

DESCONSTRUIR, PROFANAR E PROVOCAR O DIREITO

Newton de Oliveira Lima¹

Resumo:

A partir da análise das teorias filosóficas de Agamben, Sloterdijk, Nietzsche, Foucault, pode-se compor um painel crítico da juridicidade enquanto estrutura de normatividade que deve servir para a transformação social e não apenas de respeito à ordem dominante. As categorias desconstrução, profanação e provocação são dimensionadas para servirem de instrumental de análise e metodologia do fenômeno jurídico.

Palavras-chave: desconstrução, profanação, provocação, transformação social.

Abstract:

From the analysis of the philosophical theories of Agamben, Sloterdijk, Nietzsche, Foucault, a critical panel of the legality can be composed while legal structure that must serve not only for the social transformation and of respect to the dominant order. The categories of choice, profanation and provocation are deposit to serve of instrument of analysis and methodology of the legal phenomenon.

Key words: choice, profanation, provocation, social transformation.

Um dia, a humanidade brincarà com o direito, como as crianças brincam com os objetos fora de uso, não para devolvê-los a seu uso canônico e, sim, para libertá-los definitivamente dele. (Agamben, 2004, p. 98).

Introdução: da filosofia da consciência kantiana à filosofia lingüístico-pragmática.

Para que serve o Direito afinal ? O que é o direito, em todo caso ? No que constitui a missão do jurista, por fim ?

Não se pode responder a essas perguntas sem a necessária remissão à fragilidade lingüística das mesmas, perfazendo o itinerário da filosofia de Nietzsche

¹ Professor de Filosofia Geral e Jurídica da UFPB.

até os dias atuais mais atrás de perspectivas críticas do que de solidificar respostas. Centraremos a exposição do artigo norteados no pensamento de Nietzsche, Foucault, Agamben, Sloterdijk, dentre outros.

Se a pergunta o que é o direito está defasada desde a perspectiva da reviravolta lingüístico-pragmática que, entendemos, origina-se em Nietzsche, pois sem levar em conta a pluralidade dos sentidos do que consiste o direito mantém-se a perspectiva de uma definição exaustiva da idéia do direito e sua desenvoltura histórica.

A partir da análise de Nietzsche em relação à moralidade, encontra-se já delineada por extensão uma não fundamentação do direito em idéias metafísicas ou jusnaturalistas e, quando asserta (NIETZSCHE, 2000, p. 429) que não há motivo para a crença nas 'categorias da razão', que só levam ao 'niilismo', isso pode ser extensível às categorias do próprio direito, e a busca kantiana pela definição *a priori* do direito é niilista porque desesperadora, leva ao nada do direito, a uma forma que não corresponde à existência real, a um objeto realístico, sendo, portanto, que a tentativa de construir uma definição do direito para depois delimitar seu campo de incidência normativa, o problema kantiano clássico do conceito de direito, perde o sentido frente ao problema: de que serve o direito para a sociedade ?

Enfim, se a prisão conceitual da filosofia da consciência kantiana deve ser rompida em função da conotação existencial-pragmática da regulação jurídica, somente esse desprendimento de puros conceitos filosóficos não basta, pois o direito continua a poder ser manipulado pelo poder, já que pelo poder ele é feito, daí a tarefa não somente de desformalização e desburocratização do direito, mas de revelação de sua estrutura de constituição ideológica, aspecto enfrentado por Foucault (2002, p. 113): nas estratégias do saber-poder, o conhecimento do direito e a renovação da metodologia jurídica a cada decisão proferida implicam a existência de uma razão jurídica que reflete a ideologia do dominante discursador ou dos discursos de dominação que se alastram em torno de *topoi* discursivos já construídos como lugares-comuns: justiça social, direitos humanos, função social da propriedade etc.

Não basta citar esses conceitos e aplicá-los formalmente, deve-se colocar a questão em termos pragmáticos: a forma de institucionalização do discurso jurídico como interpretação de determinada norma está efetivamente fazendo frente à

injustiça de dado caso concreto? É necessária uma constante fiscalização para o acompanhamento da institucionalização da interpretação normativa.

