

LIBERDADE, VIOLÊNCIA E DIREITO: QUESTÕES DE MEIOS E DE FINS, UMA LEITURA EM MICHEL FOUCAULT E EM WALTER BENJAMIN

FREEDOM, LAW AND VIOLENCE: ISSUES OF MEANS AND ENDS IN A READING ON MICHEL FOUCAULT AND WALTER BENJAMIN

Francisco Victor Macedo Pereira*

RESUMO: Uma compreensão histórico-genealógica do direito o caracteriza muito mais como filosofia pragmática de crise do que propriamente como uma ética – de características normativas, ou não –, a qual revela os aspectos trágicos da natureza humana, mas não algo com origem na ideia - transcendente e melhor do que o próprio embate entre necessidades e interesses.

Palavras-chave: Direito natural. Direito positivo. Ordem. Ontologia genealógica. Crítica histórica. Violência e liberdade.

ABSTRACT: A historical genealogy comprehension of law qualifies it much more as a pragmatic philosophy of crisis than as properly ethics – of normative characteristics, or not –, which reveals the tragic aspects of human nature, but no longer something with origins in the idea– transcendental and better than the own dispute between necessities and interests.

Keywords: Natural law. Positive law. Order. Genealogical ontology. Historical critics. Violence and freedom.

* Doutorando em Filosofia da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre e Licenciado em Filosofia Política pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Especialista em Estudos Clássicos, em Direito Processual Civil e em Processual Penal pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Professor de Filosofia e de Sociologia da Educação da Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. Advogado. Monteiro – Paraíba – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

As concepções tradicionais sobre o fundamento e o propósito do direito geralmente o apresentam ou como um conjunto de princípios incontrastáveis, pré-existentes algumas vezes ao próprio homem - aos quais estes só teriam acesso se fossem objeto de uma revelação divina ou de uma captação analítica através da razão - ou o confundem com o sistema lógico de normatividade, emanado do poder institucional. Tais pontos de partida, que ordinariamente comandam as tentativas teóricas de explicação do direito são, em si mesmos, obstáculos a uma compreensão político-histórica da dimensão do fenômeno jurídico, por abstraírem as condições socioculturais e espaço-temporais em que ele tem gerado e modificado os seus efeitos e dispositivos de força.

É bem certo que o fenômeno jurídico só existe objetivamente dentro da tessitura social, onde ele se origina e se desenvolve por diferenciação cultural e econômica, assumindo características específicas de exteriorização e de enunciação, de acordo com os enfoques teóricos, institucionais e de poder que o justificam e o possibilitam. Podemos dizer que, neste sentido, o direito busca estrategicamente perceber - para a um tempo delimitá-la e discipliná-la e a outro incitá-la e nela investir - a natureza das relações que ele, enquanto norma ordenativa, se propõe a regular, mediar, delimitar e, enfim, conter.

2 LEI E DIREITO

A lei, enquanto forma/fonte objetiva e positiva do direito, é apenas o momento prático, sintético e aplicativo da necessidade de ordem e de comando para distribuição e administração do poder e de seus efeitos - condição intrínseca ao próprio direito. A elaboração das leis submete-se ao resultado social das influências do sistema político-econômico e de suas forças dominantes em cada sociedade, às quais o direito jamais poderá estar isento, já que, institucionalmente, trata-se também de produto destas forças, de modo que, por seu turno, sua própria elaboração teórica e uma hermenêutica política de seus princípios não podem ser propriamente neutras ou categoricamente científicas, como querem alguns de seus investigadores. Para além disto,

está o fato de o direito receber contribuições dos mais diversos segmentos do conhecimento operante, que confluem definitivamente para a sua formação como norma ordenativa, seja ela legal ou dos costumes.

Alguns teóricos analisam o direito, então, apenas sob o aspecto de sua eficácia legislativa, medindo a legitimidade da norma jurídica por seu alcance atributivo e por sua correspondência com as estruturas do ordenamento e da realidade institucional que o poder, em sua expressão política, pretende delimitar, disciplinar, justificar e classificar como “jurídica”. O corpo normativo é considerado como expressão formal do direito, apto ele mesmo a avaliar a adequação de seus enunciados a proposições técnico-teóricas que sustentam como nota distintiva de validade e de segurança critérios e princípios essencialmente formais; como, por exemplo, o estabelecimento da coerência lógico-interna do sistema jurídico no tocante à funcionalidade de leis ordinárias e complementares, as quais disciplinam os efeitos umas das outras, face a uma ordem constitucional imanente; o que, na prática desse expediente notadamente político, consiste apenas em vigência formal de uma norma assegurada por uma outra, que lhe é, para além de uma hierarquia óbvia, estrategicamente superior. Para aquele que, no entanto, não deseje perceber o direito apenas como um expediente oficial de relações chanceladas pela ordem estatal, estes “critérios” são importantes para o empreendimento de uma genealogia histórica que demonstre os modos de construção e compositura dos poderes formal-institucionais.

2.1 O DIREITO, SUA TEORIA, SUA HERMENÊUTICA E A REALIDADE HISTÓRICO-SOCIAL

O que se há de notar é que, para além da coerência desse arcabouço técnico-formal, o direito é estruturalmente tratado como o problema social por excelência. No entanto, não podemos analisá-lo ante a compreensão histórica da formação da civilização contemporânea do consumo¹ como uma questão ou assunto a ser enfrentado epistemologicamente ou replanejado es-

1 PASOLINI, Pier Paolo. **Scritti Corsari**. Torino: Einaudi, 1975. p. 57. Pasolini – filósofo e cineasta italiano das décadas de 60 e 70 – é o intelectual local e atuante que, destacado das produções analíticas da verdade e do saber, é visto por Foucault como o crítico necessário às formações do poder no tempo presente. O filósofo descreve em seus *Escritos Corsários* e *Cartas Luteranas* a mutação antropológica da contemporaneidade em uma *civiltà del consumo*.

tragicamente, ou como alvo crítico-comunicativo de debates ou reserva de garantias políticas pelo qual se deve sempre lutar enquanto interessado legítimo. Antes, interessa tomá-lo como questão a ser percebida em uma perspectiva mais marginal, localizada a partir dos interstícios do tecido social que ele (direito - enquanto instrumento e efeito de poder) cimenta e tem a força de, a todo custo, regular, compor e pacificar, sob a justificativa de um interesse coletivo - arrojado ao epíteto de leis e princípios fundamentais. É este direito que, substancialmente, tem a finalidade de que sejam sempre retificados e homologados os accertamentos, as determinações, as circunscrições, as intenções e as condições sociais dos sujeitos jurisdicionados sob sua tutela.

