

Lei, Ordem e Violência

Willis Santiago Guerra Filho

Livre Docente em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pelo IFCS-UFRJ. Professor Titular da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor dos Programas de Pós-Graduação “stricto sensu” em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Escola Paulista de Direito e Universidade Candido Mendes. Pesquisador da Universidade Braz Cubas.

Em texto intitulado “O Sagrado Selvagem”, publicado em obra homônima (Ed. Cia. Das Letras, 2006), o antropólogo francês Roger Bastide, outro dentre diversos que estiveram no Brasil pesquisando e lecionando, principia fazendo alusão ao dito de Nietzsche, sobre a morte de Deus, como sendo já praticamente o mesmo daquele que à época (o texto é oriundo de uma palestra proferida em 1973) se associava a Michel Foucault, sobre a morte do Homem, quando a voga estruturalista fazia eco a pronunciamentos como o de Heidegger, em sua célebre carta a Jean Beaufret, asseverando o despropósito e a impertinência do humanismo. Que o anúncio da morte de Deus (e da religião) correspondesse ao anúncio também da morte do Homem (e do humanismo), para Roger Bastide, seria “lógico, já que o homem só se constitui como homem através de sua relação com os Deuses”.

E, de fato, é o que constatamos, se recorremos ao que nos ensina a antropologia, uma ciência, derivada da filosofia moderna – logo, pós-cristã, isto é, posterior e condicionada ao advento da subjetividade humana, referida ao Deus interiorizado e encarnado do cristianismo -, que tem como pressuposto fundamental a unidade do gênero humano, para sair em busca de regularidades incidindo sempre que estejamos diante dele, ou seja, de formas de se ser humano, como nós, ainda que se pareçam tão diversas.

Em todas as formas de organização social – e o humano só se manifesta e prospera em alguma delas – tem-se a presença do que para os seus componentes seria sagrado, índice de uma presença não-humana, a ser

reverenciada, como divindade. Na esteira de René Girard, autor de “A Violência e o Sagrado”, tal como Michel Serres (em “O Incandescente” e, de uma outra perspectiva, Lévinas, em obra cujo título já indica a distinção proposta: “Do sagrado ao santo”), é preciso distinguir, no que é tido como divino e sagrado, a sacralidade e a santidade. O sacro é, literalmente, o excluído, o separado, mantido de fora do que é comum, profano – isto é, restrito aos que têm acesso ao lugar em que, secretamente, se pratica ritos iniciáticos -, e uma tal segregação pressupõe o emprego de violência, física ou simbólica, para que se verifique, bem como se mantenha. É um índice da presença de uma insanidade, ameaçadora, posto que pelo que se considera sagrado se está disposto a matar e morrer. O santo, a santidade, como a própria etimologia sugere, ao contrário, é decorrente da sanidade, de uma compreensão sã e salutar, salvadora, capaz de desativar os dispositivos mortíferos que agem, sobre e através de nós, humanos. Esta cura, porém, requer a prévia existência da doença, do mal, a serem desfeitos. A compreensão filosófica do Direito, por filosófica universalista e, logo, humanista, que aqui se pretende esboçar, há de partir do entendimento da relação dele, por um lado, com esta violência, sacra, que é uma realidade, própria a nós humanos, por encontrada sempre que se tem a presença de uma organização social humana, e de outro lado, com a paz, santa, idealmente almejada, na convivência com os que fazem parte de dita organização, bem como no interior de cada um e também externamente, nas relações com os que dela não fazem parte, mas, em geral, pertencem a alguma outra, onde podem haver concepções diversas sobre como e o que se há de respeitar – no limite, por ser sagrado.

Do que se trata, então, é de buscar uma compreensão do ser que somos, enquanto humanos, em sua correlação com o direito, entendido como o meio com que estabelecemos, com proibições e sanções – portanto, com ameaças de exercício da violência -, nosso relacionamento pacífico uns com os outros, tendo como garantia uma referência externa e superior, sobreposta aos que se conflitam, em si e entre si. Espera-se assim atingir, uma compreensão fundamental, essencial, assim do humano como também do direito, tendo em vista a necessidade que verificamos de fortalecer um tal entendimento, na atualidade, pelo grau de incerteza e complexidade atingidos tanto pelas formas jurídicas de associação humana, como pelo nosso próprio modo de ser.

