

Ana Christina Darwich Borges Leal  
Bárbara Lou da Costa Veloso Dias  
Loiane Prado Verbicaro  
**Coordenadores**

# **Normalização, Poder e Direito**

2017

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

 CESUPA  
Centro Universitário do Estado do Pará

# POR UM RESGATE DO POLÍTICO E DA AGONÍSTICA NO ENSINO DO DIREITO

ANA CHRISTINA DARWICH BORGES LEAL<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução: o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação - 1. A perspectiva mítica e tecnicista do direito - 2. Por uma perspectiva agonística no ensino do direito - 3. Considerações finais - 4. Referências.

## INTRODUÇÃO: O SISTEMA JURÍDICO E OS INTERESSES CONFLITANTES NUMA SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO

O acelerado processo de industrialização e urbanização da sociedade brasileira ocasionou o surgimento de novas questões sociais contextualizadas no sistema judicial brasileiro, seguidas de novos formatos de conflitos e lides os quais passaram a exigir dos profissionais do direito, em especial da magistratura, uma nova conformação das suas práticas. A isto somou-se o fato de uma inadequação de códigos e leis caducos e ultrapassados, a maioria dos quais editados em condições sociais e políticas bastante distintas e distanciadas do novo contexto e que se mostravam insuficientes para a solução judicial dos novos conflitos emergentes.

A urgência de uma resposta aos novos embates surgidos das contradições socioeconômicas trouxeram à tona as mazelas das instituições

---

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Mestre e Doutora em Ciências Humanas e Sociais pelo Instituto Universitário do Rio de Janeiro - IUPERJ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Coordenadora Editorial da Revista Eletrônica Saber Jurídico.

judiciais brasileiras. Entre os paradoxos e limitações confrontados pelos profissionais do direito, Faria (2010) lista três situações que podem ser consideradas como emblemáticas: do ponto de vista organizacional um crescente enrijecimento das instituições judiciais; do ponto de vista de sua cultura técnico profissional a permanência e reprodução de matrizes teóricas arcaicas e anacrônicas; do ponto de vista processual e procedimental, práticas excessivamente ritualísticas e formalistas.

De acordo com Faria (2010) as dificuldades oriundas da incapacidade de uma resposta imediata por parte das instâncias do judiciário dada à progressão acelerada das transformações sociais criou, de maneira transversa, uma instabilidade no que tange a efetividade de seus códigos e de suas leis. Tal ausência de efetividade também se expressou na incapacidade das instituições de direito de influírem no controle e na direção das mudanças sociais:

(...) o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, expnenciado pelas tradicionais dificuldades encontradas pelo judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança tanto na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida socioeconômica. Decorre daí certa banalização da ilegalidade e da impunidade que passou a caracterizar a ‘imagem’ do Brasil contemporâneo – a imagem de que os códigos teriam sido convertidos em simples ficção e de que sua violação sistemática teria sido convertida em regra geral, expressando a falência de instituições jurídico-judiciais, tornadas anacrônicas por não terem sabido renovar-se. (FARIA, 2010, p. 17)

O descompasso entre os fundamentos da ordem jurídica vigente e os novos conflitos sociais, somando-se o anacronismo dos códigos e leis e a incapacidade de uma atuação efetiva dos profissionais do direito, ainda presos ao velho modelo, reforçou uma imagem de ineficiência de um sistema que se erigiu sob os auspícios de uma técnica consagrada em nome da certeza e da segurança, da mesma forma que perversamente disseminou um sentimento de incredulidade nas instituições, por parte da população em geral.

Do ponto de vista ideológico, duas foram as respostas que o judiciário ofereceu aos dilemas a ele atribuídos: de um lado, a maioria dos juízes manteve e até reforçaram as suas práticas tradicionais, reforçando também o caráter exegético da aplicação das normas jurídicas, de outro, uma minoria optou seguir os caminhos de uma “hermenêutica heterodoxa” mais afeita a uma política pontuada pela crítica de caráter político e sensível às questões sociais.