É neste sentido que o direito deve, sim, ser compreendido como algo que nos é - a todos - inexorável, desde o nascimento até à morte, e ao mesmo tempo percebido como o fator mais perturbável de cada identidade, que nos conforma - enquanto os sujeitos que devemos ser - na medida das insígnias de cidadão, de trabalhador, de votante, de consumidor, de contribuinte, de devedor, de contemplado, de *de cujus...*, enfim, de tudo aquilo que institucionalmente se pode e se deve ser.

Que eu me explique melhor: os debates comunicativos da modernidade acerca do direito e de sua natureza social e o momento político-histórico contemporâneo do pós-guerra permitiram a ascensão das novas ordens constitucionais de garantias e de direitos fundamentais, as quais se apresentam como o melhor referencial para compreensão do direito enquanto aspecto de poder, posto que seja a partir dele - direito - que se passe ideologicamente a apontar e a criticar as inumeráveis condições institucionais estabelecidas pelas políticas instaladas na nova ordem dos Estados ante os indivíduos - seus tutelados. Ou seja, tratam-se as discussões jurídicas, os debates e o avantajamento dos novéis discursos da ordem socioeconômica - desde sua miséria microfísica até à subsunção de suas políticas globais - de ocasiões para o rearranjo das posições e a construção de novos discursos legitimadores das dominações e dos assentamentos diante do poder, agora com a necessidade de serem oxigenadores e democráticos, francamente em busca de equidade; de modo que, hoje, formalmente permitam destruir muito do dogmatismo que secularmente caracterizou a formação da jurisprudência e de sua asfixia.

3 COMPREENSÃO GENEALÓGICA DO DIREITO

A perspectiva do entendimento genealógico da composição do direito como fenômeno de poder, enquanto efeito e causa ele mesmo de fenômenos de poderes que se imantam nos feixes de interesses distribuídos nas formações sociais, permite que o tomemos como dispositivo possibilitador de inúmeros aspectos de (trans)posição da ordem e do comando na segurança das relações políticas ao longo da história, cuja formalidade e oficialidade são responsáveis por substanciar aspectos de dominação em modos legítimos e consentidos de organização dentro do processo impessoal da socialidade. É no convívio social que o direito estruturalmente promove a ascensão e o declínio adequados dos interesses das subjetividades, as quais, por seu turno, passam a desconcentrar e a redistribuir personificadamente o mesmo poder institucional imantador das ordens, das posições, das justificativas e dos assentamentos, de modo que apenas ele - direito - positivamente surja na superfície da ordem política como o discurso comunicativo do entendimento, das garantias e da transformação - mas como algo já formado.

3.1 REJEIÇÃO ÀS CONCEPÇÕES METAFÍSICAS E PRINCIPIOLÓGICAS

O que seja: não se pode, se se quiser compreender genealogicamente as regras positivas de formação da ordem e da verdade jurídicas, partir epistemologicamente de concepções suprassociais ou metafísicas formuladas *a priori* para sua analítica, ao contrário, temos de considerá-las, a partir das preleções de Foucault², como algo formado dentro das contingências históricas - politicamente específicas de cada sociedade. As transformações que interessam à compreensão das dinâmicas do poder são as de um direito visceralmente envolto com as condições efetivas de produção do espaço-tempo social, que constituam a medida por excelência de suas estratégias e de sua eficácia; jamais, então, o refinamento de suas técnicas legislativas, nem o avanço hermenêutico na disposição do ordenamento, do ementário jurisprudencial e dos textos constitucionais.

O direito que temos deve, sim, ser atacado duramente: mas a partir

2 *La vérité et les formes juridiques* – autour d'Œdipe. Dits et écrits, v.2, p. 538.

de seus elementos formadores, tomados como “antígenos” no mesmo corpo social em que se compõem as regras para liberdade, para validade e observância de seus enunciados, sendo vulgar e insensata a suposição de uma reviravolta das ordens institucionais a partir de discursos e ações alheios ao enfrentamento político das relações do poder intrínseco aos corpos social e juridicamente instituídos nessas mesmas ordens - por comunicativos e democráticos que sejam estes discursos e as ações por eles autorizadas.

Diante da disputa pela tutela jurisdicional que oficialmente só o Estado detém, deveríamos ter um posicionamento de busca por explicações abertas e vivas, fulcradas na consciência de nossas condições e limitações históricas e, por isso mesmo, de acordo com a realidade nem sempre racionalizável e a dimensão extremamente política de nosso enredo social. Em lugar de julgar e individuar de maneira líquida, certa e exigível os réus e os autores, dever-se-ia buscar a compreensão dos litígios para fora do palco das pretensões e desviar os jurisdicionados do discurso institucional das obrigações e da coercitividade prática de um rol de hipóteses.

Por tudo isso, não se pode considerar as normas jurídicas e as expressões do direito como algo dado, porque se sabe que elas são construídas. Deve-se, sim, querer saber que critérios axiológicos presidiram essa construção, a que interesses estão servindo e quais compromissos efetivamente traduzem. Essa disposição questiona, põe em xeque os princípios que regem a ordem jurídica, visualiza sua localização na história, e antes de retificá-los ou renová-los, desmobiliza-os, por desafiá-los antes de considerá-los razoáveis, democráticos, seguros ou racionais.

Impossível, portanto, apreender o que se diz enquanto direito dentro de um sistema de verdades evidentes, ou como expressão de uma ordem interna à natureza das coisas; ou ainda tomá-lo como a consagração de princípios válidos em si mesmos, em qualquer tempo e lugar, como se os indivíduos os encontrassem no interior de sua “própria consciência”, como tradicionalmente querem admitir alguns jusnaturalistas. Uma tentativa de compreensão do direito que preza por princípios apriorísticos e universais ignora o caráter histórico-social do status da juridicidade e inevitavelmente perde-se nos enunciados dos discursos que embotam as condições concretas em que o direito surge nas sociedades enquanto dispositivo indispensável à veridicção e

à ordenação do mundo humano, de suas relações e de suas formas.