Daí que se precisa buscar, por meio de uma regressão simplificadora, a origem produtora das alterações trazidas ao mundo por esse modo de ser tão peculiar que é o nosso, o humano, na expectativa de assim atingir uma melhor compreensão do que nos diga respeito mais proximamente, como é o caso do direito. Não custa lembrar que a investigação não tem caráter histórico nem factual, visto que não se trata de responder a questões sobre ocasiões e causas do surgimento do ser humano e do direito, uma vez que nossa preocupação é com a discussão, filosófica, do sentido de tais fenômenos, partindo do dado de que aí estão e em correlação, para indagar, antes, “o que são e por que são assim”, do que “desde quando e como são”. E se o que se busca é fazer sentido, o que se apresenta é o sentido encontrado, para a discussão dos interessados.

Uma primeira indicação sobre um modo de ser do humano, ou como nele podemos perceber, fenomenologicamente, e com uma conotação claramente jurídica, é a de que o ser humano é o ser responsável. Com essa indicação marca-se bem a sua – aliás, nossa - diferença em relação a seres que nos são tão próximos, como são os animais. O ser animal reage, ao invés de responder, donde não lhes podemos atribuir responsabilidade por seus atos, embora seja comum que lhes infrinjamos punições, praticando uma espécie de “imputação objetiva”, para coibir ações suas que repudiamos. Essa nossa característica embrica-se inextrincavelmente com aquela outra, a liberdade, pois se nossas ações não são meras reações é porque são praticadas de um modo – por vezes mais, outras vezes menos – deliberado, sendo essa faculdade deliberativa própria de um ser reflexivo, devotado ao pensamento. Aqui cabe destacar a relação que guarda a responsabilidade-liberdade em que habita o ser humano com a sua natureza extraordinária. E extraordinário entendido primeiramente de maneira neutra, literal, como o que está fora de ordem, sendo isso assombroso, tanto no sentido de terrificante, pois é assustador ter a consciência de que dependemos de nossas deliberações para termos êxito na “luta pela existência”, como também no sentido positivo, de ser maravilhoso, tomar consciência da existência. Daí podermos concluir que, também literalmente, só o ser humano existe, por estar (“sistere”) fora (“ex”) de uma ordem natural, em que os outros seres simplesmente estão, por ser onde sobrevivem, mas não vivem nem morrem,

propriamente, apenas começam e terminam, por não se saberem mortais. Acometidos dessa solidão existencial, uma resposta tipicamente humana está em supor a existência ainda maior de outros seres, míticos, divinos, que no animismo, tão comum entre os povos primevos, tribais, são associados a animais, em quem, sob esse aspecto, se reconhece uma superioridade em relação aos humanos, ao se mostrarem seguros de si, de seu ser. De fato, não é nada fácil lidar com a instabilidade de ser que é própria do ser humano, o ser que, a rigor, não é, não tem um ser, fixo, donde se explica a criação de uma ordenação humana para nos fixar o ser, assujeitando-nos, tornando-nos o sujeito que somos, sendo semelhantes ao(s) que nos cria(m), pela fala que nos transmitem e nos permite construir o mundo em que habitamos, assim econômica como eticamente.

Eis o caráter extraordinário da vida humana, dotada de subjetividade (espírito, mente, consciência ou como se queira denominá-la), na qual se revelam idéias a respeito do universo “lá fora”, bem como sobre a (ou as) divindade(s) que nos transcende(m), como ainda, reflexivamente, sobre si mesma, em si e em outros. Tal extraordinariedade é que nos atribui, propriamente, a responsabilidade, no sentido de que podemos assumi-la ou não, pela liberdade co(r)respondente, imanente deste modo de ser que somos. De antemão, no entanto, assombra-nos a possibilidade de estarmos pondo a perder uma oportunidade absolutamente excepcional – e isso, tanto individual como coletivamente, em escala mundial, inclusive – quando nos conduzimos sem sequer nos preocuparmos com o significado que pode ter isso de sermos dotados de consciência e da correlata reponsabili(ber)dade.

Aqui do que se trata é de verificar em que medida um componente jurídico está presente para fixar, em uma ordem, tudo o que cria esse ser criador que somos os humanos, a começar pela própria linguagem, que se origina necessariamente revestida de formalidades, segundo nos propõe Rossenstock-Huessy, em sua obra sobre a origem da linguagem, pois exige já um contexto adequado para que surja, que há de se conceber como devocional, reverente, ritualístico, mimético, por mítico-religioso. Em um tal contexto é que, por razões fáceis de se perceber, inserir-se-ia, para se manter e superar as adversidades, o ser que se extravía da ordem natural, buscando

reencontrar-se, pensando reencontrá-la, criando, sem se dar conta, outras ordens, “co-naturais”, animistas, ou sobrenaturais, transcendentais.