Todavia, a resposta por meio de um movimento ideológico não foi suficiente para atender a uma demanda que cada vez mais colocava em xeque a dogmática tradicional e assinalava a necessidade de uma reforma epistêmica estrutural dos cânones consagrados e por meio dos quais a maioria daqueles profissionais havia sido formados. Tal demanda reverberava em uma releitura e reformulação da natureza e nos sentidos atribuídos a uma significação da função do direito e dos seus preceitos epistemológicos. Novos saberes “extra dogmáticos” e “extrajurídicos” passaram a fazer parte das exigências de novas especializações funcionais e técnicas na formação destes profissionais. É sintomático deste movimento o fato de muitos profissionais do direito passarem a assumir, no exercício de suas funções, uma postura eminentemente política frente a um engajamento cada vez mais acentuado em movimentos sociais, populares e comunitários “valendo-se dos aspectos ambíguos e contraditórios do direito positivo para expandir uma ‘*práxis* libertadora’ das estruturas normativas em prol de uma efetiva justiça material” ( FARIA, 2010, p.19)

Por outra via, a orientação dogmática de uma formação técnico legalista impôs os limites de uma atuação arbitral inserida em uma realidade marcada por conflitos e contradições que configuram um contexto social em permanente ebulição e onde a ausência de uma maior flexibilidade criativa contém o avanço de um movimento modernizador necessário à reforma e adequação de códigos e leis ultrapassados.

Esta dualidade não reflete apenas as dificuldades de uma *práxis* pontuada pelos antagonismos sociais, políticos e econômicos, como também ilustra uma crise de caráter epistemológico acerca de um questionamento mais amplo sobre os fundamentos que definem, ou deveriam definir, as funções que o direito passa a assumir frente às contradições propulsoras deste movimento de transformação.

Tudo isto em um momento em que a grande quantidade de “cláusulas indeterminadas” finda por reverter uma prática dogmática tradicionalmente sustentada pelo pressuposto de que a jurisprudência representa o último estágio da “operação jurídica”, para outra, onde o processo de positivação do direito passa a ocorrer no momento mesmo de sua aplicação, dada a progressiva atividade discricionária dos interpretes. (FARIA, 2010; CAPILONGO, 2010)

Por sua vez, no ensino do direito tal dualidade é figurada por duas perspectivas epistemológicas que traduzem duas concepções antitéticas do direito e que apontam para a necessidade de sua superação: de um lado aquela que pensa o direito a partir de uma concepção mítica e tecnicista; de outro, uma perspectiva que visa o resgate do caráter político e uma prática política dos seus pressupostos motivado por um ideal de justiça social onde o direito passa a ser concebido como um instrumento de promoção social e redução das desigualdades.

## 1. A PERSPECTIVA MÍTICA E TECNICISTA DO DIREITO

Muito já se falou e discutiu sobre as implicações que as limitações e as lacunas referentes aos pressupostos do positivismo jurídico equivocadamente acarretaram e acarretam para o ensino do Direito. Acreditamos que a questão crucial para a elaboração de um contraponto substancial ao positivismo normativo e ao tecnicismo jurídico requer um entendimento que atenda ao desafio do resgate de uma perspectiva política do Direito e de um questionamento que verse sobre: como os interesses antagônicos estruturais das relações sociais podem originar consensos hegemônicos? E de que maneira essa hegemonia se traduz e constitui uma ordem jurídica eficaz e legítima?

Toda a mítica do Direito erige-se na crença de um consenso *apriorístico* e de uma harmonia social estruturada e formalizada sob a égide do “espírito do legislador”. Tal crença, não menos mítica, supõe que a hegemonia de uma racionalidade jurídica típica teria a sua gênese na aplicação objetivada dos pressupostos do tecnicismo jurídico, cuja máxima seria a sustentação de uma premissa fundamental, cuja lógica instrumental reduz a lei ao Estado e o Direito à lei, favorecendo e reforçando, assim, a consolidação de uma formação positivo normativa consagrada no ensino do Direito.

Warat (1994) trata deste tema estabelecendo uma relação direta entre a racionalidade moderna e o mito. Este autor afirma que o mito é uma forma específica de manifestação ideológica no plano discursivo: ele pode demonstrar “algumas das formas em que esse complexo ideológico ausentou um sentido linguístico para reproduzir formas sociais hegemônicas” (WARAT, 1994 p.103). A função do mito atenderia, pois, a legitimação de discursos ideológicos os quais resultariam na reprodução e reificação de formas sociais hegemônicas e de um tipo de ordem ou racionalidade dominante.