3.2 TER RAZÃO SIGNIFICA, NATURALMENTE, TER DIREITO

Pelas tendências teóricas em que o direito é posto na esteira da moral, o seu fundamento - que lhe prescreve normas negativas de liberdade e de condicionamento social enquanto determinação legal - amarra-se ao pressuposto anterior de que há uma lei natural e imutável que se traduz como única possibilidade de existência e reprodução da vida humana justa em sociedade, inafastavelmente através da organização do Estado. Toma-se aí o fundamento do direito a partir de um universo caracterizado ao homem de forma interna, como algo que lhe seja anterior, podendo ser a lei o reflexo da inteligência divina, ou resultar da ordem natural das coisas, ou ainda advir da pura e imperiosa consciência do homem em seu dever de liberdade - fruto do criticismo kantiano -, ou mesmo remanescer de um instinto social. Percebe-se, então, que foi sempre através da razão que se pôde compreender a tendência do consentimento humano a algo que o ordene, ao qual ele pode e deve abrir mão, em favor de um bem generalizado, de uma soberania coletiva, que não o faça sentir-se instrumentalmente constrangido, mas amparado, justificado e “livre” - a ponto de, a partir desse algo, dever compulsoriamente pautar suas ações, sua formação e suas concepções de mundo social e culturalmente significado.

Advogam alguns teóricos que o Estado passa, a partir do aparecimento e do reconhecimento dos direitos, a ter um limite externo - poder de exceção dos direitos negativos. Tal limite impede que a ação do poder político seja exercida contra as garantias de liberdade dos indivíduos. Este limite externo é o que é exatamente tido por direitos naturais, natos aos indivíduos e que estariam ínsitos à natureza humana enquanto tal, independentemente de sua constituição histórica, econômica e cultural em qualquer comunidade política. A razão aí, portanto, não chega propriamente a trabalhar sobre realidades concretas; parece, sim, como uma reflexão por demais teórica, voltada para si mesma e, talvez, num processo de pura intuição, descobre no “interior da consciência” “princípios universais” dessa lei, válidos agora e para sempre.

Michel Foucault³ nos alerta que essa necessidade dos direitos naturais constituírem um limite ao poder do Estado, pelo fato do Estado ter de reconhecê-los e não poder violá-los, e pelo contrário dever assegurar aos cidadãos o exercício de sua liberdade é, na verdade, um imenso expediente discursivo, de natureza extremamente política, eis que: “a burguesia, desde a segunda parte do século XVIII, sobretudo antes da Revolução (francesa), tentou escapar ao historicismo ambiente reclamando uma Constituição, que não fosse justamente uma re-constituição das mesmas dinâmicas, mas fosse essencialmente, se não anti-histórica, pelo menos a-histórica. Daí, vocês compreenderem o recurso ao Direito Natural, o recurso a algo como o contrato social” (grifo nosso).

Tal burguesia dirigente dos racionalismos, dos constitucionalismos, dos apelos à consciência racional universal, e da efetivação da liberdade e da igualdade fundamentadas em direitos naturais relegados a todos os homens foi, no entanto, a mais reticente à história, envolvendo, a partir do discurso da igualdade e da justiça contratual, uma distribuição necessária e supostamente lógica do poder, apelando para o selvagem, para o contrato, a fim de esfumar a origem da ordem jurídica, justificar suas distinções e escapar à realidade histórica do ambiente de dominação onde especificamente atuava.

Essa liberdade em que todo o mundo, em que todas as pessoas hoje seriam ideologicamente iguais umas em relação às outras, sob o aspecto de um direito natural que lhes fosse comum, esse par “liberdade-igualdade” só pode ser na realidade algo ontologicamente sem conteúdo e extremamente falso para além de suas sínteses teórico-políticas, tendo sido imantado a partir de expedientes específicos das relações de poder desde então. Consoante nos assevera o mesmo Foucault: “O desejo geral de paz e de liberdade, a doçura do compromisso com a legalidade e com a democracia, a aceitação tácita da lei, longe de serem a grande conversão moral da sociedade, ou o útil calculado em que deram nascimento à regra, são apenas o seu resultado e propriamente falando a sua perversão. Falta, consciência e dever têm a sua emergência no direito de obrigação e; e em seus começos, como tudo o que é grande sobre a Terra, foi banhado de sangue”⁴.

3 FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 252.

4 FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1986. p.25.

4 DIREITO, LIBERDADE E VIOLÊNCIA

A liberdade jamais consistiu, é claro, em se impedir a invasão da “liberdade” dos outros, pois nesse momento já não haveria mais liberdade enquanto valor a ser objetiva e politicamente assegurado. Foucault nos explica que o estabelecimento e a segurança de “tal liberdade consiste em poder tomar, em poder se apropriar, em poder aproveitar, em poder comandar, em poder obter a obediência. O primeiro critério de liberdade é poder privar os outros da liberdade”⁵.

Na verdade, tal distinção do direito natural racional e político-contratual como pressuposto teórico garantidor, em um Estado constitucional, da liberdade individual até o presente compatibiliza justamente a impossibilidade da igualdade entre os indivíduos, na medida em que a primeira expressão da “liberdade” é, justamente, a invasão da “liberdade” dos outros. O Professor do Collège de France nos fala desta “liberdade”, à custa do título da igualdade e baseada no discurso de uma natureza comum entre os homens, como algo “que vai se exercer pela diferença, pela dominação, pela guerra, por todo um sistema de relações de força. Uma liberdade que não se traduz numa relação de força desigualitária só pode ser uma liberdade abstrata, impotente e fraca, ou seja, um ideal, um referencial teórico-discursivo”⁶.

