da validade e da eficácia desses direitos. Mas tratem de provar, por seu passado, se prestaram mesmo algum serviço em sua defesa para garanti-los materialmente.

4.2 Justiça em Aristóteles

A visão clássica de justiça é descrita como a disposição do caráter que funda o agir com justiça, fazendo desejar o que é justo. A atividade do homem (na ética, o seu agir) revela e ao mesmo tempo constitui o seu modo de ser (o seu caráter), explicitando-se a circularidade constitutiva entre ser (estar constituído com um determinado caráter) e o agir. Enfatiza-se a justiça não como uma qualidade dos atos do homem, mas como o seu próprio modo de ser enquanto homem sério, de caráter.

Para Aristóteles, era fácil encontrar no mundo dessa palavra várias formas de aplicá-la, de pensar ao pronunciá-la. A palavra “injusto” é usada para referir quem transgrida a lei, quem quer mais do que é devido, e quem é iníquo. Justo é quem observa a lei e respeita a igualdade. A disposição justa, assim, comparece como observância da lei e como respeito pela igualdade; a disposição injusta é a transgressão à lei, o desrespeito pela igualdade. Não são idênticos os sentidos pelos quais se usa a palavra “justiça” como respeito à lei e à igualdade – isso deve ficar claro sempre que se tratar das relações entre a lei e a justiça – mas é importante assinalar como são, declaradamente e desde o início, muitos ligadas.

O justo e o injusto determinam-se no horizonte da relação entre os homens, mediada pelos bens exteriores; trata-se especialmente da repartição dos bens de que depende o êxito e o fracasso. A justiça, como virtude do desejar adequadamente, é a excelência do homem que não deseja, destes bens, nem mais nem menos do que a parte que lhe cabe, enquanto o iníquo quer demais do que é bom e de menos do que é mau.

Aristóteles defende ainda a justiça como a maior das virtudes, indicando outras vias para explicitá-la. Para Aristóteles, a justiça é a rainha das virtudes “não absolutamente, mas na relação com outrem”, “é a justiça perfeita porque é a prática da justiça perfeita, perfeita porque quem a possui pode usá-la para com outro”.⁸⁹

Além disso, é completa, pois um homem não a usa só para si, mas também com os outros. Muitos são capazes de usar a excelência em assuntos próprios, mas são impotentes para fazê-lo na sua relação com outrem. A justiça comparece como uma virtude que, presente no homem, é um bem que também pertence ao outro, pois pela ação do justo a justiça produz o que é de interesse para outro (seja superior ou igual). Aristóteles procura chamar a atenção para a transitividade social da virtude da justiça, a qual, dizendo respeito à distribuição das coisas exteriores necessárias ao sucesso (honras, riquezas e cargos públicos), impõe necessariamente uma mediania a estabelecer na relação do homem com o outro. Devemos, contudo, assinalar que esta transitividade – como a necessária referência ao outro no agir – não é uma característica exclusiva da justiça, mas uma característica atribuível a todas as virtudes éticas. É possível afirmar que, pelo traço da comum referência e implicação do outro, presente em todas as virtudes éticas, todas as virtudes são uma forma de justiça.

A justiça em Aristóteles⁹⁰ não pode ser identificada ou reduzida à lei. Ela se revela como uma espécie de denominador comum de todas as virtudes, enquanto que todas as virtudes, envolvendo essencialmente o outro, são formas de justiça. Isto permite compreender que a justiça é a virtude/excelência total, e não parte da excelência (ao mesmo tempo em que a injustiça será a perversão total, e não parte dela). Esta passagem⁹¹ introduz outra distinção importante quanto aos usos da palavra justiça: a que aparta a justiça especial (justiça em sentido específico) e a justiça absoluta. Trata-se aí de distinguir entre justiça como a totalidade ou a suma das virtudes (em que se aproxima da lei) e a justiça como uma entre as demais virtudes (virtude em sentido específico: uma entre as outras no catálogo das virtudes). É na distinção entre essas duas acepções de justiça que se compreende o sentido especial com que a justiça é socialmente transitiva para Aristóteles, ao que ele questiona: como se distinguem a excelência em geral e a própria justiça?⁹²

A interrogação problematiza a distinção entre a justiça em sentido específico e em sentido absoluto. Aristóteles prossegue afirmando que “são disposições do mesmo gênero,

⁸⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p.109.

⁹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p.109.

⁹¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p.109.

⁹² ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p.109.

como tais idênticas, mas [que] diferem no modo de manifestarem-se”⁹³ Enquanto a justiça se manifesta em relação a outrem, a excelência se manifesta de forma absoluta. Esta passagem não depõe contra nossa interpretação de que todas as virtudes (e não apenas a justiça em sentido estrito) são transitivas na sua implicação do outro. Aristóteles afirma que tanto a justiça geral como a justiça particular são relativas a outrem (e, assim como a justiça em sentido absoluto, implica o conjunto das virtudes; logo, todas as virtudes implicam o outro).⁹⁴

O que especifica a injustiça particular é sua origem no gozo obtido com o lucro, enquanto a injustiça em sentido absoluto (injustiça como resumo de todas as perversidades) refere-se a tudo o que diz respeito às paixões e aos desejos. O que, enfim, distingue a justiça em sentido estrito da justiça em sentido geral é o mesmo que distingue a justiça específica das demais virtudes éticas: todas elas implicam o outro, mas na justiça ocorre de modo peculiar a relação com o outro; no caso da justiça, a relação com o outro é mediada pelos bens exteriores. Seu horizonte é o encontro do homem com o outro ao ensejo da repartição destes bens. Sua excelência é a mediania ótima em que cada um dos envolvidos naquela situação prática recebe o que lhe cabe (a cada um os bens que lhe cabem – a cada um, o seu).

4.3 A crítica da legalidade

Uma legalidade que se instaura como universalidade, mas que tal não é, termina por ser ainda privilégio de alguns e contrária ao senso de justiça de muitos. Nesse sentido, as contradições sociais, o constrangimento e as misérias históricas servem como norte para o reconhecimento das misérias da filosofia e da teoria da legitimidade do direito. Portanto, o direito não é apto a transformar a realidade, pois tem em si características de conservadorismo e manutenção pela força da ordem predefinida e ordenada.

Conforme afirma Alysson Mascaro⁹⁵, “talvez somente a miséria compreenda a injustiça, posto que a abundância amaina os ímpetos da alteridade”. A opressão se vê na própria humanidade, que na abundância dos que vivem em direito e leis de um lado, e na injustiça da carência das necessidades, com os sem leis, de outro lado. A verdade dos poderes institucionais da legalidade e do direito é a verdade da injustiça, legal ou não, chancelada pelo próprio direito.

Ao refletir sobre os conceitos de legitimidade e de legalidade, sugere uma aparência de igualdade forma e universal. Contudo, esse discurso serve para iludir e instalar uma realidade

⁹³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p.109.

⁹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p.109.

⁹⁵ MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.15.

de exploração, vez que o senso de justiça fica relegado ao que é legal, portanto legítimo, não se importando com as singularidades e a justiça de cada caso concreto.

A lei garante um mundo cujas formas de se relacionar se dá na aparência de uma equivalência social. Assim, a igualdade legal é levada à sua esfera máxima, desconsiderando a injustiça real, a coerção econômica, a desigualdade e a brutal diferença mantida e agravada no sistema social. A igualdade jurídica, portanto, não é igualdade real e a legalidade não é a justiça.

O capitalismo é o modo econômico que fará da igualdade e da liberdade sustentáculos da livre circulação econômica entre iguais, instalando a legalidade como mediação para estabelecer a igualdade formal.