Assim, o direito compõe a argamassa que cimenta nossas relações uns com os outros, através da linguagem, em que ele se expressa e ajuda a fixar, sendo que nessa composição também se faz necessário o fluido da religião, entendida muito simplesmente, de maneira indissociável das práticas mágicas, com seus mitos e sua encenação, os ritos, como o faz Marcel Mauss (cf., vg. “Oeuvres”, vol. 2, p. 647), enquanto um conjunto de crenças, cristalizadas em dogmas, dogmas estes que também podem se revestir de conotação jurídica, donde ser na teologia e na jurisprudência, entendida como a ciência jurídica em sentido estrito, onde se verifica a permanência de uma estrutura dogmática de conhecimento, ou seja, de uma especulação racional sobre tais dogmas. O novo humanismo que hoje se faz necessário não poderia, portanto, incorrer em equívocos típicos dos humanismos tradicionais, ao elegerem o homem e suas capacidades como a medida com a qual se avaliaria tudo o que nos diz respeito, tanto no campo do conhecimento, da teoria, em que imperariam as ciências, como naquele da ação, da prática, em que uma moral universalista e laica haveria de pautar nossa conduta, com pouca consideração para com situações particulares, singulares, e também para com as crenças que nos constituem, mesmo que sejam crenças ateístas.

Direito, magia e religião, portanto, estabelecem uma relação de simbiose, presente quando de sua afirmação pioneira pelo romano Cícero, e retomada no Renascimento, a qual se pretendeu romper, com o humanismo da modernidade, eivado de formalismo, sem se perceber que o lugar deixado vazio, ao lado do Direito, termina sendo ocupado por o que se vai chamar então de ideologia, para designar esse conjunto de crenças, em amparadas em especulações racionais que não mais se apresentam como teológicas ou metafísicas, por não mais serem tidas como crenças, e sim como conhecimentos científicos, de acordo com o credo positivista. E no entanto, mesmo nesse contexto de desmistificação de tudo, inclusive da relação entre Direito e religião – sem que na época, em geral, se percebesse o quanto se devia, para que se chegasse a tal ponto, ao desenvolvimento da religiosidade judaico-cristã -, chama a atenção um posicionamento como aquele de Jean-

Marie Guyau (1854 – 1888), em sua “Crítica da Idéia de Sanção”, de 1883,¹ pela consciência demonstrada do caráter inextrincável daquela relação, entre Direito, magia e religião.

Para ele, em se tratando das sanções religiosas (p. 27 da ed. cit.), tem-se o exemplo mais próprio de sanção, palavra que etimologicamente remete à consagração, ao que é sagrado, e também à santificação, ao santo, devendo remeter, de acordo com a idéia que para ele então se fazia da santidade, tida como divindade ideal, a uma espécie de renúncia, de desprendimento supremo, donde só se poder explicar a violência contida nas sanções, religiosas ou não, em se fazendo, como propusemos no início, sua referência ao sagrado – essas colocações vêm iluminadas em um conjunto de obras recentes, de inspiração assumidamente foucaultiana, da lavra do filósofo italiano Giorgio Agamben, retomando a figura do *homo sacer*, do direito penal romano, como um modelo para se pensar a situação em que nos encontramos nas atuais sociedades, em que o poder se exerce de maneira biopolítica, ou seja, cada vez mais sobre o que denomina vida nua (no que se pode ver uma alusão à “vida fática” do *Dasein* heideggeriano, cheia de conseqüências, como se pretende demonstrar no momento próprio, ao longo da pesquisa aqui proposta), a qual se pode entender como a vida do ser humano em quem não mais se reconhece uma pessoa, com a dignidade que lhe é própria. As religiões, assim como o Direito e magia, enquanto impõem certa regra de conduta, a obediência a certos ritos e a fé em determinados dogmas, têm todas a necessidades de uma sanção para confirmar seus preceitos. Todas elas, para Guyau (v. *id. ib.*, p. 77 ss.), são unânimes ao invocar a sanção mais temível que se possa imaginar, isto é, elas prometem castigos eternos e fazem ameaças que ultrapassam aquilo que a imaginação do homem mais furioso pode sonhar em infligir a seu mais mortal inimigo. Nesse, como em muitos outros pontos, as religiões, segundo ele, estariam em pleno desacordo com o espírito dos “tempos modernos”, mas considera estranho pensar que ainda são seguidas por multidões, inclusive de filósofos, ainda imaginando Deus como a mais terrível das potências, a concluir daí que, quando está irritado, ele deve infligir o mais terrível dos castigos. Desconsidera. Ou Deus, essa lei viva, é a