Caso admitíssemos que o direito natural tivesse efetivamente existido em um dado período genético da sociedade humana, de certa forma no momento fundador da história, e que fosse um direito-contrato em que as pessoas seriam livres e iguais, a fraqueza dessa liberdade seria imensa, já que não passaria precisamente de uma liberdade abstrata, fictícia, sem conteúdo efetivo. Desse modo, ela só pôde mesmo é ter desaparecido diante da força histórica de uma liberdade que funciona como desigualdade e exceção. E se é verdade que existiu em algum lugar, ou num instante qualquer, algo como essa “liberdade natural”, como essa “liberdade igualitária”, como esse direito natural, ele não pôde ter resistido à lei da história, que faz com que a liberdade só seja forte, só seja vigorosa, só seja aclamada e só seja plena, se for a liberdade de alguns, garantida às expensas dos outros, e somente em uma sociedade que opere a partir de desigualdades essenciais.

5 Op. Cit., 1986, p. 187.

6 FOUCAULT, 1999, p. 252.

O jusnaturalismo racional, por sua configuração teórico-política, privilegia excessivamente a razão na elaboração de um sistema de pensamento jurídico que se fecha em si mesmo. Dentro da concepção de um direito suprassocial, o estabelecimento das regras jurídicas é desligado das condições em que o homem efetivamente vive e se associa e, por isso mesmo, a realidade social deve ser obrigatoriamente autorizada em limites que são debuxados pela dominação de um sistema de inclusão-exclusão que parte do envolvimento de seus componentes em normas que só podem ser apresentadas de forma geral e abstrata, a despeito da especificidade estratégica de seus enunciados.

4.1 O DIREITO E SEU FUNDAMENTO DE JUSTIÇA

Como já denotamos, essa concepção de um direito natural, que patenteia os princípios fundamentais da ordem constitucional moderna entre os sujeitos-cidadãos e um poder originário efetivou-se como se a matéria e as relações materiais de produção da vida não coexistissem, sendo consideradas não a partir de um determinado condicionamento social histórico, mas por um eterno “estado de natureza” ou estrutura formal indissolúvel da razão, que descreve o “fenômeno do direito” mais como uma pura justaposição antissocial dos indivíduos, do que como uma realidade sociológica, a ponto de, em verdade, o jusnaturalismo racional romper com a escolástica e substituí-la por uma outra “metafísica”, justaposta à necessidade de novas convicções de ordem na esteira dos interesses de poder. De fato, o direito natural ou a justiça racional não se baseiam na natureza humana, pois não há como se conhecer a essência dessa natureza e, na prática, nem a do sentimento jurídico, que é algo culturalmente bastante difuso e historicamente contingente. Epistemologicamente, ninguém poderia dispor de uma convicção tal que permitisse uma coordenação direta de todas as necessidades dos indivíduos⁷.

O verdadeiro fundamento do direito natural, tido como substrato do querer entrelaçante entre vontades na sociedade não é, a um só tempo, nem uma ideia que garanta a justiça, nem a convivência dos indivíduos, nem a

7 TEIXEIRA, Francisco J.S. **Neoliberalismo e Reestruturação Produtiva**. Fortaleza: UECE, 1996. p. 232.

liberdade de cada um, mas antes um discurso que conjuga a incoerência ante a incapacidade e a necessidade prática dos desdobramentos do poder de unir esses elementos. É, assim, no dizer de Michel Foucault, “uma insatisfação a partir da sensação de injustiça e da idéia de sua antítese - a justiça; como se essa fosse uma forma pura que indicasse para onde dever-se-ia guiar o querer social em cada momento de sua história”⁸.

Daí a existência de ideais jurídicos variados, apenas representando - cada um a seu turno, modo e tempo - um direito que seja o justo diante das condições sociais em que o ordenamento “de direito” é elaborado. O direito natural subsiste, assim, enquanto ideia eterna que sempre traduzirá a justiça, sendo seu conteúdo transmutado em cada enxerto da história, não de forma concreta, mas como meio dos diversos direitos “justos” a que se deve aspirar em cada momento de contingência histórica e cultural.

O que interessa no discurso ideal do direito natural é o direito que “deve ser”, deontológico, principiológico, propedêutico e fundante; ou seja, o direito mais justo pelo qual se deve lutar sempre: inefável, senão imponderável; mas não propriamente o direito que de fato existe e que constrange - enquanto expediente social específico de poder - as condições concretas das relações da vida. Direito que, pelas estratégias discursivas, é apenas tomado como dispositivo garante para a satisfação da ansiedade dos estados de consciência coletiva, sempre como um bom motivo para os projetos e debates legislativos dos que representam este poder autêntico e original - não por suas origens, mas por sua astúcia e genialidade.

Neste ponto, o direito assume a dimensão de um valor cultural em que devem estar presentes indagações sobre o seu sentido e o seu fim, a partir das quais o seu *status* orgânico e oficial de única expressão possível do ideal de justiça - a que devemos, na prática, nos oprimir - tem de ser questionado, ante a recorrência histórica e a imposição da ordem de caráter moral e institucional. Ponha-se, então, fim ao anátema de que irrestritamente seja o fundamento do direito a justiça, criticando-o por seus limites e fins fundamentalmente políticos e propositadamente alienados à mediaticidade remota dos ideais da vida em sociedade.

Os valores de “justiça”, no fim sempre relegados a institutos formais

8 FOUCAULT, 1986, p. 153.

de segurança e de certeza, factíveis e apropriáveis pela normatividade estatal, padronizam o entendimento entre os indivíduos, prestam-lhes uma falsa tutela satisfativa e genérica, que lhes enreda na dimensão de problemas e de consequentes ordens de soluções que parecem não ter tido origem em uma causa social, mas somente na litigiosidade abstrata das relações que se admite e que se espera potencializar formalmente entre os sujeitos, de tal modo que as suas necessidades, todas sejam resumidas em meros acertamentos - tributários aos expedientes oficiais e procedimentais do Estado para a composição da vida em sociedade.

Algumas vezes foi a reação contra a jurisdição positiva e carecedora de princípios, outras, ao contrário, a observação de uma conformidade entre regras jurídicas de diferentes instâncias e tempos que induziu os teóricos do direito à postulação da existência de uma justiça que fosse superior à ordem social historicamente formada. E, quanto aos modos em que foi demonstrada a autoridade do direito, procedeu-se sempre com argumentos ora teológicos, ora puramente racionais - mas todos dados *a priori*, necessários somente a partir de suas próprias medidas. E diversas foram igualmente as maneiras de concepção das relações entre os ditames do justo natural e as normas jurídicas positivas, segundo o momento histórico, conforme a realidade dos entraves políticos.