A instrumentalidade prática de todo e qualquer mito visa a uma compreensão do mundo e da realidade a ele circunscrito. Ela consiste na narrativa de uma sucessão de fábulas que se sobrepõem ao contexto histórico e temporal onde tais realidades estão inscritas, de tal forma que os acontecimentos e ações aludidos em suas narrativas passam a ser apresentados e entendidos como “protótipos eternos, ritualmente alcançados”. A história passa a ser entendida como um fato da natureza, um resultado “*apriorístico* de uma razão universal”. Daí o seu caráter reificador, cujo efeito mais imediato se traduz em narrativas que se apresentam fora e acima do tempo.

Neste sentido, o mito esvazia o real de seu contexto, pacifica as consciências quando aliena o caráter conflituoso dos processos sociais, exercendo, de tal ordem, uma função socializadora, onde os valores são apresentados como universalmente válidos. Desta maneira, o mito apazigua o conflito e despolitiza o político das relações sociais, neutralizando a possibilidade de leituras reflexivas e críticas das formas de poder e dominação impostas socialmente. “É um discurso de neutralização, onde não existe espaço para polarizações. Politiza-se, roubando o caráter político de toda a fala sobre o mundo”. (WARAT, 1994, p.111)

Esse viés político do mito aponta, segundo Warat (1994), para sua identificação com a racionalidade moderna. Nela, percebemos uma desconexão entre os emissores de mensagem e os grupos e setores sociais os quais fazem parte, característico de uma racionalidade anômica e racional que opera como lei universal.

Ferreira (2012) chama atenção para a ideia deste emissor universal poder ser identificado, no Direito, com o “culto do espírito do legislador”. Neste caso, o legislador corporifica a neutralidade das contradições sociais

quando estas são escamoteadas pela ideologia das relações consensuais e não excludentes sustentadas por relações necessárias e esquemas ideais que as pessoas devem seguir. Sob este aspecto, o discurso mítico do Direito reforça a lógica mítica que “simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e universaliza a história” (FERREIRA, 2012). As consequências destas crenças projetam-se tanto sobre a *práxis* jurídica, quando forma profissionais alienados das contradições políticas e sociais que envolvem as lides por eles dirimidas, o que não contribui, em um plano macro, para a consolidação de um ideal de justiça e cidadania; quanto sobre os discursos que envolvem e sustentam o ensino do Direito calcado em uma tradução do Direito que não exige explicações, uma vez que fundada em premissas *apriorísticas* produzidas por meio de certezas e dogmas elaborados em função de meras constatações.

## **2. POR UMA PERSPECTIVA AGONÍSTICA NO ENSINO DO DIREITO**

Mouffe e Laclau (1985) propõem o resgate de um modelo democrático capaz de apreender a natureza do político, isto requer o fortalecimento de uma abordagem que inscreve a questão do poder e do antagonismo no seu centro. A tese central é a de que a objetividade social é constituída através de atos de poder. Isto implica que qualquer objetividade social é, em última instância, política e que tem que mostrar os traços de exclusão que governam a sua constituição. Os autores concluem que os pontos de convergência ou divergência entre a objetividade e o poder é justamente aquilo que podemos entender por hegemonia.

De maneira análoga, o que aqui analisamos e propomos em termos de uma “doutrina efetiva do Direito” é a compreensão de que a ordem jurídica é uma instância da ordem política e social e esta é estruturada por uma dimensão conflituosa e excludente. Para tanto, é necessário não abstrairmos o fato de que as relações de poder são constitutivas do social e de que a questão principal para a compreensão do fenômeno jurídico e daquilo que ensinamos ser ou dever ser o Direito desloca-se de um movimento teórico que anula o poder por meio de sua concepção mítica, para o questionamento de como instrumentalizar uma nova concepção do Direito que possa constituir formas de poder mais compatíveis com certo

ideal de justiça e cidadania. Isto implica abandonar a concepção mítica do Direito como a realização de um ordenamento jurídico harmonioso e transparente e que elege atores sociais limitados como representantes legítimos de uma totalidade:

Esta função de harmonização, esse ritual simbólico, aparece no direito mediante a constituição de conceitos fetichistas tais como 'direito natural', 'dever jurídico', 'ato antijurídico' etc. ou como 'natureza jurídica', 'Estado', 'soberania', 'legalidade', sendo que as últimas três citações são noções ontológicas reificantes que se sustentam sobre a invocação dos pressupostos da noção da '*mala in se*', ou do '*dever in se*', ou do direito subjetivo inerente (visto como atributo do homem). (WARAT, 1994, p.105)

O modelo clássico que ilustra e exemplifica estes discursos que se fundam na perspectiva mítica da harmonia e do consenso é aquele em que a realidade social é despida de toda a sua complexidade para ser apresentada como uma dualidade que cinde o mundo social entre sociedade civil e Estado. Sob esta lógica dual a sociedade civil é apresentada:

(...) como um espaço do dissenso, o espaço dos particularismos, o espaço do exterior onde se chocam os antagonismos; é o estado do entendimento, da razão analítica, para a qual as coisas são aprendidas na sua exterioridade; quantitativamente apenas; que supera as oposições pela conveniência, ou seja, sem numa referência à eticidade fundada na cidadania. (GRAU, 2004, p.42)

Enquanto que o Estado é representado como sendo:

(...) a forma mais elevada, o *locus* do consenso, o *locus* da universalidade, onde se garante a unidade na diversidade, a igualdade na diferença (...) o momento do Estado, manifesta-se o estado da razão, da racionalidade como razão efetiva; racionalidade para a qual o que dá sentido às partes é a totalidade. (GRAU, 2004, p.42)

Percebe-se nesta narrativa uma função ritualística de traços apoteóticos onde o Estado representa a consagração dos desejos coletivos e a



redenção última de todos os antagonismos sociais, conferindo-se a ele o poder mágico de se constituir em uma totalidade harmoniosa e consensual capaz de abstrair todos os conflitos e divergências de maneira universal.

Para prosseguirmos com o argumento de que o resgate da política possa ser um caminho viável para a produção de uma nova perspectiva do Direito e da promoção do seu ensino, faz-se necessário apresentar uma distinção entre as dimensões da “política” e do “político”.

Chantal Mouffe (1996) é quem melhor nos oferece o recorte desta distinção. Para a autora, “o político” refere-se à dimensão conflituosa das relações humanas proveniente dos antagonismos produzidos pelo embate dos diversos interesses divergentes que regulam as relações entre os homens. Estes antagonismos podem assumir variadas formas e emergir de diferentes tipos de relações sociais. O político pode ser compreendido como um elemento ontológico de nossa própria condição humana. Por sua vez, “a política” aponta para um conjunto de práticas, discursos e instituições que serve como um instrumento mediador dos antagonismos constitutivos das relações humanas e que tem por finalidade oferecer condições mínimas para se estabelecer certa ordem e organização para a coexistência humana que, por sua vez, é sempre atravessada pela dimensão do político. Assim, a política consiste em um processo de domesticação das hostilidades presentes nas relações humanas estruturadas sob o viés dos antagonismos.

Nietzsche (2007) argumenta que a negação da agonística que envolve a realidade das relações humanas, conflituosa e desarmônica, atende à necessidade de um tipo de existência caracterizado pela necessidade de um tipo de existência marcado pela necessidade de estabilidade. O tipo vital que necessita de estabilidade é fraco, sua fraqueza advém da impossibilidade de um confronto com o real, o que resulta na negação do caráter agonístico da condição humana:

Aqueles que não conseguem, ou não podem, empreender uma luta pela existência com chifres e presas afiadas, isto é, aqueles que não suportam o embate inerente à dinâmica da própria natureza, estes necessitam do intelecto para sustentar de algum modo a vida que vivem. A missão do intelecto não é outra que ser um meio para a preservação do indivíduo (NIETZSCHE, 2007, p. 27)