O que Foucault (2002, p.126) demonstrou é que o saber jurídico serve ao poder, faz o poder e ao mesmo tempo é feito por ele; umbilicalmente ligados, saber e poder estão conjurados no discurso jurídico, o qual, se não transformador em efetividade das mudanças requeridas pela sociedade, deixa intacto o poder da opressão. O mero cumprimento dos procedimentos faz perdurar a estrutura de dominação.

De Foucault herdamos o impulso de desconstrução das instituições de poder político-jurídicas. Não desconstrução do direito em sua função social de transformação do *status* econômico que concentra poder econômico e aliena consciências, mas desconstrução de instrumentos (técnicas), instituições e ideologias (discursos) de dominação que permeiam o direito.

No sacrossanto cumprimento positivista dos procedimentos continua o esquecimento da originalidade do ser-aí e da efetiva transformação social. O sacrilégio ao capitalismo liberta, salva de um falso bem dominante, que na verdade, tal qual a *pax romana*, é a voz uníssona da apatia social expressa enquanto conformismo com o *status quo* e os valores estanques: assim caminha a humanidade.

De cumprimento de procedimento em cumprimento de procedimento nada muda, apenas alguma coisa se agrava: a injustiça social. Se não se sabe o que é justiça, sabe-se, e bem, o que é injustiça quando um policial mata um inocente ou quando o criminoso do colarinho branco é solto dentro do cumprimento estrito da lei. Onde está o *ethos* que o judiciário deve construir a fim de impingir um exemplo de moralidade à sociedade? Um judiciário que age submisso aos poderes econômicos corrobora e ratifica a dominação destes.

Como disse Baudrillard (1990, p.93), é preciso ter coragem para fazer o discurso contrário, o discurso da negação do *status quo*, o discurso do “mal”. Na verdade, esse bem que se acomoda no cumprimento dos procedimentos, seguindo as lições do proceduralismo positivista de Niklas Luhmann (1980, p.79) e seus asseclas, origina um homem-animal bem obediente (o homem doméstico como assertou Sloterdijk (2000, p.48)), mas que em nada serve para fazer um discurso e

práxis efetivamente construtores de um paradigma diferencial em relação ao sistema dominante.

Baudrillard (1990, p.93) mostra como o “bem” sistêmico (a exemplo do procedimento jurídico organizado) é na verdade o mal transparente e dominante: no domínio das imagens sobre o inconsciente, na liquidação dos valores e na massificação das posturas e dos procedimentos, o homem esvai-se e o direito tem funcionado apenas como garante de tal situação, como superestrutura ideológico-lingüística do capitalismo.

As formas do saber jurídico, portanto, como os discursos em prol da justiça social e os arazoados dos juízes e advogados nas petições e sentenças dos processos, são ignorados pelo mercado e as formas jurídicas apenas mantém em linhas gerais a dominação em seus diversos setores (político, econômico, cultural).

Necessidade de desconstruir, provocar e profanar instituições jurídicas, propondo novas metodologias da Ciência do Direito

Dá-me o ponto de apoio correto e moverei o mundo, assertou Arquimedes na Grécia Antiga. Para o jurista, um apoio metodológico eficaz também pode significar uma intromissão na realidade de maneira a torná-la mais justa, de maneira mesmo a revolucioná-la. Mas se a justiça é mais práxis metódica que ideal vislumbrável, e se o conceito e a razão de ser da norma de direito implicam uma avaliação efetiva de sua potencialidade de transformação do mundo, não há que se indagar se o justo como discurso possa, além de tutelar, também revolucionar? Mas revolucionar a realidade de que forma e para quê?

Analisemos a revolução da realidade pelo direito dentro das metodologias não convencionais da profanação e da provocação, propostas respectivamente por Agamben e Sloterdijk, que não propuseram métodos de análise tão facilmente aplicáveis ao direito, pois propuseram métodos filosóficos para âmbitos bem específicos de análise definidos pelos próprios pensadores.