Esse *a priori* a fundamentar a instância da ordem jurídica é “aquilo que numa dada época recorta na experiência um campo de saber possível, define um modo de ser dos objetos que aí aparecem, arma o olhar cotidiano de poderes teóricos e definem as condições em que se pode sustentar sobre as coisas um discurso reconhecido como verdadeiro”⁹.

O entendimento das relações entre direito e justiça dá-se em conformação com cada um dos elementos do ordenamento jurídico vinculados aos seus fins e meios ante o verdadeiro e o racional, mediante o enfrentamento e ao mesmo tempo utilização dos expedientes de violência, que em sua forma institucional convertem-se em coação específica e legal. Foucault, em sua obra *Microfísica do Poder*, afirma-nos que: “a violência é entendida apenas como meio e poderia parecer que o critério da sua crítica seja dado sem nenhuma intenção, que não a de legitimação da ordem institucional”¹⁰.

9 FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 219.

10 Idem, 1986, p. 244.

4.2 DIREITO E VIOLÊNCIA: QUESTÕES DE MEIOS E DE FINS

A violência e seus expedientes significam, no entanto, algo para além da autoridade, da coercitividade e do direito do Estado. Isso se evidencia ao poder considerar-se a violência, em cada caso específico, como meio a fins justos ou injustos, apesar de seu limite dever estar implicitamente entendido em um sistema de fins justos e garantidores de uma liberdade e de uma ordem gerais. Entretanto, as relações a partir do direito não se dão dessa forma, pois a violência não é tomada como princípio, ao contrário, o discurso é de preservação da liberdade e da paz social, em que a ordem, paradoxalmente, estabelece critérios para aplicação da violência.

A violência, como exceção à liberdade na esfera das relações públicas, é definida pelos conceitos de direito e de justiça, sendo legítimo o seu uso apenas como meio para consecução racional do direito, não como um fim em si mesmo. No entanto, a questão é se, em cada caso específico, ela é meio para fins justos ou injustos. A sua crítica seria, portanto, desde já contida em um sistema pressuposto de fins justos, daí a necessidade, defendida por Foucault, de uma hipercrítica da ordem jurídica - a qual só se faz possível quando nos desvencilharmos da condição de assujeitados à tutela e à proteção dessa mesma ordem. A violência, destarte, não é considerada como um princípio em si mesmo, mas a partir do critério dos casos em que deve ser aplicada.

Esse desdirecionamento considerativo da violência à instância de meio para fins justos serve de exata exclusão preliminar de sua crítica e repousa, por exemplo, sobre a convicção de um “direito natural” que, a despeito de todo o seu aparelho de coerção, garante a “soberania do povo” e a segurança de “direitos e garantias fundamentais” das pessoas. “Através do emprego de meios violentos para fins justos, desmerece-se o problema do homem diante do direito de dirigir o próprio corpo em direção à meta que tende. Segundo a concessão jusnaturalista (que serviu de base ideológica ao terrorismo da Revolução Francesa), a violência é um produto natural, para assim dizer uma matéria-prima, cujo emprego não levanta problemas de tal tipo, porque não se abusa da violência para fins injustos”¹¹.

11 Op. Cit., p.257.

Sim, na teoria jusnaturalista do Estado as pessoas se despojam de toda autoridade - relativamente à violência - em favor de um governo soberano, que se torna o detentor exclusivo do uso da força; isso acontece com base no pressuposto de que o indivíduo singular, enquanto tal, e anteriormente às conclusões desse contrato racional, exercita por direito cada poder que detém, ou pelo qual - de fato - é detido. “Talvez estas ideias de concessões tenham sido reavivadas, seguidamente, a partir da biologia darwiniana, que considera, de modo dogmático, juntamente com a seleção natural, a violência como meio originário e adequado a todos os fins vitais da natureza. A filosofia popular de Darwin demonstrou como é fácil passar deste dogma da história natural ao dogma ainda mais grosseiro da filosofia do direito, através do qual a violência, que é quase exclusivamente adequada a fins naturais, seja por isso mesmo também juridicamente legítima”¹².

4.3 POSITIVO X NATURAL: A CONTINUAÇÃO/LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA POR OUTROS MEIOS E FINS

A esta tese jusnaturalista da violência como dado natural se opõe diametralmente aquela do direito positivo, que admite o poder histórica e politicamente determinado para composição dos litígios da vida em sociedade. Como o direito natural pode julgar cada direito existente somente na crítica de seus fins, o direito positivo, por sua vez, pode julgar cada direito somente a partir da crítica de seus meios. Se a justiça é o critério dos fins, a legalidade é o critério dos meios. Entretanto prescindindo desse contraste, as duas “escolas” encontram-se em um dogma fundamental comum: fins justos podem ser atingidos por meios legítimos; meios legítimos podem ser empregados para fins justos. O direito natural tende a “justificar” os meios com a justiça dos fins, o direito positivo, a “garantir” a justiça dos fins com a legitimidade dos meios.

A antinomia se revelaria insolúvel onde se demonstrasse falso o pressuposto dogmático comum, pelo qual os meios legítimos de uma parte e os fins justos da outra são, entre eles, um contraste irreduzível. Entretanto, não se poderá jamais chegar a esta compreensão até que não se abandone tal

12 *Per la critica della violenza*, p. 42.

círculo e não se perceba critérios reciprocamente independentes tanto para “fins justos”, como para “meios legítimos”.

A questão dos fins e também o problema do critério de justiça ficam, a princípio, excluídos dessa discussão, sendo mais importante o problema da legitimidade dos meios que constituem a violência oficial e autorizada. Os princípios jusnaturalistas não podem decidir esse problema, mas somente levá-lo a uma casuística sem fim. Pois se o direito positivo é cego pela incondicionabilidade dos fins, o direito natural é cego pelo condicionamento dos meios. Em suma; “se o critério estabelecido pelo direito positivo através da legitimidade da violência pode ser analisado somente segundo seu significado, a esfera da sua aplicação deve ser criticada segundo o seu valor”¹³. Por esta crítica, trata-se de encontrar um critério externo, tanto à filosofia positiva do direito, quanto ao direito natural.