¹ Ed. bras. trad. Regina Schöpke *et al*, SP: Martins Fontes, 2007.

onipotência, e então não podemos verdadeiramente *ofendê-Lo*, mas ele também não nos deve *punir*, ou então nós podemos alguma coisa contra Ele, e Ele não é a onipotência, não é absoluto, não é (esse) Deus. “No fundo, mesmo na moral kantiana, a sanção é apenas um expediente supremo para justificar racional e *materialmente* a lei *formal* de sacrifício, a lei moral. Acrescenta-se a sanção à lei para legitimá-la” (Guyau, ob. cit., pp. 89 e 90). Caso se queira encerrar a escalada de violência que vem se mostrando ser a da humanidade, desde as formas primevas de organização social, ainda hoje existentes, coibindo as ações por meio da sanção sacrificial, originalmente voltada para – e devotada a - satisfazer divindades em quem projetamos o ódio que nos é próprio, até aquelas de natureza propriamente penal, das sociedades que se auto-representam como modernas, ter-se-ia que retribuir o mal com o bem, com o amor, fraterno, como apregoa Guyau em texto que resume suas idéias sobre o assunto, significativamente intitulado “Sanção de amor e de fraternidade” (*ib.*, pp. 82 ss.).

Há de se recordar, assim, a violenta de toda proibição, tanto sagrada, como jurídica, que garante a vida em sociedade, sustentada pelo enfrentamento da morte. O incremento da violência na sociedade “pós-moderna” não poderá ser contida pelo reforço da proibição jurídica, mas antes por uma consideração das conseqüências psicológicas e sociais da secularização defendida pela ideologia oficial, donde se verificar uma re-sacralização crescente das relações fora das instituições religiosas, ou seja, em seitas ou “tribos” (Maffesoli).² Seja como for, fica registrada a origem violenta de toda proibição, tanto sagrada, como jurídica, que garante nossa vida em sociedade, sustentada pelo enfrentamento da morte, ou, na fórmula consagrada por Roger Caillois,³ condição da vida e porta para a morte.

Em épocas passadas, a comunidade se mantinha íntegra pela referência a uma origem comum, sacramentada por mitologias, religiões ou mesmo, mais recentemente, por mundividências filosóficas. No presente, o predomínio do pensamento científico e o correlato processo de “desencantamento” do mundo,

² Cf. G. Balandier, “*Antropologia e crítica da modernidade*”, in: *id.*, *Antropo-lógicas*, São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1976, p. 258 s.; G. Marramao, *Poder e Secularização*, São Paulo: EDUNESP, 1995.

³ Cf. *El Hombre y lo Sagrado*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1996 [1939]: cap. V, p. 147 ss.

ao qual se refere Max Weber, minam as bases sobre as quais tradicionalmente se ergueram as diversas ordens normativas. A construção de novas bases pressupõe uma recuperação de nossa capacidade criativa de ficções justificadoras da existência e da co-existência, ao mesmo tempo em que estejamos cientes do caráter ficcional desse empreendimento, cujo resultado é a afirmação de valores. Para isso, vamos precisar de uma aproximação entre as mais diversas formas de criações desenvolvidas pelo engenho humano, entendidas assim como diferentes formas poéticas, a saber, para além da literatura propriamente dita, as artes, mitologias, religiões, filosofias e mesmo as ciências, bem como aquela dentre elas que nos sanciona mais severamente, do ponto de vista social, a conduta, a saber, o direito. Caberá ao direito, num tal contexto, solidificar essa invenção ou ficção coletiva, criando e estabelecendo valores, impondo-os mesmo, em busca de garantir as condições de manutenção da vida em comum, a vida humana.

O direito é visto, geralmente, como um mero instrumento técnico, de controle do comportamento, da conduta humana, sem concebê-lo também como tendo o ônus de se justificar, de fundamentar o que apresenta como válido, para além da simples referência a normas postas, porque é uma visão tecnicista do direito a que predomina. É preciso, então, implicar mais o sujeito encarregado da interpretação e aplicação das normas nesse processo, com sua vivência do drama que tem diante de si. A orientação que hoje, pelo direito, se fornece, para a conduta, em sociedades como a nossa, fundamenta-se no simples fato de se fazer normas supostamente obedecendo a outras normas, que já existem. Isso na medida em que nós numa sociedade como a nossa, de uma maneira digamos assim, bastante extraordinária na história da humanidade, não temos mais um vínculo estabelecido entre nós a partir de algo como a religião, tal como em geral tem se observado ao longo da história, no passado, e ainda hoje no presente, em sociedades ainda existentes e que se organizam de um determinado modo, que justamente não é o modo das sociedades como aquelas marcadas pela civilização ocidental do atual momento de sua história, em que se verificou a ruptura do vínculo tradicional entre o direito e uma esfera transcendente que o justifique. Esta esfera justificadora, por definição, há de ser transcendente, estar além (ou aquém) do que por ela se justifica, e neste sentido, logo pensamos, ser também de uma