4.4 O direito como dispositivo

Michel Foucault se negava a aceitar que haveria no mundo o que ele chamava de “os universais”, categorias gerais ou entes provenientes da razão, como o estado, a soberania, a lei e o poder. Porém, formula um conceito operativo de caráter geral os quais chama de dispositivos:

Através deste termo tento demarcar, em primeiro lugar, um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode estabelecer entre estes elementos. Em segundo lugar, gostaria de demarcar a natureza da relação que pode existir entre estes elementos heterogêneos. Sendo assim, tal discurso pode aparecer como programa de uma instituição ou, ao contrário, como elemento que permite justificar e mascarar uma prática que permanece muda; pode ainda funcionar como reinterpretação desta prática, dando-lhe acesso a um novo campo de racionalidade. Em suma, entre estes elementos, discursivos ou não, existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posição, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes. Em terceiro lugar, entendo dispositivo como um tipo de formação que, em um determinado momento histórico, teve como função principal responder a uma urgência. O dispositivo tem, portanto, uma função estratégica dominante. Este foi o caso, por exemplo, da absorção de uma massa de população flutuante que uma economia de tipo essencialmente mercantilista achava incômoda: existe aí um imperativo estratégico funcionando como matriz de um dispositivo, que pouco a pouco tornou-se o dispositivo de controle-dominância da loucura, da doença mental, da neurose.⁹⁶

Em resumo, para Michel Foucault, o dispositivo é a rede estabelecida entre elementos do mundo (discursos, instituições, leis, medidas de segurança e proposições filosóficas) que, em uma função estratégica concreta apresentada sempre numa relação de poder, são usados para responder a uma urgência.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.148.

Ou seja, refere-se à disposição de uma série de práticas e de mecanismos (linguísticos e não linguísticos), jurídicos, técnicos e militares, com o objetivo de fazer frente a uma urgência, um problema, um anseio ou surpresa, e de obter um efeito.

O dispositivo inclui em si a episteme, que Michel Foucault⁹⁷ define como

[...] o dispositivo estratégico que permite escolher, entre todos os enunciados possíveis, aqueles que poderão ser aceitáveis no interior, não digo de uma teoria científica, mas de um campo de cientificidade, e a respeito de que se poderá dizer: é falso, é verdadeiro. E o dispositivo que permite separar não o verdadeiro do falso, mas o inqualificável cientificamente do qualificável.

Ou seja, aquilo que é aceito como enunciado científico daquilo que não é científico.

Uma vez estabelecido, o dispositivo não é estático, mas dinâmico porque engloba dois processos: sobre determinação funcional (os efeitos produzidos por um dispositivo são rearticulados ao conjunto, provocando uma mudança interna, um reajustamento na forma pela qual os elementos se vinculam) e o preenchimento estratégico (recaptura daquilo que é colocado em suspenso na batalha agônica entre dominação e os movimentos de resistência).

Michel Foucault⁹⁸ aproveita o exemplo do dispositivo de aprisionamento para demonstrar esses dois processos:

A prisão funcionou como filtro, concentração, profissionalização, isolamento de um meio delinquente. A partir de 1830, assiste-se a uma reutilização imediata deste efeito involuntário e negativo em uma nova estratégia, que de certa forma ocupou o espaço vazio ou transformou o negativo em positivo: o meio delinquente passou a ser reutilizado com finalidades políticas e econômicas diversas.

Giorgio Agamben⁹⁹ formula um entendimento próprio por meio de uma ampliação do conceito, refere-se a “qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”.

Logo, a partir das definições acima, afirma-se: o direito, assim como outras construções intelectuais de experiência normativa (religião e cultura, por exemplo) é um dispositivo, um mecanismo à disposição dos soberanos (aqui entendidos todos aqueles que possuem controle de dispositivos) para capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes. Logo, não é um mecanismo apto a promover a mudança social.

⁹⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.247.

⁹⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.148.

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?** E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p.40.

Disso surge o problema e o paradoxo do direito como dispositivo: o problema aparece com a teorização do direito constitucional do segundo pós-guerra, que não só distribui o poder de decisão pública, mas também possui em si uma pauta ideológica e uma função performática. Seus princípios jurídicos e regras jurídicas positivadas são fundamentados em valores historicamente positivados e têm como objetivo a concretização destes.

Nesse sentido, é evidente um fenômeno público, aqui adotado como premissa: a ideologia constitucional, inscrita no elemento fundamental do poder, que encontra a resistência da ideologia dominante e, paralelamente, da ideologia de indivíduos que integram a soberania, alinhados ou não à ideologia dominante.

Assim, ao usar o direito como dispositivo, com o objetivo de fazer frente a uma urgência e de obter um efeito, mas fundamentando-se em padrões decisórios (princípios e valores) não alinhados à ideologia constitucional, o soberano está suspendendo, neutralizando, desligando o elemento do mundo que legitima seu poder de agir e a violência disso decorrente – o próprio direito. Este é o paradoxo da exceção, segundo Giorgio Agamben.

No campo do Poder Judiciário, esta problemática resulta no “decisionismo” judicial: a estratégia judiciária, dita jurídica, para, pelo uso do dispositivo do direito, escapar da ideologia constitucional e determinar o movimento dos corpos e suas condutas de acordo com a ideologia pessoal do soberano (julgador), alinhada ou não com a ideologia dominante. Portanto, não podemos crer que o direito promoverá mudança social.

4.5 Sistema de justiça e tendência ao conservadorismo

O direito, entendido tanto como um sistema normativo quanto como um conjunto de teorias e práticas, costuma ser apresentado como um obstáculo à transformação social. Isso porque as formas jurídicas (e o Estado é a principal “forma jurídica”) servem à manutenção das estruturas de poder. Ao produzir a norma a ser aplicada a um determinado caso concreto, os atores jurídicos partem (ou deveriam partir) dos textos legais, produtos culturais condicionados pelos valores dominantes no contexto em que foram produzidos. Há, portanto, um evento comprometido com o passado que não pode ser ignorado. E isso, por si só, permite afirmar a tendência conservadora do sistema de justiça.

Mas não é só. Há outro óbice hermenêutico para uma atuação transformadora no âmbito do sistema de justiça: a aplicação do direito está condicionada pela tradição em que os intérpretes estão inseridos. Há uma diferença ontológica entre o texto e a norma jurídica produzida pelo intérprete, isso porque a norma é sempre o produto da ação do intérprete

condicionada por uma determinada tradição. A compreensão e o modo de atuar no mundo dos atores jurídicos ficam comprometidos em razão da tradição na qual estão lançados.

Existem intérpretes que carregam uma pré-compreensão inadequada à democracia (em especial, a crença no uso da força, o ódio de classes e o medo da liberdade) e, com base nos valores nos quais acreditam, produzem normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos. No Brasil, os atores jurídicos estão lançados em uma tradição autoritária que não sofreu solução de continuidade após a redemocratização formal do país com a Constituição Federal de 1988. A naturalização da desigualdade e da hierarquização entre as pessoas, um dos legados da escravidão, por exemplo, continua a ser percebida na sociedade brasileira e, em consequência, também influencia a produção das normas.

No Brasil, os atores jurídicos que serviam aos governos autoritários continuaram, após a redemocratização formal do país (veja-se que com promulgação da Constituição Federal de 1988 a formação do Supremo Tribunal Federal manteve os ministros indicados pelo governo ditatorial) a atuar no sistema de justiça com os mesmos valores, a mesma crença no uso abusivo da força, que condicionavam a aplicação do direito no período de exceção. Nas estruturas hierarquizadas das agências que atuam no sistema de justiça, os concursos de seleção e as promoções nas carreiras ficam a cargo dos próprios membros dessas instituições, o que também contribui à reprodução de valores e práticas comprometidos com o passado. O conservadorismo, porém, acabava disfarçado através do discurso da neutralidade das agências do sistema de justiça. Interpretações carregadas de valores conservadores eram apresentadas como resultado da aplicação neutra do direito.