O significado da distinção da violência em “legítima” e “ilegítima” não é, no entanto, evidente. É necessário enxergar o equívoco jusnaturalista através do qual aquele significado constituir-se-ia na distinção entre violência para fins justos e injustos. Ao contrário, já se afirmou que o direito positivo exige de cada poder um atestado de sua origem histórica, que implica, em certas condições, à disposição de sua sanção e sua legitimidade. O reconhecimento, pois, de poderes jurídicos se exprime - em seu modo mais concreto, pelo menos - na submissão aos seus preceitos como princípio, e na passividade dos jurisdicionados a seus fins - como critério hipotético da validade que suas autoridades necessitam representar ante a presença ou a falta do reconhecimento de sua positividade. Os fins que faltam a este reconhecimento chamar-se-ão fins naturais, os outros, fins jurídicos... E as diversas funções da violência, segundo sirva a fins naturais ou a fins jurídicos, podem mostrar-se de modo mais evidente sob a escol de um sistema de relações jurídicas determinantes, a interesse e a carga de uma ordem, por assim dizer, constitucional.

Essas relações jurídicas são caracterizadas, no que diz respeito ao indivíduo como sujeito de direito, pela tendência de não admitirem fins naturais aos indivíduos em particular, em todos os casos em que estes fins possam ser perseguidos coerentemente com a violência. Vale dizer que o ordenamento jurídico tende, em todos os campos nos quais os fins de pes-

13 Ibidem, p.46.

soas particulares podem ser perseguidos coerentemente com a força, a estabelecer fins jurídicos que somente podem se realizar através da atuação do poder jurídico institucional.

Desta máxima, obtém-se que o direito “considera a violência nas mãos da pessoa particular como um risco ou uma ameaça à ordem, mas não a ponto de frustrar os fins jurídicos e as sanções do Direito, porque em verdade não condena a violência em si mesma, mas somente aquela voltada para fins antijurídicos”¹⁴.

A violência, quando não está em posse do direito, representa - somente por esta causa - uma ameaça; não propriamente pelos fins que ela persegue, mas simplesmente por sua existência fora do direito - que é a nota distintiva e autorizadora do exercício do poder e da legitimidade de seus efeitos. A razão pela qual a violência pode parecer tão perigosa ao direito - a ponto de ser temida - aparecerá lá onde a ela é ainda permitido manifestar-se (também segundo o ordenamento jurídico atual) para além do direito de punir estatal: nas manifestações públicas, na forma do direito de greve garantido oficialmente aos trabalhadores, na liberdade de expressão, na desobediência civil, etc. Uma das características da apropriação do uso da força na forma política do Estado “democrático de direitos” é, de fato, uma duplicidade na função da violência, haja vista a previsão de seu uso - para além das hipóteses admitidas de repressão - em fins produtivos, como, por exemplo, através da formação do serviço militar obrigatório, da obrigatoriedade do voto, do ensino fundamental, da necessidade do registro da propriedade, da indisponibilidade de alguns direitos e garantias tidos como fundamentais, etc.

4.4 A VIOLÊNCIA E A ENUNCIAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA ENQUANTO DESTINO DE LIBERDADE

O militarismo, e ordinariamente o poder de polícia, nesta extrema condição, representam a obrigação do emprego universal da violência como meio aos fins ordenadores do Estado de direitos. Consistem em um emprego da violência como meio a fins jurídicos, pois a submissão dos cidadãos à

¹⁴ Op.cit, p. 119.

lei, ao serviço militar obrigatório, à intervenção fiscalizadora se dá por um fim estritamente jurídico. Se aquela primeira função da violência pode ser definida como criadora de direito, esta segunda é a que o conserva. E na medida em que o serviço militar e o poder de polícia são casos de aplicação da violência conservadora do direito, uma crítica sua verdadeiramente eficaz não é tão fácil, como gostariam de fazer crer as declarações dos pacifistas, dos ativistas e mesmo dos anarquistas.

Mais importante seja, talvez, notar que também o chamado que tantas vezes se fez ao “imperativo categórico” - com seu programa mínimo, mas indubitável, de agir de modo a tratar a humanidade (seja na própria pessoa, seja na de quem quer que seja) sempre como fim e nunca somente como meio - não é por si suficiente a esta crítica, pois o direito positivo, onde é conhecedor de suas raízes, pretenderá reconhecer e promover os seus efeitos de dominação a partir da pessoa de cada indivíduo singular, particular; ou seja, exatamente no *locus* em que o poder se aplica, se ramifica, se institui, multiplica e, por fim, se realiza e se especializa: na consciência subjetiva dos corpos individuais.

O interesse disto está na exposição e na conservação de uma ordem supostamente estabelecida pelo destino, nos diz Walter Benjamim¹⁵. E ainda “se esta ordem, que o direito afirma com a intenção de proteger, não pode fugir à crítica, permanece, todavia, impotente no seu confronto cada contestação que se proponha somente em nome de uma “liberdade” uniforme, sem estar em condições de definir qual seja essa ordem superior de liberdade, que é o destino”.

E ainda mais impotente converte-se o direito que não contesta o ordenamento jurídico em todas as suas partes, mas em leis particulares ou em costumes jurídicos dentro de uma atuação de poder político previamente estabelecida (natural), que toma tudo sob a sua custódia, e que, de resto, consiste nisto de que existe um só destino, e que exatamente isto que existe e, sobretudo, isto que ameaça/é ameaçado pertence irrevogavelmente ao seu ordenamento, exatamente porque o poder que conserva o direito é aquele que o ameaça e a sua ameaça não tem um sentido de intimidação, como muitos interpretam, mas de incitação, de autorização positiva de efeitos,

15 Op.cit, p. 55.

que no melhor da história das razões discursivas até o presente não foram senão loquazes buscas por liberdade e por justiça.

Da intimidação, em sentido próprio, faria parte uma precisão, uma determinação que contradiz a essência da ameaça e que nenhuma lei pode alcançar, porque subsistiria sempre a possibilidade não-lógica de fugir ao seu alcance. Entretanto, ela aparece ameaçadora como o destino, do qual, de fato, independe a incorrência, ou não, do sujeito em seus preceitos hipotéticos, haja vista que disjuntivos e invioláveis em seus fins institucionais, no horizonte difuso da ordem e da liberdade.