O que constitui a sacralização do direito que merece ser profanada? É o poder simbólico de criação e interpretação exclusiva pelos juristas das estruturas de normatividade. Assere Bourdieu (2005, p.236-245) que um nominalismo realista, que projeta categorias na realidade como dogmáticas, faz a obediência à norma e à decisão produzida a partir de um ponto de vista de concessão de um poder

simbólico ao juiz e aos jurisperitos. Existe uma deferência quase religiosa, e decididamente dogmática sobre a pessoa do decisor que

[...] permite explicar o efeito mágico da nomeação, acto de força simbólico que só é bem sucedido porque está bem fundado na realidade. A eficácia de todos os actos da magia social cuja forma canónica está representada pela sanção jurídica só pode operar na medida em que a força propriamente simbólica de legitimação ou, melhor, de naturalização (o natural é o que não põe a questão da sua legitimidade) recobre e aumenta a força histórica imanente que a sua autoridade e a sua autorização reforçam ou libertam. (BOURDIEU, 2005, p. 239)

Agamben (2007, p.65) objetiva analisar a estrutura do sistema capitalista com o instrumental de profanar, isto é, de criar algo de novo, enquanto *genius* cultural.

Enquanto continuador de Foucault, Agamben mostra que a construção da estrutura do poder obedece à ordem do discurso dominante, instrumentalizado pela institucionalização das técnicas de domínio e de apropriação do ser-linguagem na configuração da normatividade sobre o mundo social. Estudar a estrutura do poder é perceber as formas de institucionalização da linguagem do poder, isto em Giorgio Agamben (2004, p.63) assume as funções de análise da técnica do estado de exceção e da construção da soberania enquanto ideologia político-jurídica.

Agamben caracteriza a estrutura lingüística norteadora da função-poder do Estado Moderno e suas técnicas de manipulação do sujeito moderno submisso às construções de linguagem dominantes que em nível ideológico garantem legitimação à ordem constituída. Apregoa, por isso, profanações à 'nova religião', o capitalismo globalizado; profanar significa utilizar-se não apenas do gênio de criação de uma ação estética diferenciada do capitalismo, mas de uma razão comunicativa de um pragmatismo kantiano (HABERMAS, 2002, p.105) crítica e esclarecedora das alienações que possibilite formas efetivas de transformação social.

Profanar, do latim *profanere*, significa originalmente: “tratar com irreverência; dar a um objeto sagrado aplicação profana, fazer uso indigno das coisas santas; macular; aviltar; injuriar; desrespeitar; ofender”.²

Num sentido histórico, profanar, na Antiguidade, era vociferar contra os Deuses e seu *status quo*; na pós-modernidade é assumir o discurso crítico ante à

²Fonte: <http://www.priberam.pt/dlpo/definirresultados.aspx>. Acesso: 17/08/2008.

“religião” econômico-cultural dominante, perfazendo a crítica da uniformidade e desbastando a intromissão do ‘impessoal’ racionalismo abstrativista e técnico sobre a subjetividade.

Uma aproximação entre o pragmatismo kantiano de Habermas e o método desconstrutivo de Agamben parece possível. O primeiro estrutura a produção dos discursos e a partir dessa estruturação pretende produzir novos discursos dentro de um agir comunicativo visando à racionalidade pragmática que possibilite a formação de um consenso racional entre sujeitos. Agamben, por seu turno, critica as instâncias de estruturação discursiva e suas produções ideológicas.

O método de Agamben pode ser considerado um primeiro momento crítico-negativo do discurso jurídico na democracia liberal, versando sobre a estrutura de produção de discursos e as relações de poder que a informam; já o método de Habermas encarta uma teoria do discurso utilizável como legitimação da democracia liberal, onde a produção discursiva encaminha-se, após as depurações possíveis de uma crítica das instâncias produtivas do saber jurídico, à construção de discursos jurídicos de finalidade pragmática no horizonte do agir comunicativo, servindo para construir direitos fundamentais e esclarecer-concretizar democrática e racionalmente princípios constitucionais como igualdade, justiça social, liberdade de expressão etc.