Após a Segunda Guerra Mundial, aumentou substancialmente a importância das agências estatais que compõem o sistema de justiça. O Poder Judiciário, em particular, passou a ser apresentado como o órgão estatal encarregado de garantir o Estado Democrático de Direito, modelo de Estado que se caracterizava pela existência de limites rígidos ao exercício do poder, e evitar a barbárie. Não funcionou. A tendência democratizante das Constituições foi ignorada. E, em pouco tempo, os limites que caracterizavam o Estado Democrático foram relativizados. Instaurou-se a pós-democracia.

Não se pode, pois, pensar a atuação dos juízes e demais atores jurídicos dissociada da tradição na qual estão inseridos. Há uma relação histórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira e as práticas observadas. É possível apontar que em razão de uma tradição marcada pelo colonialismo e a escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante pudessem se impor perante a sociedade, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa

casta, foi gerado um sistema de justiça marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista, constituída por valores que se caracterizam por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem.

A esperança depositada no sistema de justiça, que deveria ser um espaço de garantia da democracia, cedeu rapidamente diante do indisfarçável fracasso em satisfazer os interesses daqueles que recorrem a ele. Torna-se gritante a separação entre as expectativas geradas e os efeitos da atuação dos atores jurídicos no ambiente democrático. Não raro, para dar respostas às crescentes demandas, as agências do sistema de justiça recorrem a uma concepção política pragmática que faz com que ora se utilize de expedientes técnicos para descontextualizar conflitos e sonegar direitos, ora se recorra a instrumentos típicos do autoritarismo para manter a ordem.

Na medida em que cresce a atuação do Poder Judiciário, diminui a ação política, naquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial. Isso revela um aumento da influência dos juízes e tribunais nos rumos da vida brasileira, fenômeno correlato à crise de legitimidade de todas as agências estatais. Percebe-se, pois, claramente que o sistema de justiça se tornou um *locus* privilegiado da luta política.

O distanciamento da população fez com que o judiciário e o ministério público sejam vistos como agências seletivas a serviço daqueles capazes de deter poder e riqueza. Se por um lado, pessoas dotadas de sensibilidade democrática são incapazes de identificar nessas agências um instrumento de construção da democracia; por outro, pessoas que acreditam em posturas fascistas aplaudem juízes e outros agentes políticos que atuam a partir de uma epistemologia autoritária.

Não causa surpresa que parcela dos meios de comunicação de massa procure construir a representação do “bom juiz” a partir dos seus preconceitos e de sua visão descomprometida com a democracia. Não se pode esquecer que a mídia tem a capacidade de fixar sentidos e reforçar ideologias, o que interfere na formação da opinião pública e na construção do imaginário social. Assim, o “bom juiz”, construído por essas empresas como herói, passa a ser aquele que considera os direitos fundamentais como óbices à eficiência do Estado ou do mercado.

O distanciamento em relação à população gerou em setores do Poder Judiciário uma reação que se caracteriza pela tentativa de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública (ou, ao menos, aos anseios externados na opinião publicada pela mídia). É o chamado “populista judicial”, isto é, o desejo de agradar ao maior número de pessoas possível através

de decisões judiciais (ou às corporações que constroem a opinião pública), como forma de popularizar a justiça, mesmo que para isso seja necessário violar direitos e garantias fundamentais. Assim, juízes passaram a priorizar a hipótese a qual a mídia aderiu em detrimento dos fatos. A verdade tornou-se dispensável e, por vezes, inconveniente.

4.6 A nova direita jurídica

A transformação da tendência conservadora dos atores do sistema de justiça em práticas explicitamente ligadas ao espectro da chamada “nova direita” se dá a partir da adesão do mundo jurídico à racionalidade neoliberal. Essa racionalidade está na base do Estado Pós-Democrático, em que desaparecem os limites ao exercício do poder econômico. Com o empobrecimento subjetivo e a mutação do simbólico produzido pela razão neoliberal, que leva tudo e todos a serem tratados como objetos negociáveis, os valores da jurisdição penal democrática (“liberdade” e “verdade”) sofreram profunda alteração para muitos atores jurídicos. Basta pensar no alto número de prisões contrárias à legislação (como as prisões decretadas para forçar “delações”), nas negociações com acusados em que “informações” (por evidente, apenas aquelas “eficazes” por confirmar a hipótese acusatória e que não guardam relação necessária com o valor “verdade”) são trocadas pela liberdade dos imputados, dentre outras distorções.

O neoliberalismo é, na verdade, uma maneira de ver e atuar no mundo que se revela adequado a qualquer ideologia conservadora e tradicional. O projeto neoliberal é apresentado e vendido como uma política de inovação, de modernização, quando não de ruptura com práticas antigas. A propaganda neoliberal, de fórmulas mágicas e revolucionárias, torna-se no imaginário da população a nova referência de transformação e progresso. O neoliberalismo, porém, propõe mudanças e transformação com a finalidade de restaurar uma “situação original” e mais “pura”, onde o capital possa circular e ser acumulado sem limites. Os movimentos neoconservadores aparecem, então, como fundamentais ao projeto neoliberal porque se torna necessário “compensar” os efeitos perversos (e desestruturantes) do neoliberalismo através de uma retórica excludente e aporofóbica, como também de práticas autoritárias de controle da população indesejada.

A racionalidade neoliberal altera também as expectativas acerca do próprio Poder Judiciário. Desaparece a crença em um poder comprometido com a realização dos direitos e garantias fundamentais. O Poder Judiciário, à luz da razão neoliberal, passa a ser procurado como um mero homologador das expectativas do mercado ou como um instrumento de

controle tanto dos pobres, que não dispõem de poder de consumo, quanto das pessoas identificadas como inimigos políticos do projeto neoliberal.

4.7 Dos sintomas autoritários na magistratura

A partir dos caracteres da personalidade autoritária identificados por Teodor Adorno¹⁰⁰, é possível apontar indícios de que também a potencialidade fascista de juízes brasileiros é um risco à democracia, em especial porque caberia ao Poder Judiciário impor limites ao arbítrio e não agir como fator antidemocrático.

Teodor Adorno identificou uma série de características que revelam uma disposição ao uso da força em detrimento do conhecimento e à violação dos valores democráticos. Basta prestar atenção em decisões e declarações produzidas por magistrados brasileiros para perceber que essas características se encontram presentes numa significativa parcela dos juízes. Na magistratura brasileira podem ser encontrados, dentre outros sintomas: o convencionalismo, a aderência rígida aos valores da classe média, mesmo que em desconformidade com os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal.

Assim, se é possível encontrar na sociedade brasileira, notadamente na classe média, apoio ao linchamento de supostos infratores ou à violência policial, o juiz autoritário tende a julgar de acordo com opinião média e naturalizar esses fenômenos; a agressão autoritária: tendência a ser intolerante, estar alerta, condenar, repudiar e castigar as pessoas que violam os valores “convencionais”. O juiz antidemocrático, da mesma forma que seria submisso com as pessoas as quais considera “superiores” (componente masoquista da personalidade autoritária), seria agressivo com aquelas que etiqueta de inferiores ou diferentes (componente sádico). Como esse tipo de juiz se mostra incapaz de fazer qualquer crítica consistente aos valores convencionais, tende a castigar severamente quem os viola; a anti-intracção: oposição à mentalidade subjetiva, imaginativa e sensível.

O juiz autoritário tende a ser impaciente e ter uma atitude em oposição ao subjetivo e ao sensível, insistindo com metáforas e preocupações bélicas e desprezando análises que busquem compreender as motivações e demais dados subjetivos do caso. Por vezes, a anti-intracção se manifesta pela explicitação da recusa a qualquer compaixão ou empatia; o pensamento estereotipado: tendência a recorrer a explicações hipersimplistas de eventos humanos, o que faz com que sejam interdidas as pesquisas e ideias necessárias para uma

¹⁰⁰ ADORNO, Teodor W. **Liderança democrática e manipulação de massas**. Disponível em: <<http://adorno.planetaclix.pt/>>. Acesso em: set. 2018.

compreensão adequada dos fenômenos. Correlata a essa “simplificação” da realidade, há a disposição a pensar mediante categorias rígidas. O juiz autoritário recorre ao pensamento estereotipado, fundado com frequência em preconceitos aceitos como premissas; a dureza: preocupação em reforçar a dimensão domínio-submissão somada à identificação com figuras de poder (“o poder sou Eu”).