4.5 O MÁXIMO PARA O DIREITO: O CASO ESPECÍFICO DA PENA DE MORTE, ANALISADO POR BENJAMIN

O significado mais profundo da indeterminação da ameaça jurídica e da sua validade onipresente enquanto ordem para a liberdade aparecerá somente na posterior análise da esfera do destino, da qual ela deriva. Uma preciosa referência a esta esfera se encontra no campo das penas, das quais - quando foi colocada em questão a validade do direito positivo - a possibilidade da pena de morte é a que infunde, mais que qualquer outra, uma forte crítica. Ainda que seus argumentos tenham sido, na maior parte dos casos, qualquer coisa - menos decisivos -, decisivos foram e permanecem os seus motivos: “Os críticos da pena de morte sentiram, talvez sem saber explicar e provavelmente sem ao menos querer sentir, que a sua oposição não contesta um específico grau de pena, não ataca determinadas leis, mas o próprio direito em sua origem, pois a sua origem é a violência e a violência é coroada pelo destino. É lógico supor que, no poder supremo, de vida ou de morte, onde o destino aparece no ordenamento político, as origens deste ordenamento aparecem representativamente na sua realidade atual e se revelam assustadoramente. Com isto concordam que a pena de morte, em condições jurídicas primitivas, é aplicada também a delitos como violações de propriedade para os quais parece absolutamente desproporcionada”¹⁶.

O seu significado, portanto, não é o da punição de uma infração jurídica de acordo com o seu critério de justiça localizado na história, mas sim o

¹⁶ Op.cit, p.184.

da instituição de um direito ulterior ao máximo de toda coação possível, pois no exercício do poder de vida ou de morte o direito se confirma enquanto autorização última para o uso do poder, mais que em qualquer outro ato jurídico. Entretanto, neste exercício, uma sensibilidade mais desenvolvida percebe - com uma máxima clareza - algo deteriorado no interior da própria segurança jurídica, que se sabe infinitamente distante da condição na qual, em um ato similar, o destino seria demonstrado. Quanto mais o intelecto procura refazer-se de tais condições e evidências, mais é conduzido ao termo da crítica da violência, que se coloca como princípio conservador do próprio direito: pelo fato de ser seu autêntico fundamento. Prova é que ele mesmo - o direito - e a política que ele arquiteta não expressaram, até aqui, outra coisa senão a continuação da guerra que, em todos os tempos, foi a mais exuberante característica da humanidade - ainda que por outros meios, a despeito de todos os meios; inalterados, no entanto, os seus fins de dominação e de violência - em nome e em favor da garantia de uma ordem e de uma segurança que, no inventário da história, se efetivaram sempre, quando não em banhos de sangue, na exploração incondicional da vida de muitos.

Portanto, cada violência é, enquanto meio, poder que põe ou conserva o direito. Se não pretende a nenhum desses dois fins, renuncia a si mesma qualquer validade e converte-se em ilegalidade. Entretanto, cada violência consegue, como meio, também participar da positividade do direito em geral. E se ainda neste ponto da questão o significado desta problemática não se deixa individuar com certeza, o direito aparece, depois de tudo o que se disse, em forma de uma luz moral ou de uma descendência ética tão equívoca, que aparece espontaneamente a pergunta: Para se compor interesses humanos não existem outros meios senão os violentos?

5 CONCLUSÃO

Tal pergunta nos obriga, antes de qualquer coisa, a constatar que o regulamento e a contenção dos conflitos não pode jamais terminar em um contrato jurídico. Isto porque, ainda que tenha sido concluído pacificamente entre os contraentes, o acerto jurídico das vontades conduz sempre, em última instância, a uma possível e prevista situação de violência, haja vista

conferir a cada parte o direito de recorrer à força, uma contra a outra - ainda que por um intermediário, legitimado e autorizado pelas condições de poder específico em cada ordem -, no caso de uma delas violar-lhe os preceitos ou frustrar-lhe as previsões. E não somente isto; como resultado, também a origem de cada contrato reenvia à violência enquanto potencial ameaça.

Tal discurso da ordem a partir dos direitos e suas finalidades privilegia e ressalva sempre a mediação e a segurança social, ao contrassenso de que a segurança sempre seja realizada sem prejuízo da justiça, sobretudo no que concerne aos ditos direitos fundamentais, aos quais, como parte nesse rito, é atribuído um valor sagrado e absoluto, sendo exatamente até a previsão e a exigência do cumprimento destes direitos que se pode, de forma perfeita, tolerar a redução da justiça em seu sentido estrito; ou seja: nos casos em que tal redução seja essencial para assegurar, em meio às relações sociais, a forma, a certeza e a segurança dos negócios jurídicos perfeitos e dos direitos adquiridos, indispensáveis ou não.

A grande justiça que realiza o ordenamento jurídico na manutenção da segurança e da ordem pública é a de, antes de tudo, garantir sua própria existência, porque, exatamente para constituir-se, o direito - natural ou positivo, tanto faz - necessita de elementos distintos conjugados ao nível do mesmo discurso de exigibilidade e de verdade, autorizador das execuções da violência e do poder. Quais sejam: a própria ideia de justiça como fim último, enquanto destino imponderável de liberdade, para quem ele é meio - ao extremo -, e a de segurança ou paz social - da qual ele se apresenta como único garante.

Neste ponto, a discussão teórica do direito faz-se envolver na forma de debate político, faz residir sua existência no fato de que ele se constitui como obra humana de hermenêutica falível e é resultado da realização dos valores da vida em sociedade, circunstanciados nas formas históricas e no desenrolar dos problemas comuns. No entanto, não é autêntica a assertiva, galgada epistemologicamente, de que o direito, sua teoria e sua ciência legislativa, serão sempre um ensaio para se converterem na própria justiça, um enredo pacífico e ordenado para o ajustamento social; ao contrário, é no interior da cultura e da política que o direito encontra sua região própria e contraditória, mantendo-se autonomamente como expressão da vida hu-

mana objetivada, isto é, para além das relações constituídas da forma mais intensa e plena na vida em sociedade.