O que Agamben (2004, p. 98) coloca como o além-do-direito, inspirado em Kafka, é importantíssimo para se ter a noção do além-do-método, já exigida por Bourdieu (2005, p.244): ir além da forma metodológica e romper com o cumprimento dos procedimentos é a superação do utilitarismo jurídico, do uso do direito a fins egoístas e interesseiros, rompendo com as barreiras do individualismo jurídico e da “jurisprudência dos interesses” que serviu de base metódica à teoria pura de Kelsen e ao positivismo novocentista. Asserta Agamben:

[...] O que se encontra depois do direito não é um valor de uso mais próprio e original e que precederia o direito, mas um novo uso, que só nasce depois dele. Também o uso, que se contaminou com o direito, deve ser libertado de seu próprio valor. Essa libertação é a tarefa do estudo, ou do jogo. E esse jogo estudioso é a passagem que permite ter acesso àquela justiça que um fragmento póstumo de Benjamin define como um estado do mundo em que este aparece como um bem absolutamente não passível de ser apropriado ou submetido à ordem jurídica (Benjamin, 1992, p.41). (AGAMBEN, 2004, p.98)

O jogo inteligente é o jogo lingüístico que perpassa um agir comunicativo e criativo sobre o direito: as veredas abertas por Habermas e Agamben-Foucault estão aí para ser apropriadas por outras metodologias e por renovações de metodologias, o estudo ou jogo podem ser utilizados, não no sentido canônico, mas sim no comunicativo-racional-crítico e/ou no lúdico-criativo-desconstrutor-profanador.

A provocação como meta-metodologia jurídica e seu apelo à ação “genial” sobre o direito

Desconstruir e profanar significam estabelecer discursos e práticas de confrontação com grupos dominantes e com ideologias de dominação: esse o desiderato do direito tomado num direcionamento crítico. No entanto, o direito também é provocação, é ofensa e intervenção ao poder constituído, se é que se quer construir um direito de cunho efetivamente transformador.

Provocar mudanças enquanto operador do direito: desafio ou impossibilidade? Enquanto advogado, posso atuar em prol da cidadania? Provocar, tomado em sentido comum, é abalar o sossego de algo. No sentido dado por Sloterdijk (2002, p. 117), provocar culturalmente é quebrar a lógica cultural dominante, uníssona, e propor inovações, fraturas, rupturas na cultura de massa. Não perder o sentido de aristocracia cultural é importantíssimo para Sloterdijk (2002, p.102).

Enquanto juiz, posso concretizar direitos fundamentais em função de um paradigma de transformação social efetiva? Enquanto Ministério Público estou confrontando elites anacrônicas que colonizam o poder? Não se pode deixar o direito à luz de uma estrutura de comodismo que espere por institucionalização de mudanças que nunca chegam de parte alguma, seja da sociedade civil “organizada”, seja do legislativo.

Se um Ministro da Justiça pede punição para torturadores que atuaram num regime de exceção tal declaração pode ser considerada uma provocação ilegítima? Se assim o for, a sociedade que o recria realmente não quer desconstruir o privilégio de grupos nem fazer uma transparência nem moralidade públicas. Grupos sociais que não aceitam tal provocação apegam-se a uma ideologia de conformidade histórica que assegura a continuidade da impunidade, que deixa sem efetividade a punição aos torturadores.

O jurista deve provocar, instigar as estruturas tradicionalistas e por à prova seu conformismo, estraçalhando a impunidade que leva a mais injustiças sociais. Se os conceitos formais devem ser superados e concretizados, eles somente o podem ser em função de uma concepção que fira as ortodoxias (BOURDIEU, 2005, p.15). Da mesma maneira as metodologias: a mera fundamentação da sentença dentro de um esquema compreensivo-ideológico tradicionalista não irá modificar a realidade social.

Deve haver sentenças provocativas, meta-lingüísticas e retóricas a fim de confeccionar um discurso jurídico que supere o saber-poder dominante. Deve haver posturas de protesto jurídico-cultural (ações judiciais, libelos acusatórios, pareceres, petições) que demonstrem o paradoxo das razões jurídicas convencionalmente produzidas e massificadamente aceitas; devem surgir meta-razões de direito que confirmem um *genius* provocativo e profanador, sendo efetivamente heterodoxas enquanto discurso.