A personalidade autoritária afirma desproporcionalmente os valores “força” e “dureza”, razão pela qual opta sempre por respostas de força em detrimento de respostas baseadas na compreensão dos fenômenos e no conhecimento. Essa ênfase na força e na dureza leva ao anti-intelectualismo e à desconsideração dos valores atrelados à ideia de dignidade humana; a confusão entre acusador e juiz: é uma característica historicamente ligada ao fenômeno da inquisição e à epistemologia autoritária. No momento em que o juiz profascista se confunde com a figura do acusador, e passa a exercer funções como a de buscar confirmar a hipótese acusatória, surge um julgamento preconceituoso, com o comprometimento da imparcialidade. Tem-se, então, o primado da hipótese sobre o fato. A verdade perde importância diante da “missão” do juiz, que aderiu psicologicamente à versão acusatória.

A tradição em que os atores jurídicos estão inseridos, as práticas autoritárias e a adesão à racionalidade neoliberal são fatores que permitem identificar uma “direita jurídica”, para além dos casos caricatos de atores jurídicos repetindo mantras neoconservadores nas redes sociais. Diante desse quadro, é importante reconhecer, também nesse campo, a importância da luta política e do desvelamento do conteúdo ideológico, disfarçado de “neutralidade judicial”, das decisões do Poder Judiciário.

4.8 A ideologia do direito

Chama-se ética o ramo da filosofia que investiga o que seria o bem e qual seria o melhor modo de viver de acordo com este paradigma.

Mas também podemos considerar a ética como um fenômeno individual: o conjunto de padrões decisórios, princípios e valores, construído pela razão ou herdado positivamente pelo indivíduo, cuja função é guiar suas escolhas e seu modo de agir em direção a uma certa concepção de bem, em determinado tempo. O agir conforme a ética chamamos de moral.

Paralelamente, é identificável o fenômeno social chamado ideologia. Alguns pensadores como Jean-François Lyotard negam a existência do fenômeno; é um termo prático para análise social¹⁰¹.

Raymond Williams¹⁰² distingue três versões do conceito de ideologia:

- 1) Ideologia como sistema de crenças característico de uma determinada classe ou grupo social (definição descritiva do conceito, a “visão de mundo”);
- 2) Ideologia como sistema ilusório de crenças (ideias falsas ou “falsa consciência”, na expressão inventada por Engels), que pode ser contrastado com o conhecimento verdadeiro ou com o conhecimento científico sobre o mundo social (definição negativa); e;
- 3) Ideologia como resultado do processo coletivo de produção de ideias e significados na vida social (definição positiva).

Norberto Bobbio¹⁰³ propõe uma definição genérica ao termo: “um sistema de crenças ou de valores, que é utilizado na luta política para influir no comportamento das massas, para orientá-las em uma direção em vez de outra, para obter o consenso, enfim, para instituir a legitimidade do poder”.

Ou seja, pela concepção negativa do termo proposta por Norberto Bobbio, é possível compreender ideologia como um fenômeno de politização de ideias, um deslocamento da epistemologia e da ética ao campo dos interesses político-sociais. Por exemplo, um indivíduo pode ser levado, por lógica dedutiva a partir de premissas decorrentes de sua ética, a concluir que nenhuma forma de punição retributiva é justa, ou ainda, que o abolicionismo penal é a corrente mais sensata da criminologia moderna. Porém, a ideologia sob a qual é adaptado por razões socioeconômicas lhe garante o contrário. Ele, então, acredita na punição governamental severa para certos tipos penais que ofendem seus interesses.

E é esse o sentido do termo que nos importa: entre o ser vivente e a natureza em que o ‘ser-aí’ é colocado existe todo um elemento histórico apresentado, inscrito ou costurado no pensamento como natural, orgânico, às vezes correspondente a uma ordem imutável e eterna das coisas (a metafísica), mas que não passa de positivities.

Por isso, o que importa para esta análise é compreender ideologia como falsa representação do real: uma forma de descrever a realidade que a naturaliza.

Para ilustrar rapidamente essa pretensão, utilizaremos a obra considerada referência histórica, *Capitalismo e escravidão*¹⁰⁴, de Eric Williams, a respeito do início da ideologia

¹⁰¹ LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

¹⁰² WILLIAMS, Raymond. **Política do modernismo**. São Paulo: Unesp, 2011, p.55.

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre ciência política na Itália**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Unesp, 2016.

¹⁰⁴ WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e escravidão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

capitalista e liberal (que sempre andaram juntas), além do ensaio de Bertand Russell¹⁰⁵ sobre a ideologia do trabalho.

Nos dias que precederam o capitalismo na Inglaterra, uma enorme porção da terra não era propriedade de ninguém – chamada *common land*.

A família era a unidade básica daquela sociedade e usava a terra comum para produzir e, assim, sobreviver. Foi, então, que ocorreu um fenômeno que marcou o início da Revolução Industrial (este talvez um dos maiores fenômenos determinantes da história ocidental), o cercamento: parcela significativa dos senhores feudais ingleses, a *gentry* (nobreza mais próxima à burguesia) e os *yeomen* (pequenos proprietários), passaram a cercar as terras comuns, tornando-as lugar exclusivo de pastagens para criar ovelhas, expulsando, sob ameaça de violência física, os camponeses, e retirando dessas famílias o meio de produção e de sobrevivência. Esse fenômeno iniciou a transição do modo de produção feudal para o capitalista, e a terra passou a ser idealizada como um bem de produção.

Importante ressaltar que integrava o fenômeno do cercamento o discurso de propriedade (junto à ameaça das espadas). Conseqüentemente, os camponeses não mais trabalhavam para si próprios, mas para os proprietários da terra. Em seguida, passaram a trabalhar a serviço das indústrias que se massificavam pela atividade mercantilista nas colônias. A unidade básica daquela sociedade passou, então, da família para o indivíduo assalariado. Junto da passagem do feudalismo para o capitalismo surgiu o discurso por um mercado livre de intervenção estatal, assim como o discurso da vantagem social da cadeia ‘investimentos-lucros-salários’. Ou seja, o capitalismo se apresentou no mundo não apenas como um sistema socioeconômico, mas também como uma ideologia dominante.

Vejamos outro exemplo de exposição ideológica, agora em sentido positivo.

Quando Bertand Russell¹⁰⁶ formula seu ensaio de elogio ao ócio está, de fato, formulando uma proposição ideológica que inclui em si a universalização do ócio como valor: um padrão decisório que, ao guiar a escolha do indivíduo numa determinada situação concreta, lhe será bom e lhe levará a um bem. O ócio, então, por ser bom em certas circunstâncias, pode tornar-se um padrão decisório na dimensão deontológica, imperando o indivíduo categoricamente: toda vez que ele se encontrar em determinada situação, deve escolher pelo ócio.

Mas o mais importante neste ensaio é o contraste entre o ócio e o trabalho, valor este usado pela elite histórica para naturalizar uma descrição da realidade.

¹⁰⁵ RUSSELL, Bertrand. **Ensaio céticos**. Tradução de Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM, 2008.

¹⁰⁶ RUSSEL, Bertand. **O elogio ao ócio**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

O autor inicia o texto afirmando ter sido educado segundo um preceito (ou ideologia) para o qual o ócio era a conduta viciosa da qual todas as outras derivam; explica que muitos males do mundo moderno são causados pela crença na virtude do trabalho, e pela convicção de que o caminho da felicidade e da prosperidade está na redução organizada do trabalho.