Para Nietzsche (2007), o intelecto é um meio de estabilização do real, diante da fragilidade humana frente uma natureza violenta e conflituosa, o intelecto desenvolve-se como um instrumento de auto conservação de um tipo que não suporta o peso de uma existência cindida pelo conflito. O intelecto organiza as suas principais forças na dissimulação, pois esta constitui, segundo Nietzsche, o meio pelos quais os indivíduos mais fracos e menos vigorosos conservam-se. Ao invés de combater, o intelecto visa a conservação. É por meio da dissimulação do conflito que os mais fracos se estabilizam. A fraqueza humana diante do real da sua existência necessita de estabilidade e harmonia as quais só podem ser alcançadas por meio da sociabilidade de uma vida gregária. A estabilidade só pode ser alcançada coletivamente. É na vida gregária o lugar onde o intelecto desenvolve a sua missão:

Porque o homem quer, ao mesmo tempo, existir socialmente e em rebanho, por necessidade ou tédio, ele necessita de um acordo de paz e empenha-se para que a mais *bellum omnium contra omnes* (a guerra de todos contra todos) ao menos desapareça de seu mundo (2007, p.29)

O pacto de paz e o *phatos* da verdade surgem diante da necessidade de um tipo de existência marcado pela fraqueza. A finalidade do acordo de paz visa gerar a estabilidade em uma vida que não suporta o seu caráter agonístico. É assim que, segundo Nietzsche, a estabilidade das relações humanas passam a se sustentar sobre a dissimulação e a hipocrisia de crenças fundadas na ideia da paz e da verdade.

A hipocrisia para Nietzsche (2007, p.48) não é sinônimo da mentira, o hipócrita não é aquele que apenas mente, não é o contrário do que detém verdades inquestionáveis, o hipócrita é o que possui pouco poder. Mas, o poder para Nietzsche não se reduz ao controle de algo ou alguém, trata-se do que em português chamamos de vigor ou potência, a máscara que oculta o que ele é. Todo hipócrita vive do mascaramento de sua face. Sabe-se impotente, mas, finge-se ativo. Hipocrisia é, então, a máscara do impotente e a crença na verdade sustentada pela proposta de um conhecimento capaz de apreendê-la, o seu lastro de sustentação.

O conceito de poder elaborado por Michel Foucault (1994) aponta-nos a ideia que serve como substrato de nossa discussão. Para Foucault todas as relações humanas, quaisquer que sejam elas, são atravessadas pelo poder. Não como algo que possa ser apreendido como coisa ou mesmo um atributo, mas entendido como uma estratégia ou um efeito de uma ação sobre a ação dos outros, os quais encontram-se em permanente relação. Assim, Foucault define o poder como relação de poder, ou seja, como um exercício ou como um jogo de forças permanente e instável entre indivíduos ou grupos mobilizados por essas relações.

O que irá distinguir as relações de poder das relações de violência ou de dominação é a possibilidade de resistência. Onde não houver brecha para a oposição ou a resistência, ali teremos a violência e a dominação. É na ideia de resistência, ancorado no pressuposto da liberdade, que se fundamenta a agonística foucaultiana.

A agonística em Foucault deve ser compreendida mais como confronto permanente de forças oponentes, onde os agentes em oposição visam governar a ação do outro em um contexto onde a liberdade permite a resistência das partes confrontadas, do que como uma luta entre vencedores e vencidos.

Aqui já se percebe uma subversão à Teoria Jurídica Clássica do poder, onde:

(...) no caso da Teoria Jurídica Clássica do poder, o poder é considerado um direito do qual se seria possuidor como de um bem, e que se poderia, por conseguinte, transferir ou alienar, de uma forma total ou parcial, por um ato jurídico ou um ato fundador do direito – pouco importa por hora – que seria da ordem da cessão ou do contrato. O poder é aquele concreto que todo indivíduo detém e que viria a ceder, total ou parcialmente, para constituir um poder, uma soberania política. A constituição do poder político se faz, portanto nesta série, neste conjunto teórico a que me refiro, com base no modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual. Analogia por conseguinte, manifesta, e que corre ao longo de todas essas teorias, entre o poder e os bens, o poder e a riqueza.(FOUCAULT 1997, p.17-18).