natureza religiosa, mas que pode não sê-lo. Tanto é assim que, por exemplo, no nosso passado, ou no passado desta civilização dita ocidental, o mais recuado, no seu passado greco-romano, esta instância transcendente foi a política, propriamente dita, enquanto a crença na superioridade da cidade, de cidades inicialmente gregas e, depois, Roma; e na outra vertente, formadora desta civilização, na vertente judaico-cristã, a justificativa estava na transcendência, aí sim, da própria divindade: monoteísta, única, do Deus único, criador do universo, do homem e, portanto, das suas leis fundamentais também expressas muito bem no decálogo, nas dez normas dos dez mandamentos, dos *decalogoi* (δεκάλογοι), dos dez ditos transmitidos na tradição judaica através de Moisés e supostamente enviados por Deus. Então é curioso que nós terminamos produzindo na Modernidade a ruptura destes vínculos do direito com qualquer forma de transcendência, seja em termos estritamente religiosos ou em termos teológico-políticos. O direito está, digamos assim, tendo que se impor pelas suas próprias razões e a gente não pode considerar satisfatório que a estas razões não se acrescente alguma forma de convicção emanada daquilo que nós entendemos se precisa prestar mais atenção atualmente, que é o próprio sentimento ou a sensibilidade dos que estarão sujeitos a estas ordenações, para que estas ordenações não sejam percebida e, de fato, implementadas de uma maneira que desconsidera a dignidade própria destes sujeitos. Penso que aí nós temos realmente uma chave para ser utilizada também para reavaliar o pensamento teórico, como um todo e, claro, igualmente dos campos da psicologia e do direito, considerando aquela faculdade um tanto quanto desprezada tradicionalmente, que é a faculdade da imaginação. E em sendo, portanto, o direito tido como uma criação, tal como é próprio da nossa tradição, ou desta tradição que se tornou mundial, a tradição ocidental, naquilo que ela remonta também a sua outra vertente, além da grega ou greco-romana, que é a vertente judaico-cristã, aí nós temos a possibilidade justamente de uma concepção “creacional” do direito, do direito como um produto de uma criação que, se num primeiro momento, é tido como de origem divina, atualmente, ou, ao longo de um processo histórico, cortou ou perdeu este vínculo com esta origem, assentando-se no próprio homem a fonte criadora, produtora do direito. Ora, então o direito é “poiético” (em grego, *poiesis*, produção inovadora, por oposição complementar a *techné*, a técnica,

pela qual no máximo se aperfeiçoa o que já está dado) e, com o aumento da complexidade, tanto sua como também, correlativa e mutuamente, do meio social em que se insere, de modo que, diria Niklas Luhmann, torna-se “autopoiético”. Ele se nos aparece, assim, como o resultado do emprego de um saber e de um poder de criação do homem e, não apenas de mera reprodução, como seria o saber da mera práxis, da técnica e da prática. Então é uma técnica-poética, diríamos, em termos gregos (*téchné poietiké*). Porque nós sabemos que, infelizmente, em Roma a técnica e a arte se confundiram e se misturaram, inclusive numa palavra única que é *ars*, “arte”, e o direito terminou sendo associado mais ao aspecto técnico como ainda hoje o é, e menos a este aspecto, que eu diria ser o aspecto original, e aqui podemos reivindicar Vico, Giambatista Vico como um dos pensadores que são tutelares, que são afiançadores desta idéia, quando remete à obra de legisladores, inspirados como artistas, a produção do direito em suas origens mitológicas. Ora, o que é um mito senão uma criação artística com este conteúdo, com esta conotação também religiosa, sobretudo a partir de um certo momento, com a influência maior da escrita – eu sou dos que privilegia a etimologia da palavra *religio* proposta por Cícero, de *relegere*, ou seja, reler, observando criteriosamente, doutrina previamente estabelecida por escrito. Então, considero que é preciso pensar a ordem e a lei de modo renovado, eu diria, e dessa maneira em que ele se associa a estes elementos essencialmente humanos, que são os elementos de ordem poética, ficcional, mítico e, também, religioso, visando assim a máxima redução da violência que se instaura contra e, mesmo, no direito, de modo crescente, nos dias que correm.