Bertrand Russell, então, divide o conceito de trabalho em dois tipos: o que modifica a posição dos corpos no mundo (relativamente a outros corpos) e o que ordena modificar. Para além desses dois tipos de trabalho, e, portanto, de trabalhadores, há uma terceira classe de pessoas: as que, por meio da propriedade da terra, têm o poder de fazer com que outras paguem pelo privilégio de poder existir e trabalhar.

O ócio destes, historicamente, depende do trabalho dos dois primeiros, e sua aspiração ao ócio confortável é a origem de todo evangelho do trabalho. Tanto é que, segundo o autor, a moral do trabalho é a moral do escravo. Esse sistema de crença foi imposto aos trabalhadores pelos detentores do poder por meio de uma ética deôntica, segundo a qual as pessoas não devem receber salários segundo a produção, mas em relação à virtude demonstrada em seu esforço.

Estas pessoas foram convencidas pela ideologia do trabalho a dedicarem suas vidas aos benefícios dos senhores, enquanto estes escondiam tal fato de si mesmo, procurando acreditar que seus interesses particulares são idênticos aos interesses maiores da humanidade. Eis a ideologia como ferramenta naturalizadora da falsa representação do mundo.

E quando Bertrand Russell afirma, em crítica negativa, que o Ocidente não se empenha em realizar justiça econômica (aqui subentendida maior distribuição das riquezas produzidas), de modo que a maior parte do produto total fica em posse de uma minoria (da qual boa parte simplesmente não trabalha); que a ausência de controle central sobre a produção causa a produção de imensa quantidade de coisas que não precisamos; que mantemos ociosa uma parcela considerável da população trabalhadora, que se torna dispensável porque se impõe sobre o trabalho à outra parcela; ele está nos esclarecendo que a ideologia liberal (hoje na versão neoliberal) é ainda a ideologia dominante adotada pelo poder ocidental.

Com essas políticas combinadas, o poder ocidental mantém viva a noção ideológica de que uma grande quantidade de trabalho manual é o quinhão inevitável do homem comum, pela necessidade de manter os pobres aplacados (o que levou os ricos a conservarem o trabalho como valor dignificante) e os prazeres da tecnologia e da transformação das coisas sobre a terra. Ambos não fascinam o trabalhador, e disso deriva o conflito ideológico entre aqueles que detêm as propriedades e aqueles que delas necessitam para trabalhar.

Mas, por que compreender o que é a ideologia?

Porque recentemente a história nos mostrou que a sociedade brasileira (assim como quase todos os estados contemporâneos) é ideologicamente fragmentada, e não apenas em duas partes, como muitos descrevem. Os indivíduos que partilham a identidade brasileira expressam ideologias plurais, opiniões heterogêneas e formas de vida antagônicas.

O direito, então, compreende-se como fonte instituidora de um Estado democrático a partir do valor de respeito ao pluralismo político, pluralismo ético e das formas plurais de vida, impõe o chão comum onde todas essas devem coexistir, determinando, a partir de uma tradição liberal e de uma genérica concepção de progresso, as vantagens irrevogáveis dos indivíduos (componente ideológico).

Porém, parte da soberania nacional, e principalmente o Poder Judiciário, que segundo o direito deveria lidar com as divisões e os antagonismos e pacificá-los segundo a pauta ideológica constitucional, não o faz de modo unificado e coerente.

Podemos até afirmar o contrário: parte da soberania utiliza meios e ferramentas do direito para reforçar essas divisões, escolhendo não cumprir a pauta ideológica constitucional – e esse fenômeno será aqui chamado de desconstitucionalização da política.

Por essa razão faz sentido falar na separação entre direito e política judiciária: o direito, para realizar-se como sabedoria de condução da vida pública, necessita da vontade de seus operadores, do compromisso destes com a ideologia constitucional, ou ao menos da fiscalização e da retificação da atividade judiciária de instâncias inferiores por órgãos superiores, adequando-as ao direito constitucionalizado.

Uma cisão como essa entre “direito como construção intelectual de experiência normativa universalizadora e fundamental” e “direito como prática”, ou seja, direito dividido entre ser (ontologia) e ação (prática), que justifica o discurso de “ilegalidades que ocorrem para o bem”, foi identificada por Giorgio Agamben em sua investigação sobre o dispositivo de modo geral.

O autor¹⁰⁷ traz um discurso no centro da igreja católica para justificar a cisão de Deus em ser e ação:

Tratava-se, com precisão, de um problema extremamente delicado e vital, talvez, se me permitem o jogo de palavras, da questão crucial na história da teologia cristã: a Trindade. Quando, no decorrer do segundo século, se começou a discutir sobre uma Trindade de figuras divinas, o Pai, o Filho e o Espírito, houve, como era de se esperar, no interior da igreja uma fortíssima resistência por parte dos seus mentores que pensavam com temor que, deste modo, se arriscava a reintroduzir o politeísmo e o paganismo na fé cristã. Para convencer a estes obstinados adversários (que foram finalmente definidos como “monarquianos”, isto é, partidários do governo de um só)

¹⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?** E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009.

teólogos como Tertuliano, Hipólito, Irineu e muitos outros não encontraram melhor maneira do que se servirem do termo *oikonomia*. O argumento destes era o seguinte: “Deus, quanto ao seu ser e a sua substância, é, certamente, uno, mas quanto a sua *oikonomia*, isto é, ao modo pelo qual administra a sua casa, a sua vida e o mundo que criou, é, ao invés, tríplice.” Como um bom pai, confiara ao filho o desenvolvimento de certas funções e de certas tarefas, sem perder para este o seu poder e a sua unidade, assim Deus confia a Cristo a “economia”, a administração e o governo da história dos homens. O termo *oikonomia* foi assim se especializando para significar de modo particular a encarnação do Filho e a economia da redenção e da salvação (por isso em algumas das seitas gnósticas Cristo termina por se chamar “o homem da economia”, *ho anthropos tes oikonomias*). Os teólogos se habituaram pouco a pouco a distinguir entre um “discurso – o logos – da teologia” e um “logos da economia” e a *oikonomia* converteu-se assim no dispositivo mediante o qual o dogma trinitário e a ideia de um governo divino providencial do mundo foram introduzidos na fé cristã. Mas, como frequentemente acontece, a fratura que os teólogos procuraram deste modo evitar e remover em Deus sob o plano do ser reaparece na forma de uma cisão que separa em Deus ser e ação, ontologia e práxis. A ação (a economia, mas também a política) não tem nenhum fundamento no ser: esta é a esquizofrenia que a doutrina teológica da *oikonomia* deixa como herança à cultura ocidental.

A tradução do termo grego *oikonomia* aos escritos latinos foi economia, do qual deriva o termo e seus dispositivo e assume a complexidade do primeiro.

Trata-se do conjunto de práxis, saberes, medidas e instituições cujo objetivo é administrar, governar, controlar e orientar, em um sentido que se supõe útil, os comportamentos, os gestos e os pensamentos dos homens, fundado na noção de providência, o governo salvífico do mundo. Idêntica cisão esquizofrênica pode ser observada nas contradições apresentadas no movimento do direito.

Talvez o caso mais emblemático dos últimos eventos da política judiciária brasileira seja a divulgação ilegal de gravações telefônicas entre dois ex-presidentes da República (um deles em exercício à época, daí o crime), o reconhecimento da ilegalidade por parte do juiz responsável perante o Supremo Tribunal Federal (como se fosse excludente de culpabilidade) e o arquivamento da representação ajuizada contra o juiz pelo tribunal institucionalmente superior à sua instância (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), sob o argumento de que se tratava de situação excepcional, perante a qual o ordenamento comum não se aplica.

Nota-se no caso um evidente direito violado (o constrangimento da imagem pública dos envolvidos nas gravações telefônicas, ainda que seu conteúdo não apontasse nenhum ato ilícito) e o reconhecimento público por diversas autoridades (inclusive do próprio agente penal), cuja violação exige, por regra, a persecução penal, afastada por argumentos que ratificam a ilegalidade, em prol de um certo bem.