O direito é caracterizado, assim, como um fenômeno complexo, atento às reações, mas ao mesmo tempo apegado a uma forma que é a sua própria, com vistas a uma finalidade que ele mesmo afirma ser a da ordem e a da segurança comum, mas que é, antes de tudo, a justificativa de seus meios, que são expedientes de violência e de poder que tomam forma na sociedade através de uma tendência secular à codificação e ao controle, desde as primeiras tentativas liberalizantes das instituições no campo dos contratos de vontades até a realização da heteronomia do mando, que por tradição política se chama “liberdade” nas novas ordens constitucionais.

No âmbito dessa heteronomia, o direito vai se referir ao “eu socializado”, denominando-se ele próprio como condição inexorável para a sociabilidade; ou seja, exortando a possibilidade, que somente ele possui, de impor regras, ainda que de maneira forçada (garantida), para o convívio em liberdade. Todas as contribuições do direito, em seu âmbito teórico, a esse conceito de liberdade foram, portanto, essencialmente formais, aquém da dimensão material onde a dignidade e o exercício da inteligência dos homens de carne e de sentimentos se processam. Jamais o direito nasceu - senão em um perdido “estado de natureza” - espontaneamente sem a intervenção do legislador, sendo a última coisa que ele representa a “vontade natural” dos homens, como “seres da natureza”.

A íntima ligação que pudesse existir entre direito e consciência coletiva foi ultrapassada pela própria existência do direito institucional, quando este viu em um degredado interesse comum, mais do que forças instintivas, a própria ideia de fim, como algo supostamente percebido e eleito independentemente pela vontade humana, pronto a ser controlado, autorizado, contido, enfim, legalizado e condenado à liberdade pelo preceito de cumprimento de sua inscrição. Tomou a matriz legalista exatamente daí o exato ponto estratégico para consolidar a autopoiese das normas que encerram a necessidade de segurança e de ordem, a ponto de induzir o pensamento social a postular critérios sempre a partir da existência do direito; de modo que independessem as reações sociais contra ou a favor da justiça positiva, dada a sua institucionalização como única observação possível para solução dos conflitos.

Com a ascensão das ordens constitucionais democráticas da contemporaneidade, converteu-se, definitivamente, em superior a necessidade de composição e conjugação dos problemas em um âmbito mediador-racional, segundo o qual se demonstre a autoridade e a supremacia da ordem e da paz social soberanas a partir de ditames gerativos, sejam eles do direito natural ou simplesmente da juridicidade; de modo a não mais importar o momento histórico em si, o fundamento de sua ordem e a prática política a ela inerente, mas apenas a orientação apropriativa cabível à cada tensão, haja vista já ter se convertido em algo imprescindível à humanidade acompanhar, para além das notáveis diferenças do justo e do injusto, a ideia do direito e da composição em respeito à ordem e à paz intransigíveis enquanto destino histórico certo da humanidade.

O direito, assim, nunca mais precisou reprimir, perdeu todo o seu aspecto de opressão, bastando para cominar-lhe tanta admoestação apenas a comoção discursiva dos doutrinadores e o apelo popular para os seus princípios gerais de equidade, justiça e finalidade social. As conclusões de paz e as promessas em cada ordem de entendimento celebrado entre os sujeitos tornaram-se um consenso, para além da dissimulação e da peculiaridade de qualquer conflito, seja de qual natureza for, importando somente o acatamento e o entendimento sob sua mediação racional, além da manutenção de sua ordem.

A realidade diante das dificuldades da vida material justifica o surgimento da teoria dos direitos como um discurso hábil a apoiar-se na ânsia de uma unidade face aos conflitos e às diferenças, capaz de conectar os termos das disputas sobre os bens da vida em uma opção melhor aos litígios, mas, ao mesmo tempo, empenhada em seus próprios termos, ágeis na emulação para fora dos motivos de instalação do combate. Uma compreensão histórico-geneológica do direito o caracterizaria, então, como filosofia pragmática de crise, revelando os aspectos trágicos da natureza humana, e não como algo com origem na ideia, transcendente e melhor que o próprio embate entre necessidades e interesses: “Eu creio que o discurso da História, essencialmente ele e quase só ele, é que fizera do direito o analisador principal, e quase exclusivo, das relações políticas; e não o discurso da teoria política (com seus contratos, seus “selvagens”, seus “homens das pradarias” ou “das

florestas”, seus “estados da natureza”, “a luta de todos contra todos”, etc.); não foi isso, foi o discurso da História”¹⁷.

As variações de caráter que apresentam o direito natural em seu percurso histórico, ora reacionário e conservador, ora revolucionário e progressista, nada mais são, portanto, do que reflexos teórico-discursivos das posições dos sujeitos e suas relações em períodos diversos de arranjo do poder na grande História, conforme nos explica Foucault, segundo a ordem e a segurança exigidas historicamente para a produção positiva dos mecanismos institucionais da política e dos saberes. Tão eficazes estes dispositivos do assim chamado direito natural - porque indiscutíveis e desviados na imediatez da pacificação - que tanto o homem democrático quanto o totalitário tiveram igual necessidade dessa compreensão jusnaturalista.

Nada mais natural, portanto, que a ideia de “direito natural” se complete, sempre que politicamente possível, com a realidade de sua existência positivada, sem perder seu sentido original. Seu objetivo é realizar sempre a noção de justiça, a qual historicamente tem servido em constante regularidade como discurso oficial; sendo a liberdade o seu grande valor, como telos abstrato da vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Walter. **Violenza o non Violenza**: per una critica della violenza. Milano: Linea d'Ombra, 1992.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

_____. **Em Defesa da Sociedade**. Tradução de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **As Palavras e as Coisas**. Tradução de Salma Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁷ FOUCAULT, 2001, p. 219.

_____. **Dits et Écrits**. Paris: Gallimard, 1994. t. 2.

MARQUES, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PASOLINI, Pier Paolo. **Scritti Corsari**. Torino: Einaudi, 1975.

TEIXEIRA, Francisco J.S. **Neoliberalismo e Reestruturação Produtiva**. Fortaleza: UECE, 1996.

Correspondência | Correspondence:

Francisco Victor Macedo Pereira

Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, Campus Monteiro, Rua Abelardo Pereira dos Santos, 131, Centro, CEP 58.500-000. Monteiro, PB, Brasil
Fone: (83) 33512970.