Provocar, criar, são atos de uma elite cultural em que deve se constituir o corpo dos juristas. Sloterdijk (2002, p.117) retoma Nietzsche sob um olhar culturalista: provocação é um ato de liberdade, enquanto protesto, contra a dominação do homem pelo homem, do econômico sobre a cultura, do domínio do ter e do ser-objeto sobre o ser-aí do existente autêntico e auto-determinante, contra a reificação da cultura e a massificação do humano, assim como Nietzsche propugnara pela “criação” como ato superior do aristocrata da cultura.

Aristocrata não é aquele que se fecha na torre de marfim da indiferença e da soberba, mas é o que pode livremente descer do alto porque é grande e generoso (a generosidade sempre foi o sinal distintivo da aristocracia em todas as épocas), e dar a mão ao pequeno em gesto de humildade (SCHELER, 1994, p.95), sendo a perspectiva do diálogo a que melhor retrata a posição ética da relação eu-tu.

Se o poder jurídico pode continuar a ter alguma função na pós-modernidade, remodelando a estrutura de tripartição estatal que fora conferida por Montesquieu, o qual identificou a magistratura com a aristocracia, essa função aristocrática do juiz e dos juristas por extensão somente se desenvolverá com a percepção do norte democrático que possui: uma aristocracia cultural que ascende não pelo voto, mas pelo mérito ético-intelectual, deve continuar essa mérito-motricidade em função da

aproximação discursiva com o povo, evitando ser uma renovação da nobreza da forma mais perniciosa e atentatória à democracia material.

Não se pode pretender perfeição da comunicatividade: a ação comunicativa habermasiana sempre enfrentará obstáculos epistemológicos e ideológico-sociológicos. O fato é que a ação comunicativa habermasiana é um ideal a atingir e um dever-ser tal qual a paz perpétua kantiana, são norteamentos dos quais não podemos abdicar, mas enquanto eles não se realizam a contento, embora se realizem parcialmente nas imperfeitas condições históricas de comunicação e tutela da paz, devemos profanar, desconstruir e provocar como atos que podem servir não apenas a uma fundamentação racional do discurso jurídico, mas constituir-se em uma meta-metodologia jurídica que se realiza como poder social efetivo, como ação política e cultural transformadora do direito através ante de tudo de um decisão livre, corajosa e efetiva do jurista de realizar mudanças nas instituições sociais.

Uma meta-metodologia que implique a reconstrução da norma de um ponto de vista provocativo das estruturas conservadoras, desconstrutor de instituições arcaicas de dominação e profanador do *ethos* saturado do mecanicismo e utilitarismo jurídicos do sistema capitalista. Afinal, a questão da interpretação do direito resume principalmente em qual paradigma metodológico se vai orientar a interpretação, como alerta Larenz (1997, p.520).

Dessa forma, a ultrapassagem constante, democrática, crítica e lúdica dos métodos remete a uma tomada de posição 'genial' (no sentido agambeniano) sobre o direito: além da forma, além dos procedimentos, agir com uma coragem estética de provocar e profanar as estruturas, mostrando a relatividade e limitação dos métodos, estatuindo a crítica das 'instâncias estruturadas' de produção do discurso jurídico (BOURDIEU, 2005, p.244).

A título de síntese: existencialismo, democratização discursiva, estética e crítica no direito

Desde Sartre (1999, p. 542), na senda do existencialismo heideggeriano, propugna-se pela autenticidade, pela originalidade do ser-aí e da sua reconstrução de sentidos num horizonte lingüístico-pragmático com implicações na esfera existencial enquanto liberdade primordial e essência de todos os fundamentos.

Autenticidade na era de extremas dificuldades de comunicação intersubjetiva é possível? É realmente viável o projeto de construção democrática e discursiva do direito a partir da radicalização da democracia comunicativa, como propõe Habermas? E na hipercomunicação não haveria precisamente a perda da autenticidade?