Conforme a decisão:

A publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais – Operação Lava-Jato – voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados.¹⁰⁸

Parte-se do raciocínio da decisão, o contorno e a delimitação daquele que está sob o alvo da prática do poder (“altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados”). Ou seja, a decisão ilegal é acertada porque o alvo é este, e não aquele.

Esse modo de operar é parte essencial para a efetivação da política desconstitucionalizada, direcionada para um determinado fim que não aquele previsto pelo ordenamento constitucional.

4.9 Raça com ferramenta

Giorgio Agamben divide, de modo geral, o mundo da vida em duas grandes classes: os dispositivos (que podem ser uma instituição, um processo, uma linguagem, um modo de se relacionar, mas também em objetos como o carro ou o celular) e os seres viventes (as substâncias). O resultado ou produto da relação entre os seres viventes e os dispositivos é chamado de sujeito.

Isso porque os dispositivos são meios pelos quais o poder se investiu nas individualidades, de forma que a captura de uma parte da existência do indivíduo produzida pelo dispositivo constitui uma perda compensada pela construção de uma subjetividade. Por isso, o autor defende: “dispositivo é, antes de tudo, uma máquina que produz subjetivações e somente enquanto tal é também uma máquina de governo”.¹⁰⁹

Para o poder, a vantagem de produzir subjetivações é justificar medidas excepcionais a grupos determinados de indivíduos.

É nesse ponto que entra o conceito de raça proposto por Falguni Sheth¹¹⁰. Existe no campo epistemológico o debate sobre se raça seria uma série de categorias biológicas ou uma série de construções sociais. Mas, para compreender o uso do direito como mecanismo de produção de exceções, devemos fugir dessa binariedade e compreender raça como tecnologia – uma ferramenta, mental e retórica, usada pelo poder para controlar uma certa população.

¹⁰⁸ Trecho do voto do relator no P. A. Corte Especial n.0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti – interessado: Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região – na representação oferecida após o (até então) juiz federal Sérgio Moro (agora político) grampear ilegalmente o telefone da Exma. Sra. Presidente da República Dilma Rouseff e divulgar a imprensa trechos editados de forma clandestina.

¹⁰⁹ AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo?** E outros ensaios. Chapecó: Argos, 2009, p.46.

¹¹⁰ SHETH, Falguni A. **Toward a political philosophy and race**. Albany: State University of New York Press, 2009.

Raça, nesse sentido, é uma categoria sociopolítica, criada para ser ferramenta do processo de produção de classificações, chamado por ela de racialização, e que compõe o sistema de dispositivos pelos quais o poder é exercido.

Compreendendo essa função tecnológica de raça, é possível entender a fundamentação utilizada para justificar o paradoxo histórico das democracias liberais. Enquanto o discurso de proteção ao direito e respeito à legalidade persiste, a realidade nos revela a exclusão de certo grupo de indivíduos. Esse fenômeno paradoxal pode ser constatado desde o início da história liberal, quando os *Founding Fathers* dos Estados Unidos proclamavam “liberdade e justiça para todos” enquanto ainda possuíam escravos.

Ou seja, os fatos contemporâneos demonstram que as promessas do liberalismo não são para todos. E, não sendo, mas devendo ser, de acordo com o direito, força ao poder a necessidade da criação razoavelmente justificada de exceções.

E por que excluir certos grupos de indivíduos? Porque a democracia, aqui entendida como a realização máxima dos direitos fundamentais, não é interessante para o poder dominante que possui, dentre seus objetivos, sua autopreservação, ameaçada pelas promessas democráticas.

Nesse sentido, segundo Falguni Sheth, parte da população dos estados contemporâneos é considerada *unruly*, ou indesejados, nos termos foucaultianos. São indivíduos que representam uma virtual ameaça, e cuja participação nas deliberações públicas traria incertezas, conflito de interesses, colisão de valores. Ou seja, são uma ameaça para a ordem político-econômica imposta pela classe soberana.

Para produzir categorização, por meio da tecnologia da raça (“racialização”)¹¹¹, o poder soberano necessita de marcas que lhe permita identificar e discriminar tipos diferentes de “ser”. Assim, uma vez possuidor do domínio da episteme como dispositivo, que lhe faculta a capacidade de determinar o que é conhecível ou não, científico ou não, verdadeiro ou falso, determina o “ser”.

By racialization, I don't mean pre-given racial identities; rather, the perceived threat and vulnerability that characterize a certain subject-population becomes part of the ground of its outcasting as a species unto itself. How does racialization occur? We know that racialization has numerous dimensions. Here, I want to discuss the political and juridical processes by which racialization occurs, and how these are embedded in the set of regulations designed to govern an existing population. There are several primary features that contribute to the racialization of a population some of which are built upon those features characterizing an unruly and vulnerable population. First, there must be a description of the group, which can but need not necessarily be phenotypical; it might be a nationality, ethnicity, tribal description. This description is not a racial designation of a group in the sense in which I am

¹¹¹ O termo é empregado pela autora Falguni Sheth. Trata-se de tradução livre, por aproximação, da palavra utilizada no original em inglês, “racialization”.

arguing. It is a description marker. This description has the function of delineating a group against the background of a different population. I want to reiterate the distinction I am making between racialization and racial identity. Racialization is the process of delineating a population in contrast to a dominant (or powerful) population and a corresponding political tension; this population can be highlighted according to any range of characteristics—none of which have to be “racial” qua phenotype or blood or physical characteristics; they might be religious, economic, social, etc. But in the course of a series of events that highlight the conflicts between this group and a dominant population, it becomes racialized, that is, as a separate species. The weight of an identity as “racial” (in contrast to a descriptive identity) is the remnant of such racialization; it is akin to picking up a sand dollar on the beach. What we see is the tent, or shell, of a creature, which becomes a stand-in for the creature itself. Similarly, a racial identity—the transformation of an identity from a descriptive marker to a racial designation—is the consequence of the process by which a group has become racialized—singled out as a race or an outcasted group. The process of racialization is what I am attempting to lay out in this chapter.¹¹²

A vantagem de categorizar ou racializar é tornar a exceção legítima por naturalidade, correspondente à mesma ontologia de onde deriva o texto legal. Outra vantagem da racialização é forçar os indivíduos a se adaptarem aos valores dominantes, uma vez que só assim poderão ter acesso aos benefícios da legalidade.

Em resumo, são premissas do processo de racialização:

- 1) Característica distintiva ou distinguível, a fim de apontar a categoria. Pode ser física, como a cor da pele, ou imaterial, como religião, status socioeconômico, gênero ou orientação sexual;
- 2) Vulnerabilidade: o grupo categorizado deve estar em posição de vulnerabilidade em relação ao grupo que detém o poder. Um exemplo histórico é o dos judeus, que estavam em posição de vulnerabilidade quando foram caracterizados e

¹¹² Tradução livre: Por racialização não quero dizer identidades raciais prévias; em vez disso, a ameaça percebida e vulnerabilidade que caracterizam um determinado sujeito-população torna-se parte do terreno de sua exclusão como espécie em si. Como ocorre a racialização? Nós sabemos que a racialização tem numerosas dimensões. Aqui, eu quero discutir os processos políticos e jurídicos pelos quais a racialização ocorre, e como são incorporados no conjunto de regulamentos destinados a governar uma população existente. Lá são várias características primárias que contribuem para a racialização de uma população alguns dos quais se constroem sobre as características que caracterizam uma comunidade indisciplinada e vulnerável da população. Primeiro, deve haver uma descrição do grupo, que pode, mas não precisa necessariamente ser fenotípico; pode ser uma nacionalidade, etnia, descrição tribal. Esta descrição não é uma designação racial de um grupo no sentido em que eu sou argumentando. É um marcador de descrição. Esta descrição tem a função de delinear um grupo contra o pano de fundo de uma população diferente. Eu quero reiterar a distinção que estou fazendo entre racialização e identidade racial. A racialização é a processo de delinear uma população em contraste com uma dominante (ou poderosa) população e uma tensão política correspondente; essa população pode ser destacada de acordo com qualquer gama de características – nenhuma delas tem de ser “racial” enquanto fenótipo ou sangue ou características físicas; eles podem ser religiosos, econômicos, sociais, etc. Mas, no curso de uma série de eventos que destacam os conflitos entre este grupo e uma população dominante, torna-se racializado, isto é, como uma espécie. O peso de uma identidade como “racial” (em contraste com uma identidade descritiva) é o remanescente de tal racialização; é semelhante a pegar um dólar de areia na praia. O que vemos é a tenda, ou concha, de uma criatura, que se torna um substituto para criatura em si. Da mesma forma, uma identidade racial – a transformação de uma identidade de um marcador descritivo de uma designação racial – é a consequência do processo de um grupo que se tornou racializado – apontado como uma raça ou um grupo proscrito. O processo de racialização é o que eu estou tentando expor neste capítulo. (SHETH, Falguni A. **Toward a political philosophy and race**. Albany: State University of New York Press, 2009, p.51).

categorizados como *unruly* ou indesejados durante o terceiro *Reich* da República de Weimar.

- 3) Determinação do “ser” como possível ou virtual ameaça. O nexu epistêmico entre a característica apontada e a categoria ontológica é garantido pelo poder de determinar.¹¹³

Um dos importantes efeitos do processo de racialização é a naturalização do arbítrio e a positivação da política como ciência, uma vez que as características arbitrariamente criadas passam a ser o próprio critério para justificar a exceção e, assim, tornam-se “neutras e objetivas” (as regras e critérios para criar o conceito de raça não vem da biologia, mas do poder).

A autora nos dá um exemplo histórico: a internação dos americanos descendentes de japoneses no início da Segunda Guerra. Os denominados (veja a força do termo) “japoneses-americanos” eram americanos, de fato e por direito, por possuírem cidadania americana. Eram nascidos em solo americano, descendentes de imigrantes (segunda ou terceira geração) e, assim, possuíam o status e as vantagens de cidadãos.

Porém, havia uma característica física que permitia a distinção destes em relação à população dominante. Além disso, eram vulneráveis, uma vez que estavam impedidos de se casar com outras etnias (por causa da *mixed marriage law*), e por causa da narrativa do início da guerra, que incluía um possível levante interno e sabotagem em massa. Essas pessoas foram, portanto, caracterizadas como uma possível, ainda que virtual, ameaça. Estavam em cena todos os dispositivos necessários para categorizar aquela população como indesejada e uma provável desobediência reconhecível foi forjada. O presidente Roosevelt ordenou a suspensão dos direitos individuais de 120 mil americanos que foram aprisionados em campos de concentração.

Por fim, uma observação importante feita por Falguni A. Sheth: a identidade racial, ainda que fenômeno observável, fundamento cultural e razão de ser de grupos identitários e norteador de políticas públicas afirmativas, é produto histórico da racialização e procede à segregação racial realizada pelo poder dominante.

Portanto, o direito não será um agente de promoção de transformação social.

¹¹³ Resumo das premissas extraídas de: SHETH, Falguni A. **Toward a political philosophy and race**. Albany: State University of New York Press, 2009.

5 CONCLUSÃO (verdades transitórias)

A alegoria da caverna ou o Mito da caverna, de Platão¹¹⁴ suscita inúmeras imagens como a caverna enquanto símbolo das trevas, o mundo real como o lugar das falsas imagens, o sol como símbolo da verdade. As várias metáforas, lições e opiniões que dela podemos extrair foram sendo interpretadas, reinterpretadas, lidas e relidas ao longo do pensamento filosófico, literário, acadêmico. Daí sua importância e sobrevivência até hoje como uma metáfora viva narrada em aulas de filosofia, fóruns, debates, seminários e congressos.

A imagem da caverna já foi associada por Platão ao nosso mundo real no qual reside o falso conhecimento, mas na literatura, já foi associada ao processo de alienação, de revolução, às ideologias e utopias. De uma maneira ou de outra a caverna parece essencialmente expressar o direito pela metáfora da prisão em analogia ao lugar que nos mantém presos às falsas imagens e, que por isso, deve ser abandonado, transfigurado ou transformado.

Talvez o direito necessite de uma ética da vergonha, do absurdo para poder representar humoristicamente os absurdos do direito e, de algum modo, se esforçar em desmascarar o real, captar o indizível, surpreender o engano ilusório dos gestos estáveis e recolher, enfim, as rebarbas que a história, no seu constructo racional, que o direito deixa para trás. O direito carece de ser compreendido pelo distanciamento da razão.

Assim, o espetáculo do direito deve sair do humor, para adentrar a ironia, a velha arte das profundidades ou das alturas, que priva do sentido de dissimulação, de ocultamento daquilo que na verdade se tem ou se sabe.

A experiência irônica se dá, então, a cada vez que a encenação leva o espectador a observar os volteios teatrais que o mundo da polícia, em sentido estrito, e o mundo da política, em abordagem mais ampla, deram para atender aos interesses da ideologia, da ironia e o irônico. Não é apenas alguma coisa que acontece; é algo que, pelo menos, pode ser representada acontecendo. É por meio desse movimento ativo que se propõe a ludibriar um discurso ideológico que não tem outra intenção senão o engano à nossa inteligência – o que leva a peça ao exercício de um outro registro, o do absurdo, experimentado entre as sensações de perplexidade e aflição. Absurdo advém das formas gregas *atopon* e *adynaton*, significando, respectivamente, “fora de lugar” e “impossível, porque contraditório”.

¹¹⁴ PLATÃO. **A República**. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 2000. p.319-322.

O direito tal qual o vemos hoje assume-se como um espetáculo errático, somente concebido por ter havido um erro histórico, que deixou dramaturgo e atores atônitos, estupefatos, erro este captado por eles ainda em sua flagrante contemporaneidade.

Cabe aqui denunciar que a crença que devotamos à razão (ao direito) não corresponde aos resultados do engano, da incompreensão, do malogro que é vivermos em Estados democráticos de direito nos quais a lógica humanista que sustenta a cidadania é violentamente solapada pelo caráter arbitrário do Estado policial. Justiça e manifestação do poder – que soam tão atuais para o que vem ocorrendo no Brasil – compõem um binômio absurdo, de tipo kafkiano.

Como superação desse paradigma, entende-se pertinente um aprofundado estudo sobre o absurdo e a comédia associados ao direito como forma de superar esse paradigma. O fenômeno recente de comunicação por meio de dispositivos móveis reduz a complexidade interpretativa por meio de imagens, piadas, ilustrações e “memes” que poderão ajudar a ilustrar o direito, sem sua áurea imponente e com ares de rigor científico, quando não passa de uma grande ilusão.

A literatura, de modo geral, desde o final do século XVIII vem assumindo o lugar onde a dúvida sobre o início e o sentido do processo de subjetivação ainda pode ser colocada. Ela o faz a partir do momento em que a filosofia, capturada pela ciência que dela se originou, não mais consegue exercer essa função crítica. E o modo pelo qual pode fazê-lo é questionando a linguagem. Nesse sentido, não só a literatura permite uma abertura para a humanidade do homem, mas ao propiciá-la, o faz somente na medida em que pode duvidar daquilo que está estabelecido, do que é tido e cobrado como correto, do (que é) direito.

Ao contrário do discurso jurídico que busca equalizar as relações entre os seres humanos a partir de um referencial, a literatura coloca em xeque a própria possibilidade desse discurso. Esse indivíduo moderno, fraturado, que não se encontra mais no mundo, por não ter mais lugar nele, vive solitário em busca de diversão que possa lhe fazer esquecer sua condição: ser plenamente abandonado. Porém, quanto mais o indivíduo moderno se deixa levar nesta busca incessante de entretenimento, mais distante fica de sua humanidade e, assim, só aumenta seu desconforto.