Genius, esteticidade e existência autêntica são privilégios de poucos, que realmente buscam elevar-se ao reino da criatividade, os aristocratas do espírito (Nietzsche-Sloterdijk) ? Ainda que o seja, não se pode desconsiderar a possibilidade do exercício das condições de criação e a própria abertura e democratização das condições de criação estéticas a todos.

Deve-se admitir as falhas e grandes limitações da comunicação interpessoal, mas, sem dúvida, que o ideal de comunicatividade deve buscar ser concretizado. Sem dúvida, a democratização da interpretação jurídica é fundamental, e a processualidade discursiva é parâmetro de ponta na construção da decisão racional enquanto consenso racional formado pela razão comunicativa (HABERMAS, 2002, p. 105).

Mas, e quando as condições de comunicação são imperfeitas, ideologicamente manipuláveis? Quando os valores são dominados por uma tão forte visão utilitarista que impede a visão dos interesses do todo? E quando as instâncias estruturadas de produção do discurso são ideologicamente dominadas por um paradigma que incita a desigualdade social? E os métodos insuficientes, estruturados por instâncias de produção dogmática ou mesmo crítica de discurso jurídico sem a necessária legitimidade social ou, o que é mais grave, sem eficácia para gerar transformações sociais efetivas?

Talvez surja, então, o desafio da criação como meta-metodologia jurídica dos juristas, através de um *genius* criativo, provocativo, profanador, que supere um *ethos* utilitário, insuficiente, alienado: modificar as estruturas da ortodoxia do capitalismo, profanando-as (Agamben) e desconstruindo-as (Foucault) implica coragem de não ser massa. Descontentando-se com a “religião do *oeconomimus*” enquanto ortodoxia estabelecida, o jurista renova a *traditio* do direito enquanto manutenção da retidão moral (*ethos* público) e do humanismo, não de um humanismo meramente epistolar e retórico que funciona como antropotécnica política de dominação (SLOTERDIJK, 2000, p.50), mas de uma *virtù* corajosa (Nietzsche) que demonstre a superioridade

do jurídico enquanto moralidade que perscruta a construção de uma justiça universalista (KANT, 2003, p.10) na pretensão de assegurar a todos os homens uma dignidade imediata, integral e efetiva, e às nações a paz perpétua enquanto ideal historicamente desejável.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. 2004. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo, Boitempo, 142 p.

_____. *Profanações*. 2007. Tradução de Selvino Assmann. São Paulo, Boitempo, 95 p.

BAUDRILLARD, J. 1990. *A transparência do mal: ensaio sobre os fenômenos extremos*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Campinas, Papyrus, 185 p.

BOURDIEU, P. 2005. *O Poder Simbólico*. 8. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 311 p.

FOUCAULT, M. 2002. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, Nau, 158 p.

HABERMAS, J. 2002. *Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada*. Tradução de Lúcia Aragão. São Paulo: Tempo Brasileiro, 111 p.

KANT, I. 2003. *Idéia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. Tradução de Rodrigo Naves e Ricardo Ribeiro Terra. São Paulo, Martins Fontes, 171 p.

LARENZ, K. 1997. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa, Calouste-Gulbenkian, 722 p.

LUHMANN, N. 1980. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília, Edunb, 201 p.

NIETZSCHE, F. 2000. *A Vontade de Potência*. In : Os Pensadores. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo, Nova Cultural, 464 p.

PRIBERAM. Acessado em:17/08/2008, disponível em: <http://www.priberam.pt>.

SARTRE, J. P. 1999. *O Ser e o Nada – ensaio de ontologia fenomenológica*. 7. ed. Tradução de Paulo Perdiggão. Petrópolis, Vozes, 732 p.

SCHELER, M. 1994. *Da Reviravolta dos Valores*. Tradução de Marcos Antônio Santos Casa Nova. Petrópolis, Vozes, 184 p.

SLOTERDIJK, P. 2002. *O desprezo das massas*. Tradução de Cláudia Cavalcanti. São Paulo, Estação Liberdade, 117 p.

_____. *Regras para o parque humano*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo, Estação Liberdade, 63 p.