Talvez a marca fundamental das sociedades atuais, isto é, o cansaço, seja no fundo o fato de estarmos realmente cansados da grande ilusão da modernidade: a de que somos um indivíduo, separado e desconectado do mundo, tendo este apenas como disponibilidade. Perdemos, assim, a capacidade de sonhar, de fabular, de simplesmente jogar para nos divertirmos e, como consequência, perdemos a capacidade de ter empatia com os demais.

A literatura e a arte, de modo geral, requerem de nós uma postura diametralmente oposta, contemplativa, não de um não fazer produtivo, mas de fazer quieto. Mais do que continuar apostando num estudo cada vez mais pragmático do direito, talvez devamos refletir sobre nossa própria condição humana.

Sinalizamos ainda, numa referência ao Teatro do Oprimido de Augusto Boal¹¹⁵, enquanto objeto de investigação, tem estado na base de vários estudos em campos muito distintos, da educação às artes dramáticas, passando pelo direito, pela psicologia, filosofia, sociologia, economia; em contextos geográficos diferenciados, com um caráter mais diacrónico ou partindo de experiências concretas vigentes; ou fazendo uso de metodologias que vão da análise teórica à investigação-ação. O olhar donde se examina influencia os objetivos com que se parte, bem como os percursos escolhidos e as inferências retiradas.

Ao se teatralizar o direito, procura-se desconstruir, desmistificar e denunciar aquilo que era difundido pelo direito técnico que ilude e oprime e que se torna um obstáculo à transformação social. Propõem-se popularizar os meios de produção do teatro do direito: todos podem fazer o teatro, em qualquer lugar e partindo de qualquer tema do direito.

Mais ou menos alterado ou recriado, este arsenal de técnicas pode se resistir ao tempo e no espaço e contextos muito diversificados, das angustias criadas pelo direito. O que dará corpo, coerência e identidade ao método são, portanto, os princípios e objetivos pelos quais é regido. Refutar as hierarquias estabelecidas entre aqueles que podem produzir cultura e direito daqueles a quem é dada a “oportunidade” de consumir e construir.

O direito pode-se valor nos caminhos trilhado pelo Teatro do Oprimido, ao atribuir aos homens e às mulheres o papel de (re)construtores da história e da realidade, permite edificar a esperança. Uma esperança que aqui não é entendida de forma ingénuo – a esperança *disneyland* onde tudo é possível acontecer –, mas antes como esperança crítica e politizada, ancorada num projeto emancipatório e através do exercício da resistência: do que existe agora e do que pode vir a existir amanhã pela força da nossa ação. Para que o direito se valendo do caminho trilhado pelo Teatro do Oprimido possa servir como arma de combate, é preciso reconhecer suas limitações. É a partir delas que se poderão constituir alianças, não só entre sujeitos coletivos, mas também entre o corpo e a mente, a teoria e a prática, o indivíduo e o coletivo, o local e o global, as aprendizagens do passado com as emergências do presente e os desafios do futuro.

¹¹⁵ BOAL, Augusto. **O Teatro do Oprimido e outras poéticas políticas**. Rio de Janeiro: Civilização Editora, 2010.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Teodor W. **Liderança democrática e manipulação de massas**. Disponível em: <<http://adorno.planetaclix.pt/>>. Acesso em: set. 2018.
- ALBUQUERQUE, Ana Carolina Cavalcanti de. **Poder e violência no estado de direito: análise comparativa do pensamento de Hannah Arendt e Niklas Luhmann**. Dissertação de Mestrado. Filosofia e Teoria Geral do Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. **Pilatos e Jesus**. Tradução de Silvana de Gaspari e Patrícia Peterle. São Paulo: Boitempo, 2018.
- _____. **O que é o contemporâneo? E outros ensaios**. Chapecó: Argos, 2009.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco**. Tradução de António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.
- BARBOSA, Jonnefer Francisco. A crítica da violência de Walter Benjamin: implicações histórico-temporais do conceito de Reine Gewalt. In: **Revista de Filosofia**, Aurora, Curitiba, v.25, n.37, p.151-169, jul.-dez., 2013.
- BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução de Rita Buongiorno, Pedro de Souza e Rejane Janowitz. 7ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2013.
- BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. Tradução de Ernani Chaves. São Paulo: Editora 34, 2011.
- _____. **O capitalismo como religião**. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BOAL, Augusto. **O Teatro do Oprimido e outras poéticas políticas**. Rio de Janeiro: Civilização Editora, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre ciência política na Itália**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Unesp, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CÂNDIDO, Antônio. Dialética da malandragem. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, n.8, São Paulo, 1970.

CANTARINI, Paola. **Direito, sociedade e cultura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAPRA, Fritjof. **Pertencendo ao universo**. Tradução de Maria de Lourdes Einchenberger. 10.ed. São Paulo: Cultrix, 1998.

CARNIO, Henrique Garbellini. PEREIRA, Joaquim Eduardo. Ilusão do Direito: notas Iniciais sobre a Ambiguidade da Vida e da Racionalidade Jurídico. In: **Coragem e Racionalidade Jurídica: o jogo sem fim do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COUTINHO, Jacinto de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Florianópolis. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. **Em defesa da sociedade**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FRAZER, James George. **Golden bough: a study of magic and religion**. New York: MacMillan, 1951.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GALILEI, Galileu. **Ciência e fé**. Tradução de Carlos Arthur R. do Nascimento. 2.ed. São Paulo: Unesp, 2009.

GIACOIA JÚNIOR, Osvaldo. Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos. In: **Metafísica contemporânea** – obra coletiva. Petrópolis: Vozes, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito e magia**. Texto original de 1985. Disponível em: <<http://drwillisguerra.blogspot.com/2012/12/direito-e-magia.html>>. Acesso em: 9 ago. 2018.

_____. Conhecimento imaginário do/no direito. In: **Estudos do Imaginário Jurídico**. v.I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Direito e/é fé. **Revista Mestrado em Direito**, Unifief, ano V, n.V, Osasco, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **História e introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. São Paulo: Perspectiva, 2012.

JUVENEL, Bertrand de. Authority: the efficient imperative. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbelini. **Teoria política do direito**. 2.ed. São Paulo: RT, 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusort de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 5.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MILLER, Jeremy M. A critical analysis of the theories of professor unger. 12 **Western State Law Review**, 1984.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. Tradução de Heineberg I. Porto Alegre: Sulina, 2002.

_____. **O método 5**: a humanidade da humanidade. Tradução de Silva J. M. Porto Alegre: Sulina, 2001.

PLATÃO. **A República**. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 2005.

RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Tradução de Mônica Costa Netto. 2.ed. São Paulo: 34, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUSSELL, Bertrand. **Ensaio céticos**. Tradução de Marisa Motta. Porto Alegre: L&PM, 2008.

_____. **O elogio ao ócio**. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SHETH, Falguni A. **Toward a political philosophy and race**. Albany: State University of New York Press, 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito na sociedade moderna**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VANIER, Alain. **Direito e violência**. v.7. n.1. Rio de Janeiro: Ágora 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. Que é uma teoria jurídico científica? In: **Revista da OAB – Ceará**, ano 27, n.4, jul.-dez., 2000.

VIANA, Dimir. **Teatro do Oprimido**: na educação de jovens e adultos. Curitiba: Appris, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução de Leonidas Hegemberg e Octany Silveira Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

WILLIAMS, Eric. **Capitalismo e escravidão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WILLIAMS, Raymond. **Política do modernismo**. São Paulo: Unesp, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Notas sobre o “O ramo de ouro” de Frazer. Tradução de João José R. L. Almeida. **Revista Digital Adverbium**, jul.-dez., 2007, p.186-227. Curitiba. Disponível em: <http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/adverbium/Vol2_2/observacoes_amo_de_ouro.pdf>. Acesso em: 9 ago. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. **Revista de Informação Legislativa**, n.124, Brasília, 1994.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6022: 2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração

